

ISSN 2525-1678



VERANO 2016 / 2017

DERECHOS en **ACCIÓN**

www.revistas.unlp.edu.ar/ReDeA

ReDeA

Revista Derechos en Acción





VERANO 2016 / 2017

DERECHOS en ACCIÓN

www.revistas.unlp.edu.ar/ReDeA



Redea Unlp

STAFF

Director

Alejandro MEDICI

Subdirector

José Ignacio LOPEZ

Coordinadora

Marcela DE LUCA

Editor

Pablo Octavio CABRAL

La Plata. Marzo 2017

ReDeA

Revista Derechos en Acción



Consejo Editorial Internacional

- Alejandro ROSILLO MARTINEZ (Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México)
- Andry MATILLA CORREA (Universidad de La Habana, Cuba)
- Antonio Carlos WOLKMER (Universidad Federal Santa Catarina, Brasil)
- David SÁNCHEZ RUBIO (Universidad de Sevilla, España)
- Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL (Universidad Autónoma de Aguas Calientes, México)
- Nicolás CENDOYA (Universidad de la República, Uruguay)
- Milay BURGOS MATAMOROS (Universidad de La Habana y UNAM)

Consejo Editorial Nacional

- Eugenio Raúl ZAFFARONI (Universidad de Buenos Aires)
- Víctor Ernesto ABRAMOVICH (Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de Lanús)
- Alicia RUIZ (Universidad de Buenos Aires)
- Marcelo SAIN (Universidad Nacional de Quilmes)
- Enrique DEL PERCIO (Universidad de Buenos Aires)
- Esteban RODRÍGUEZ ALZUETA (Universidad Nacional de Quilmes)
- Juan GONZÁLEZ MORAS (Universidad de Buenos Aires)
- Juan Bautista JUSTO (Universidad Nacional del Comahue)
- Solange DELANOY (Universidad Nacional de Rosario)
- Franco CATALANI (Universidad Nacional de La Pampa)
- Lila GARCIA (Universidad Nacional de Mar del Plata)
- Romina RONDA (Universidad Nacional de Cuyo)

Consejo Editorial UNLP

- Graciela DE ORTUZAR (Filosofía del Derecho)
- Ramón TORRES MOLINA (Historia Constitucional)
- Valeria VOLPONI (Derecho Penal)
- Homero BIBILONI (Derecho Administrativo)
- Carlos RAIMUNDI (Derecho Político)
- Víctor Eduardo HORTEL (Derecho Penal)
- Marcelo PEPE (Derecho Civil)
- Carlos ECHEVESTI (Derecho Civil)
- Carola BIANCO (Sociología Jurídica)
- Juan ORSINI (Derecho Laboral)

Comité de Redacción Docente

- Guillermo MORENO (Historia Constitucional)
- Mariano LOVELLI (Derecho Político)
- Ricardo César ANDREU (Economía Política)
- Omar HEFFES (Derechos Humanos)

- María ALEMAN (Derecho Civil)
- Fernando MAITINI (Derecho Romano)
- Martín LORAT (Derecho Penal)
- Rosario ECHEVESTI (Derecho Civil)
- Eduardo CURUTCHET (Derecho Laboral)

Comité de Redacción de Graduados

- Ailén Victoria DÍAZ
- Carolina MOLTRAZIO
- Anibal HNATIUK
- Juan Pablo GOMARA
- Gerónimo Erdmann MC DONALD
- Juan Manuel SANTILLI

Comité de Redacción Estudiantil

- Pablo BLANCO
- Florencia TITTARELLI
- José MAITINI
- Abril DE ROSA
- Manuela ORTEGA
- Julieta VISCONTI

Diseño Gráfico

- Ezequiel RAFFINO

Dirección de Arte

- Nazarena MAZZARINI

Ilustraciones del presente número

- Celina TORRES MOLINA:

Profesora y Licenciada en Artes Plásticas, Orientación en Cerámica, FBA-UNLP. Docente de la Cátedra de Cerámica Complementaria UNLP y de la Escuela Municipal N°1 “El Rincón” y la escuela Experimental “La Garza” de la localidad de Villa Elisa. Ha participado de numerosas muestras colectivas y desde diciembre del 2011 su exposición “ellas saben” está itinerando por diferentes localidades y provincias. La misma fue declarada de interés municipal en Pergamino en mayo del 2011. “ellas saben”, estuvo expuesta en El Museo de Arte y Memoria de La Plata, en el Museo de Bellas Artes de Florencio Varela, en El Museo de Bellas Artes de Pergamino, en el Museo Carrafa de la Provincia de Córdoba, en La Facultad de Trabajo Social de la UNLP, en el Centro Cultural de la Memoria Haroldo Conti, situado en la Ex Esma, en el Bachillerato de Bellas Artes, en el Liceo Victor Mercante, en el “Gato

que Pelotea”, en la localidad de Villa Elisa, en “La Catrina” en la ciudad de La Plata... Llevo armando esta muestra más de trece veces, cada vez que la armo me digo “esta es la última vez”, pero, todavía no puedo, me sigo “despidiendo” de mi mamá. En cada una de las muestras la sigo homenajeando, agradeciendo a ella y a las más de mil mujeres que pasaron por la cárcel de Villa Devoto durante la última dictadura militar. ¿Somos consientes como sociedad, todas las secuelas que nos dejó la última dictadura militar? yo creo que no. “ellas saben” nació en parte para contar eso que muchos no saben ¿cómo era ser presa política? ¿cómo se hace para ver crecer a los hijos a través de un vidrio? ¿cómo es escribir cartas todo el día, como único modo de comunicación? Estas son algunas de las muchas preguntas que empecé a hacerme cuando fui consciente que habíamos crecido (mis hermanos y yo) sin nuestros padres, ya que ellos estaban detenidos.

Mi papá, Ramón Torres Molina, después de haber estado detenido siete años en la cárcel de Rawson, salió y pudo contar su historia.

Mi mamá, Celina Lacay, profesora de historia, cuando salió de la cárcel de Villa Devoto, tenía un cáncer muy avanzado y murió tres años después, a los cuarenta y un años. Su muerte, sin poder haber visto en todos esos años a un médico, es sin duda una secuela de la dictadura. Ella no pudo contar su historia, pero aquí estoy yo, muy orgullosa contando y mostrando las cosas lindas que escribí y nos dejó.

Esta carta, la escribió estando detenida, a mi hermana mayor.

Lucrecia:

juguemos a que mientras vos y yo estamos en la cama grande como hacíamos cuando papá se iba de viaje ¿te acordás?.

Supongamos que me preguntas mientras te acaricio el pelo y te doy un beso en la mejilla: -¿mamá que es ser feliz?-.Entonces yo podría contestarte:

La felicidad es querer a alguien y poderse lo decir despacito en el oído o gritarlo en la calle para que se lo lleve el viento y lo vuelva a traer. La felicidad es andar en bicicleta mientras el sol te calienta la carita y tu nariz choca a una mariposa azul. La felicidad es tener una tía con un corazón muy grande que se vuelve mamá cuando yo no puedo estar con vos. La felicidad es saber que después de la lluvia saldrá el sol, que después del frío los árboles se ponen su traje verde y las flores salen de su escondite. La felicidad es tener un amigo que te espera en la escuela o que te recuerda cuando no estás con él. La felicidad es tener un hermano con rulos una Celi gorda, 4abuelos, 4 tíos,3 primas y 2 primos. La felicidad es recordar como eran los besos de mamá y papá y pensar como serán los abrazos que traerán cuando vuelvan a estar junto a ustedes tres.

Y ahora, siguiendo con el juego, apaguemos la luz que es tarde. Te abrazo y siento como de a poquito te vas durmiendo muy cerquita mío.-

INDICE

Editorial	11
------------------	-----------

Primeras materias

-“Introducción a la Sociología: Introducción para una visión heterodoxa de la Ciencia Jurídica.” Desojo, Emanuel	19
-“Derecho Romano: El corte de árboles por parte del colono y sus eventuales regulaciones a partir de D. 12.2.28.6: Paul., 18 ad ed.” Aramburu, Romina	30
-“Historia Constitucional: Uso alternativo del Derecho y Reglamento Provisorio de 1815 del Protector de los Pueblos Libres” Rojas, Edgardo	39

Doctrina

-“Fundamentos del pluralismo jurídico desde la filosofía de la liberación” Rosillo Martínez, Alejandro	51
-“La reforma constitucional como arma política: el caso mexicano” Mancilla, Roberto	75
-“Principios que rigen la actividad administrativa venezolana” Salas Flores, Ramón Andrés	97
-“Las políticas sociales y su repercusión en el sistema de derechos. Marco jurídico, jurisprudencia y principales programas en Argentina (2003-2015)” Behm, Leonardo Andrés y Cristeche, Mauro	125
-“La pérdida de confianza en salud pública: Un problema ético- Social complejo” Ortuzar, Graciela	142
-“Algunas líneas sobre el trabajo migrante en el ámbito el Mercosur.” Balbín, Adolfo Nicolás	157

Legislación

-“El daño al proyecto de vida en el nuevo Código Civil y Comercial” Curutchet, Eduardo E.	173
-“La paridad como un principio social. A propósito de la sanción de la ley 14.848” Cuerda, Agustina	180

Jurisprudencia

- “El servicio público: de la titularidad estatal al derecho de participación de los usuarios. Apostillas al caso CEPIS” González Moras, Juan M.	191
-“El jardín de los senderos que se bifurcan. Comentario al fallo de la CSJN “Fontevicchia II” de la CSJN.” Medici, Alejandro	213

- “El fallo “Smith” de la Corte Suprema de Justicia de Canadá y el análisis sobre el consumo de marihuana y sus derivados para uso medicinal en la actualidad” **Torti Iermini, Marcos Antonio** **220**

Opinión

- “El mundo islámico” **Raimundi, Carlos** **231**

- “Acerca del Derecho, la enseñanza, la formación en el ejercicio profesional y otras yerbas” **Bibiloni, Homero** **245**

- “El Portal de Revistas UNLP, la acción y nuestro artículo 15” 17. **Maitini, José** **267**

- “Política cultural Platense. Una mirada jurídica de los Espacios Culturales de la Ciudad de La Plata.” **Yarkho Coscarelli, Santiago** **269**

Novedad Bibliográfica

- “Otros nomos: Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, de Alejandro Médici” **Colombato, Lucía Carolina** **279**

- “Una herramienta al servicio del litigio estratégico de derechos humanos: “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, el libro de Pablo Larsen” **De Antoni, Román** **283**

- “Comentario al libro “Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial”, **Echevesti, Rosario** **285**

Trabajos Finales de Grado

- “Contemplación histórica del sistema penitenciario y nuevos horizontes para la protección de los derechos de las personas privadas de su libertad” **Vasser, Tomás** **289**

- “Derechos Humanos universales para pocos” **Gallardo, Leandro** **304**

Trabajos de Investigación

- “El funcionamiento del mercado de trabajo en tiempos de crisis. Un enfoque desde la economía política y el derecho.” **Andreu, Ricardo César; Sosa, Rodolfo Alberto, Ayoroa, Paula; Riccobene, Eliseo** **313**

Proyectos de Extensión

- “Proyecto de Extensión Universitaria Construyendo Lazos Sociales” **Mazzarini, Nazarena** **327**

- “Cambio de paradigma legal, actuación del Estado y estigmatización de lxs jóvenes” **Pérez Cazenave, Ligia** **341**

Entrevista

Entrevista al Profesor **Dr. Fabián Omar Salvioli** **357**

Editorial



Transformaciones institucionales y jurídicas que nos preocupan

Este segundo número de ReDeA sale a la luz en un momento de profundas transformaciones en nuestro sistema jurídico.

¿En qué radica el desafío? Uno de nuestros principales esfuerzos editoriales se concentra en el análisis crítico del discurso jurídico en todos sus niveles de producción: legislativo, jurisdiccional, académico y, con especial atención, la voz de los sin voz, los justiciables.

Esta pretensión es inescindible del abordaje integral del sistema jurídico, considerado como un todo, que encuentra un hilo conductor valorativo y operativo en las reglas internacionales de DD.HH.

En este último año se vienen produciendo en nuestro país significativos cambios estructurales en las dimensiones política, económica, social y cultural que, indetectablemente, sacuden al universo jurídico.

Como hemos verificado en otras etapas de nuestra historia; el cambio de paradigma ideológico que pretende delinear nuestras normas de convivencia y relación ciudadana, se traduce en la inserción de nuevas (viejas?) normas escritas, significativos fallos jurisprudenciales en respuesta a esta actividad legisferante, prácticas diversas por parte de los operadores jurídicos y posicionamientos alternativos de organizaciones y actores sociales en general.

Hace tiempo dejamos atrás la imagen piramidal y aséptica del ordenamiento jurídico, acercándola más a la de una telaraña. Pues bien, la fotografía actual nos muestra a esta tela arrasada por la lluvia y en proceso de deconstrucción/reconstrucción.

Vemos con preocupación la proliferación de decretos de dudosa necesidad y urgencia en temas cruciales que debieran ser objeto de debates parlamentarios. Un diálogo parlamentario que pareciera alcanzar consensos extraños a las fuentes ideológicas que llevaron a nuestros representantes a ocupar sus bancas, resultando una confusión de roles y objetivos que se traduce en una manifiesta incertidumbre respecto al proyecto de sociedad pensada y planificada. Jueces que responden a estas nuevas lógicas con decisiones diversas y a veces contradictorias.

Sólo por citar algunos ejemplos, economía propia de una editorial, merecen nuestra atención y reflexión crítica la derogación vía decretal – luego confirmada por el Parlamento – del espíritu esencial de una de las leyes más debatidas y discutidas en nuestra historia legislativa como lo es la Ley 25.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. Igual actitud, ejecutiva y parlamentaria, se verifica con otras tantas leyes que involucran a la Soberanía sobre nuestros Recursos Naturales (vg.: decreto 820/16 presuntamente reglamentario de la Ley 26.737 que impone límites a la apropiación de tierras rurales por parte de extranjeros) o a la historia de nuestro Derecho Social sobre las que cabría interrogarnos en cuanto avanzan en un nuevo proceso de flexibilización laboral, probadamente adverso en nuestra historia reciente.

Tampoco el Poder Judicial, en todas las instancias, ha quedado al margen de esta oleada de cambios estructurales y contradicciones. Unos de los más significativos, que incentivan la relectura crítica, son los recientes fallos de la CSJN en los casos

“Orellano” (CSJ 93/2013, 49-0/CS1, 7/6/16) que atañe al Derecho Constitucional de Huelga, las marchas y contramarchas en las decisiones jurisdiccionales sobre los aumentos de tarifas y servicios públicos y el llamado caso “Fontev ecchia II”; éstos dos últimos objeto de tratamiento en este número de nuestra revista.

Los ajustes presupuestarios en educación pública e investigación universitaria

Más cercana a nuestra pertenencia universitaria pública y gratuita, no podemos soslayar los recortes presupuestarios para el año en curso tanto en el área educativa en general como en el ámbito de la investigación científica.

Este espacio editorial excede el abordaje complejo y no sesgado que requiere todo análisis estadístico. Sin perjuicio de ello intentaremos aportar algunos datos objetivos.

El Ministerio de Hacienda y Finanzas de la Nación aduce que el presupuesto 2017 prevé un aumento total de gastos del 22% para la función Educación y Cultura, en relación con los que efectivamente se usaron en 2016. Al respecto, dos aclaraciones para que el lector saque sus propias conclusiones.

La primera; que la comparación no puede hacerse sin más. Creemos que debe contemplar los cambios efectuados en el organigrama del Ministerio de Educación el que a partir de 2017 incorporó en sus partidas de gastos los del área de Deportes (antes Secretaría de Presidencia de la Nación), los del Plan Nacional de Educación Digital (que incluye el programa Conectar Igualdad, que previamente implementaba la ANSES) y un porcentaje para la construcción de jardines de infantes, facultad que también el PEN delegó en el Ministerio de Educación y Deportes a mediados de 2016. La segunda observación: los aumentos enunciados resultan sensiblemente menores a la inflación interanual calculada para septiembre de 2016 por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (43,1%).

En lo que respecta al área de investigación, mientras en el período 2009-2016 la fracción del presupuesto nacional dedicada al MINCyT, junto con el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y la Comisión Nacional de Actividades Espaciales (CONAE) osciló entre 0,7% y 0,8 %; el presupuesto 2017 reduce esta fracción a un mínimo histórico de 0,59%. Se trata de cifras presupuestadas o proyectadas, con lo cual ha de verificarse en qué medida se ejecutarán estos montos. El incremento real, considerando el deflactor de precios del PIB, se corresponde con una caída real del financiamiento del -3,43%. Hay que sumar a esta situación, una visión del Gobierno Nacional negativa y cierto menosprecio respecto de la actividad científica que se desarrolla en el ámbito de las Ciencias Sociales.

Acceso a la información pública, nuevo plan de estudios y concursos por equipos en nuestra Facultad

En la realidad local, nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, continuamos sin tener rendición de cuentas claras y acceso a la información pública. En este sentido, desde la agrupación Docentes de Derecho en Acción hemos intentado infructuosamente que sus autoridades remitan a ADULP el padrón de docentes actualizado a fin de emprender el proceso eleccionario de una comisión de delegados, la que consideramos más que necesaria en estos tiempos y teniendo en cuenta que la facultad no reconoce la aplicación efectiva del convenio colectivo de trabajo que nos ampara. De esta manera, las autoridades están vedando a los docentes el ejercicio mismo del derecho a la sindicalización y a la protección colectiva de nuestros derechos laborales. Otra señal de alarma, en este contexto de ajuste, es la decisión del gobierno de la facultad de implementar a partir de este año 2017 un nuevo plan de estudios, con la consecuente erogación que significa mantener dos planes simultáneos. Ello cuando aún se verifica en nuestra facultad un alto porcentaje de docentes que no cobran remuneración alguna por su trabajo.

Párrafo aparte dedicamos al llamado "sistema de concursos por equipos" que ha implementado la facultad para la cobertura de los cargos docentes de las primeras materias del nuevo plan de estudios.

En efecto; la Resolución 345/16 del HCD creó cuatro cátedras para las nuevas materias (introducción al Estudio de las Ciencias Sociales; Introducción al Estudio del Pensamiento Científico; Derechos Humanos y Teoría del Conflicto) y llamó a concurso para cubrir un cargo de titular y dos adjuntos ordinarios por cada una de ellas, dejando aclarado en su art. 4º que "La modalidad del presente llamado será por equipos y se regirá por la Ordenanza 179/86, la resolución CD N° 353/01, sus modificatorias y las disposiciones de la presente resolución."

Asimismo, por Resolución 344/16 del HCD (20 de septiembre) se modificó la reglamentación del procedimiento de concursos docentes (Resolución HCD N° 353/01 modif. por la Res. HCD N° 401/11) incorporando la modalidad de concurso por equipos.

En la normativa referida se deja expresamente aclarado que el procedimiento reglado es en el marco de la "Reglamentación Art. 26 de la Ordenanza 179/86". Pero, como veremos más adelante, la regulación de Universidad referida no tiene prevista la modalidad de concursos por equipos. Así se modificaron los artículos 3, 6, 8, 9, 13 y 17 del régimen anterior (353/01 y 401/11) y se incorporó un nuevo artículo (12).

Según el Estatuto de la UNLP (2008), la regulación de los concursos se rige por sus artículos 22 y 23 que no prevén la modalidad en cuestión. La norma de la Universidad que se utiliza en los concursos es la Ordenanza 179/86 que reglamenta el procedimiento administrativo para la "Provisión de Cargos de Profesores Ordinarios" y establece que "Para cubrir los cargos de Profesor Ordinario el Consejo Directivo llamará a concurso público de méritos, antecedentes y oposición. El llamado especificará el cargo a cubrir, la categoría y demás características que establezca la Unidad

Académica, fecha de apertura y cierre de la inscripción y la constitución de la Comisión Asesora. El plazo de inscripción será de 30 días corridos.”

La incorporación efectuada en unos pocos artículos, en una primera opinión, no logra resolver normativamente todas aquellas cuestiones que pueden suceder en un procedimiento en el que los concursantes se presentan en equipos. Una cuestión central es como se articula el procedimiento administrativo impugnatorio, es decir si existe el reconocimiento del derecho individual de impugnar el otorgamiento de los puntajes por antecedentes, que se realiza en forma individual (art. 6 y 12 de la Res. 344/16).

En el caso que un postulante que integra un equipo no está de acuerdo con la calificación por antecedentes que le hicieran en el procedimiento concursal puede, individualmente, realizar una impugnación a la decisión. ¿En quién reside el derecho de impugnación? ¿Puede un integrante del equipo interponer los recursos administrativos y judiciales contra una calificación que lo agravia? ¿La impugnación está en cabeza del candidato a titular del equipo o es necesario que se realice en conjunto por todos sus integrantes?

Por otra parte al computarse los antecedentes en forma grupal, luego de sumar los puntos individuales y promediarlos por equipo (art. 12 Res. 344/16), puede resultar ganador un equipo que tenga un muy buen titular y no tan buenos adjuntos. Puede darse el caso que un candidato a adjunto con escasos antecedentes, por pertenecer a un grupo con colegas más reconocidos, acceda a dar clases en nuestra facultad, desplazando a otros postulantes que tengan más antecedentes pero que integre un grupo que, en conjunto, no tenga el puntaje para ganar. ¿Esta nueva modalidad promueve la calidad y la excelencia educativa que exige la Ley de Educación Superior en su art. 33?; ¿Garantiza el derecho a acceder a la carrera académica mediante “concurso público y abierto de antecedentes y oposición” reconocido en el artículo 11 de dicha ley?; ¿Respeta la garantía de idoneidad para el ingreso a los cargos públicos proclamada en el artículo 16 de la CN?

Finalmente, la Ley de Educación Superior dispone que las Universidades Públicas deben garantizar la convivencia pluralista de corrientes, teorías y líneas de investigación, sumada a la reconocida libertad de cátedra que de primar en nuestras facultades. Este nuevo mecanismo procedimental para seleccionar los docentes de las nuevas materias –en los que la propuesta es grupal y con ello posiblemente única la visión filosófico-política de la materia a dictar-, sumado a que sólo se convoca a una cátedra por materia: ¿Garantiza la pluralidad de corrientes teóricas y la libertad de cátedra?

He aquí nuestras reflexiones preliminares frente a las reglamentaciones vigentes y a las modificaciones que se pretenden, esperando generar, desde este espacio, un debate plural y sustentable argumentativamente.

Lejos de desalentarnos, este entramado de cambios nos interpela a tareas desafiantes tales como la revisión y reconstrucción de nuestros marcos teóricos, a escrudiñar detrás de las palabras de leyes y decisiones para develar los conflictos de intereses en juego, hacer el esfuerzo pragmático de identificar quiénes resultan

ganadores y perdedores en esa puja, practicar una visión integral de las modificaciones verificadas para encontrar, si lo hay, el fundamento teleológico y axiológico que subyace detrás de ellas. Y, por sobre todas las cosas, poder analizar y entender cómo quedan ubicadas las Personas en esta maraña de palabras y gestos. Es la Persona Humana, viviendo pacífica y dignamente en una Sociedad Democrática, el centro de toda contribución que pretendamos acercar, con o sin suerte, desde esta publicación.

Con estas líneas de bienvenida a nuestro segundo número, alentamos a nuestros lectores, potenciales autores, a reflexionar sobre estas cuestiones y acercarnos sus aportes. El volumen de Otoño de 2017, los espera.

Primeras Materias



Introducción para una visión heterodoxa de la ciencia jurídica

Por Emanuel Desojo

I. Introducción. Advertencia

El análisis del presente trabajo necesariamente parte de ciertos consensos imprescindibles para avanzar en la construcción de una visión de la Ciencias Jurídica heterodoxa, la que se sustenta en teorías de autores de disciplinas que analizan a esta “Ciencia” desde una perspectiva panjurídica.

Así comprendemos que una de las funciones de las Ciencias Jurídicas es desde sus orígenes reglar las relaciones sociales, aspirando a influir sobre los comportamientos humanos, desde perspectivas conservadoras se podrá observar al derecho como un instrumento que busca de mantener el statu-quo imperante, mientras que desde ciertas teorías progresistas se reconoce en el derecho una posibilidad de lograr transformaciones a través de dicho instrumento, sin necesidad de destruirlo.

Con la conformación de las primeras Repúblicas Modernas inspiradas en Montesquieu, el Poder Judicial adquirió dentro de en la división y especialización de los Poderes, el carácter más reaccionario, conservador y el menos democrático, sin embargo siempre ha abogado por mantener su posición de superioridad científica, a través del discurso de su tecnificación, diferenciándose de los otros poderes del Estado, cuyo corte es de neto corte “político”.

A partir de estas premisas se busca delinear, en consonancia con el avance de la percepción crítica en la Ciencia Jurídica, una concepción heterodoxa de la Ciencia Jurídica, y como a través de ella se hace impacto en la sociedad, al hacer este campo comprensivo de posiciones abiertas a la democracia, a los derechos humanos, al respeto de la diversidad y pluralidad cultural.

II. Derecho y Sociedad

Analizar la *relación entre Ciencia Jurídica y Sociedad*, y adscribir a la posición que *reconoce al derecho como una ficción, la que sólo es válida si la reconocemos como legítima, y le damos el valor de verdad en un consenso tácito, como lo ha descrito Émile Durkheim, al hablar de la solidaridad orgánica* (Durkheim, 1893).

Cómo también analizar la influencia que el derecho adquiere bajo estos presupuestos en la “realidad” y por ende en su legitimidad, admitiendo que la vigencia de las normas jurídicas muchas veces es efímera cuando se enfrenta a normas informales que obedecen a pautas culturales, religiosas o ético-morales arraigadas en la sociedad cuya conducta se busca modificar.

Por esto comprender la interdependencia que existente entre sociedad, estructura social, economía, filosofía, modelo productivo y ciencia jurídica, posibilita

entender cómo funciona la cohesión social y si es posible transformar las conductas culturales y legales, aún las que resultan conflictuales entre sí, mediante el ejercicio de ciertos dispositivos de poder, analizando, a partir de allí, cuál es la función de la Ciencia Jurídica en este cosmos.

Al analizar el Ciencia Jurídica como una Ciencia, aún sin definir exactamente cuál es su método científico, pero partiendo de un desarrollo epistemológico, permite conocer que ciertas objetivos no podrán ser conseguidos a través de una regulación jurídica; como reconocer que el poder de las normas jurídicas posee unos límites considerablemente estrechos (Ehrlich, 2005) a diferencia del resto de los ordenamientos normativos informales (religioso, moral, etc.).

Esta incapacidad del derecho es puesta de manifiesto por uno de los fundadores de la Sociología Jurídica, E. Ehrlich en el año 1905, que interpela a los juristas clásicos que intentaban corregir los conflictos sociales mediante el dictado de nuevas normas jurídicas, desde una posición dogmática-positivista, a lo que abogaba: "... si la Historia no fuera una ciencia de la que sólo es posible aprender que, por lo general, nada se aprende, el número de quienes pretenden arreglar todos los males sociales por medio de una nueva ley tendría que ser considerablemente más pequeño...".

Por eso, y sin adentrarnos en profundidad de la simbiosis existente entre "Relaciones Sociales", "Ciencia Jurídica" y el concepto de cambio social que es un fenómeno que es una variable, no una constante; por eso estamos estudiando la variación; de ahí que el cambio que es una variable debe explicarse mediante el cambio en otra variable relacionada con ella. No se puede explicar por una constante (Ogburn, 1950)

Este concepto de cambio social tiene la ventaja evitar la visión positivista de un progreso lineal de la sociedad, asumiendo que podría no existir una dirección precisa en el decurso de la historia (Ogburn, 1922).

Luciano Gallino (1983), para avanzar en este camino, define el concepto de "Cambio Social", como una variación o diferencia o alteración relativamente amplia y no pasajera, aunque no necesariamente es irreversible en las propiedades, en el estado o en la estructura de la organización social de una determinada sociedad.

Entonces, comprender la realidad social en la cual nace y se desarrollan las normas formales (jurídicas) y sus relaciones con las normas informales (morales, costumbres, etc.), entender cómo son reformuladas y modificadas ambos modelos de conducta por los cambios sociales, que por momentos varían, y por momentos se mantienen constantes, es el punto de partida para analizar por qué podemos modificar leyes, sancionar nueva legislación, sin que implique un cambio del statu-quo.

Comprender que las normas que son resistida o promocionada por un dispositivo de poder legal (según los intereses que persigan los grupos de poder efectivo para satisfacer intereses particulares), van a definir su efectividad y eficacia, proporcionalmente con la influencia informal que sobre el dispositivo de poder legal tenga el grupo de poder, y no por la normativa efectivamente sancionada.

Para avanzar en una comprensión para la acción de la ciencia jurídica, y las posibilidades de un cambio social a través de la acción del derecho, es fundamental comprender estas variables, como la posición que ocupa el Poder Judicial Moderno

como último bastión del conservadurismo antidemocrático y eje fundamental para el mantenimiento del status-quo en sociedades profundamente desiguales.

Comenzar la reflexión sobre la aptitud de la norma jurídica como motor del cambio social, y el cambio social (político, económico, filosófico, etc.) como motor de la reforma jurídica, debe motivar a la reflexión del papel que tiene hoy esta Ciencia.

III. Definición de Derecho

Resulta necesario definir lo que consideramos esa ficción llamada “Derecho” para poder avanzar en este análisis, sí entendemos que es un discurso que no se compone únicamente de fórmulas dogmáticas, sino también que está constituido por un conjunto de discursos prescriptivos, dirigidos a determinar la conducta de los ciudadanos. Ese discurso no es otra cosa que el acto político del jurista, o de todo aquel que dice que cierto discurso de ciertos individuos “debe” ser obedecido.

Para lograr conocer el objetivo de la norma jurídica y del derecho en su faz de dispositivo legal de poder, se vuelve fundamental adentrarnos en los aportes de la economía, la filosofía, la sociología y la criminología, tomando como eje central para aunar estos conocimientos científicos a la Sociología Jurídica Crítica.

Para esta corriente, “el derecho” no existe sino después de que “alguien” ha aceptado a ese discurso como jurídico (Correas, S/N).

Si comprendemos la importancia y la profundidad que tiene el reconocer al derecho como un discurso dado desde el poder, y la “Ciencia Jurídica” como la ciencia que se ocupa de validar ese discurso del poder, podemos empezar a deconstruirlo.

De esa posición hegemónica y preponderante que valida al poder en un discurso y lo invalida en otro, surge la diferencia entre las distintas posiciones de los individuos en las relaciones de poder en la estructura social, y la posibilidad real de ciertos individuos de hacer que “su” discurso sea reconocido como válido, o no.

Si a este análisis le sumamos la complejidad del entramado normativo moderno (o postmoderno) con la “inflación” legislativa, y sus contradicciones entre reglas de igual jerarquía, podemos observar cómo se abona, desde el concepto hegemónico del derecho, a las teorías del poder que reflejan que dentro de normas de igual jerarquía, hay una gradación de derechos, por lo cual le corresponde a la judicatura, y a los individuos que la ejercen, por la capacidad que poseen, la decisión de cuales derechos son más valiosos en detrimento de los otros.

Así llegamos a otra de las aristas que la Ciencia Jurídica heterodoxa no puede dejar de lado, pese a su complejidad, que es preguntarse por quienes realizan la interpretación de las normas jurídicas y toman posiciones políticas, justificando las escalas de valores que le imponen al resto de la sociedad desde “sus” valores propios o los de su “clase social” de pertenencia.

Analizar la visión del mundo que tienen los operadores jurídicos, y su extracción social, se vuelve fundamental en toda Escuela de Derecho, pues no cualquiera puede acceder a la judicatura, de ahí la idea Gramsciana de la construcción de una visión del mundo de una clase que aspira al poder social, y la ideología de esa

clase, como “modelo” de hegemonía para el resto de la sociedad, que es reproducida en universidades y diversos ámbitos de socialización profesional.

La razón de incorporar este análisis al derecho tiene como fin la reflexión sobre la íntima relación que existe entre las costumbres universitarias de las facultades de ciencias jurídicas, los programas de estudio, el ejercicio profesional posterior, y la extracción de clase de los juristas y operadores del derecho, lo que debe constituir parte fundamental del objeto de estudio a fin de conocer y meditar sobre cómo se formulan las normas, como se interpretan, y como se aplican efectivamente las mismas.

Desde esta perspectiva lograremos acercarnos con más efectividad al conocimiento de la norma jurídica, de las causas y los efectos de esta, del control social (formal e informal) que impera en las conductas sociales, y tal vez podamos develar nuevas incógnitas y ámbitos de reflexión útiles a las Ciencias Jurídicas y Sociales, para lograr un Estado Democrático, que respete a las minorías desde una posición de igualdad.

IV. Derecho y Sociología Jurídica

Intentar sumergirse en la función de la Sociología Jurídica como parte fundamental de la interacción entre el derecho como norma escrita y la Sociología, buscando no agotarse en la descripción de la norma y su interpretación, sino estudiar las pautas culturales en cuanto causas y efectos que se relacionan con el nacimiento del derecho, y su función como un “discurso”, o sea como ideología formalizada (Correas, S/N).

A través de esta ideología formalizada se quiere instaurar falsamente una visión técnico-científica-hegemónica de la Ciencia Jurídica. El desplazamiento de este concepto de Derecho (técnico-científica-hegemónica) carente de posiciones valorativas y subjetivas, es fundamental para llevar adelante la emancipación de la visión positivista con que se insiste desde la “burocracia” Universitaria.

También es necesario completar esta perspectiva del estudio de la Ciencia Jurídica con un análisis de la sociedad desde el proceso histórico de la Modernidad occidental (apoyada en los pilares de la regulación y emancipación instaurando sobre el paradigma sociocultural surgido entre los S. XVI – XVIII), para dejar en evidencia que fruto de la imposibilidad de cumplimiento de las promesas realizadas por esta, nos encontramos frente a su ocaso, y con él, a lo que el derecho moderno ha significado (Boaventura de Sousa Santos, 2003).

Así se debe incluir en este recorrido de reflexión sobre la enseñanza de la Ciencia Jurídica las consecuencias de la aparición del capitalismo (sistema económico-político) en la Modernidad, y especialmente en la conformación del modelo de estado-nación occidental, que ha patologizado los principios en que se apoyaba esta (libertad, igualdad y fraternidad).

Por lo cual reconocer en la enseñanza actual de la Ciencia Jurídica (en todas sus ramas) una distancia crítica entre la realidad académica y la realidad en que se desarrolla o se aplica, implica aceptar la necesidad del cambio de paradigma atento las

consecuencias que provoca, por la naturaleza de ese contenido académico-cultural, en donde la Academia se desliga de su responsabilidad en la distribución de conocimiento, desconociendo la función del derecho en la distribución de las oportunidades, la riqueza y el poder fáctico.

Por eso reconocer el escenario en donde las acciones científicas de la ciencia moderna (incluida la Ciencia Jurídica) son cada vez más científicas que sus consecuencias, o lo que es lo mismo, que en la ciencia moderna la capacidad de acción científica es mucho más grande que la capacidad de previsión de las consecuencias de esa acción científica (Boaventura de Sousa Santos, 2003), es el primer paso para transformar la enseñanza de esta disciplina.

La visión heterodoxa de la ciencia tendrá por consecuencia brindar herramientas para cuestionar/criticar el pensamiento uniforme, positivista y hegemónico de la enseñanza recibida. Desde esa perspectiva no podrá ignorarse el actuar selectivo del dispositivo de poder judicial en la aplicación de las normas jurídicas, las que pierden, como entelequias, sus caracteres de perfectas, incuestionables y obligatorias, adquiriendo para sí la función práctica de ser aglutinadoras del poder real, y producto de disputas de facciones de ideológicas concreta.

Así el análisis desde la perspectiva crítica de la función del derecho moderno en el Estado Liberal, y sus presupuestos, posibilita poner en evidencia el resultado desastroso del análisis ortodoxo de la Ciencia Jurídica.

Esa ortodoxia que enseña a la Ciencia Jurídica como despolitizada, que se traduce en la distinción entre Sociedad Civil y Estado, reduciendo al derecho en una acción científica enseñada y producida desde las universidades a-políticas y a-críticas, basada en una acción científica lógica-formal, sin consecuencias concretas en la realidad, a través silogismos, quitándole sentido y contenido a las normas, es lo que debe cuestionarse y visibilizarse.

Promover la discusión por la sustitución de esa enseñanza del derecho falsamente aséptico, para desenmascarar una Ciencia Jurídica con una amplia politización, comprendiendo la tensión dialéctica que existe entre emancipación y regulación, debe ser el eje a seguir, teniendo como meta el fomentar la democratización, la heterodoxia y el desarrollo inclusivo de un sistema normativo que permita un desarrollo social equitativo.

V. Relaciones de Poder y Ciencia Jurídica

Analizar las relaciones de poder que existen en el proceso de formación de leyes, como la ultra actividad jurisdiccional en su interpretación, la desnaturalización y selectividad en la aplicación, lleva a un conocimiento crítico de la función que cumple el derecho en la sociedad y su íntima relación con el resto de las ramas de las Ciencias Sociales (economía, política, sociología, entre otras) evitando así un análisis sesgado y reproductor de relaciones de dominación propio de sistemas antidemocráticos cerrados.

La re-significación del Derecho, y su concepción como discurso, se vuelve necesario y constituye uno de los objetos de reflexión fuera del corsé que la modernidad le ha impuesto.

La reducción que ha sufrido la legitimidad del derecho a la mera legalidad (Boaventura de Sousa Santos, 2003), es parte de una percepción que ya ha comenzado a resquebrajarse, y la ruptura de ese paradigma va avanzando en las universidades, para así dar paso a una nueva cosmovisión de la Ciencia Jurídica propia de un estado social de derecho.

Fomentar la discusión de la legitimidad y legalidad en la norma jurídica, receptando su crisis actual, para así plantear la incógnita de cómo éste puede ser legítimo y no ser legal, y viceversa, visibiliza una de las funciones del derecho como eje de un discurso para dominar, reproduciendo el statu-quo.

Corresponde desde la Academia analizar profundamente el dispositivo legal, la relación entre este y el resto de los poderes formales e informales, a fin de conocer las razones y los obstáculos a vencer para democratizar las fuerzas que lo rigen, y volverlo respetuoso de las diferencias en la heterogeneidad, de las minorías étnicas y de lo cultural no-dominante. Así se podrá buscar los ejes para fomentar un dispositivo democrático de poder que tenga por principio fomentar la soberanía política, la independencia económica y la justicia social.

Como punto de partida para este estudio de la Ciencia Jurídica hay que aceptar a través del análisis crítico, la capacidad de ésta como transformadora o reproductora de la realidad social, según como se utilice; y para ello es necesario conocer que el dispositivo de poder legal (Boaventura de Sousa Santos, 2003) es un conjunto heterogéneo de saberes, de reglas científicas, de normas jurídico-morales, que en un determinado momento se articulan y producen efectos que responden a un fin y a una utilidad determinada.

Solo desde este punto de partida podrá observarse cómo los discursos de las elites que sustentan el poder dominante lo utilizan en su propio beneficio (concepto caótico de dispositivo de poder), y cómo los grupos organizados en conflicto con esos poderes dominantes, a través de la lucha, pueden lograr quebrar ese eje normativo.

VI. Hegemonía, Estado, Mercado y Ciencia Jurídica

Reconocer en el estudio de esta disciplina, la Ciencia Jurídica, las bases de los dispositivos de poder que se observan en la modernidad, cuyo eje medular es negarle centralidad al Estado, reconociéndole un poder difuso que posee y con el cual se limita a sí mismo. Reconocer, como regularidad, que este dispositivo de poder es efectivo en cuanto beneficia al poder de Mercado, es fundamental para deconstruir la forma de crear derecho, visibilizando a los beneficiarios del dispositivo legal.

Sólo comprendiendo esta realidad, en especial al dispositivo legal de dominación, las razones en la que se sustenta, los motivos que la construyen y constituyen de una forma en particular, podremos modificarla.

Conocer cómo la Ciencia Jurídica (como dispositivo de poder legal) es atravesada por el “Poder” fáctico que la modela, y cuáles son las falacias con las que consigue consensos posibilitará democratizarla.

Resulta clave para descolonizar el pensamiento que nos atraviesa, la visibilización en esa “centralidad” del dispositivo de poder y de la falsa utopía conservadora en la que se sustenta.

La utopía que se reduce a “radicalizar el presente” expandiendo el neoliberalismo, en la modernidad actual y en la crisis económica mundial, como la única forma de resolver los problemas sociales, políticos y económicos (Franz Hinkelammert, S/N), revitalizando el chovinismo propios del S. XIX.

Desde ese paradigma ideológico del “centro”, se sostiene que la causa por la cual en el mundo todavía hay hambre, desnutrición, desastres ecológicos, etc (Boaventura De Sousa Santos, 2003), es debido a que el Estado neoliberal no ha logrado todavía la expansión total, con ella dichos “problemas” se solucionarían.

Resulta relevante, y hace a la comprensión de la posición política que toma la Academia en la enseñanza, que la Ciencia Jurídica, y más aún si sostenemos desde la perspectiva Crítica, como un elemento emancipador fundamental, el estudiar y analizar cómo el Mercado crea la falsa idea de un consenso desde una posición de hegemonía, que impide un consenso real. Sólo un “selecto” grupo de poder impone las normas que el resto debe acatar, y a través de distintos dispositivos los legitima y legaliza.

Esta hegemonía creada desde los grupos de poder fundamenta el consenso desde la “imagen” que produce a través del “aparato cultural”, donde lo que es bueno, es bueno para todos, aún cuando no sea así. O lo que es lo mismo, la representación de que aquello que es bueno para los que directamente beneficia, es bueno para todos. En la actualidad esta idea de hegemonía es aceptada sobre la base de que ella es inevitable, no por sus bondades, sino porque el poder consolidado y sus dispositivos hacen que se vea imposible criticarla.

El estudio y la reflexión sobre la hegemonía en su relación estrecha con la Ciencia Jurídica será útil en las academias para desvelar estos falsos consensos, que abonan a una Ciencia Jurídica dogmática y a-científica, reconociéndose con su falta de compromiso en la realidad social en la que intervienen como un derecho antidemocrático y selectivo de sus dispositivos de poder.

También con ese estudio se evidencia la ausencia de centralidad de la Ciencia Jurídica en la regulación de la conducta, y la forma en que obtusamente se sostiene la dominación por parte de los vencedores de ese discurso de un derecho antidemocrático, irrespetuoso de la diversidad y los derechos humanos, donde no se reconoce a “otro derecho”, si ese “otro derecho” propone estructuras de análisis, conductas y regulación distintas al que el discurso hegemónico denomina como “derecho”, sin analizar la esencia del mismo.

VII. Heterodoxia de la Ciencia Jurídica

Críticar la idea de inevitabilidad del derecho (y ciertos dispositivos de poder), asumiendo y promocionando una visión heterodoxa de los mismos, visibilizando cómo “la cultura occidental europea” y “la modernidad” se han impuesto en el ámbito de la Academia con una visión ortodoxa, donde la Ciencia Jurídica traduce los principios desde el conservadurismo colonizante, ocultando autores y discursos, debe ser uno de los ejes para revertir la visión antidemocrática y selectiva de ésta ciencia, finalizando con la alienación, en la definición marxista del término.

Reconocer a autores del pensamiento nacional heterodoxo, no colonizado, como Raúl Scalabrini Ortiz, José Luis Muñoz Azpiri, Arturo Jaureche, Manuel Hugarte, entre otros; y enfrentarlos los pensadores “clásicos” de raigambre tradicionales/extranjerizantes como D. F. Sarmiento, J. V. Gonzalez, J. B. Alberdi, Bidar Campos serán las bases imprescindibles en la búsqueda de un cambio de paradigma.

Desde las academias de donde se nutren los pensadores, y actores jurídicos más importantes, mantener una visión miope de la Ciencia Jurídica provoca que exista un Poder Judicial (cuya característica de endogrupo no podemos dejar de soslayar) nutrido de los actores reaccionarios, conservadores y antidemocráticos, que se ha transformado en un club privado al que sólo unos pocos pueden entrar.

Por eso desde el estudio heterodoxo de la ciencia Jurídica, no sólo se avanza en una visión epistemológica de la liberación, sino que se logra observar y comprender la condición social de las personas que son sujetos y las personas que son objetos del dispositivo de poder.

Poder abrir los ojos para reconocer cómo se afecta por el dispositivo legal a cada una de las personas, según su estatus jurídico, como realizar un análisis de la estructura social para reconocer de donde provienen tanto las personas objetos del dispositivo, como los sujetos (operadores judiciales), se vuelve imprescindible para poder comprender/enseñar la complejidad de la realidad en la que deberemos desarrollar la tarea de enseñanza, descolonización y ejercicio de la profesión, temática ausente en las academias que buscan borrar la realidad de la complicidad que poseen los operadores jurídicos en los sistemas represivos de las clases subalternas. No es posible dejar de analizar que esta enseñanza es, en los países colonizados (cultural o políticamente) llevada adelante por los mismos operadores que reproducen un sistema ortodoxo del sistema jurídico, manteniendo sus propios intereses y posición arcaica y antidemocrática.

Observar, analizar e investigar las clases sociales de donde provienen los jueces o legisladores, las intenciones manifiestas y latentes de los discursos políticos fundantes de las normas, las posiciones filosóficas y políticas de quienes enseñan a los estudiantes y su complicidad con el dispositivo de poder antidemocrático del Poder Judicial se hace imprescindible en la crítica al conocimiento/enseñanza de la Ciencia Jurídica.

Una vez analizados estas relaciones se comprenderán las fuerzas de poder que se encuentran en disputa, los principios a que responden, las intenciones que se

persiguen en forma manifiesta y latente, los discursos que las ocultan, y a partir de la conciencia de estas, los operadores, estudiantes y las personas objetos del sistema jurídico como dispositivo legal de poder, poder en libertad de decidir desde a qué visión del derecho se adscribir, y por cual desea luchar.

VIII. Conclusión

Con esta introducción a una reflexión crítica se busca sostener que las normas jurídicas reflejan la multicausalidad de su origen, y la complejidad del ejercicio del poder, la hegemonía del discurso de poder único que se enseña, fundados en aportes doctrinarios, jurisprudenciales e interpretaciones científicas/dogmáticas, que son falazmente indicados como únicos y unívocos.

El objetivo de esa ciencia jurídica, en la actualidad es fundamentar las pautas del derecho liberal-conservador dominado por las relaciones del Poder de Mercado.

Reconocer la posibilidad de una ruptura en ese bloque monolítico de poder hegemonizado compuesto por las normas jurídicas conservadoras/reaccionarias, y la enseñanza ortodoxa de la ciencia jurídica (colonizada y colonizante por excelencia), visibilizando los logros que por las luchas sociales han posibilitado su pequeño reconocimiento desde la grieta que en este contexto han abierto, “forzando” cambios culturales y el respeto de minorías a través de un compromiso con el activismo político-cultural, es lo que debe propugnar el cambio de la enseñanza de la ciencia Jurídica.

Desde este discurso sostengo se van a fortalecer las democracias, concientizando la necesidad de visibilizar la lucha contra ese falso consenso hegemónico llevada adelante desde técnicas científicas, que científican posturas políticas reaccionarias y conservadoras. El discursos de poder contra-hegemónico, plural y comprensivo de la diversidad posibilitará aprehender a agrietar esa visión ortodoxa del dispositivo legal, revelando el lugar donde se pueden fisurar las estructuras de poder compuestas principalmente por normas jurídicas que se enseñan a-críticamente en la Academia, por los operadores del mismo sistema jurídico aristocrático, antidemocrático, conservador y reaccionario a los derechos de las minorías.

Un visión heterodoxa de la Ciencia Jurídica resulta fundamental para construir conceptos “científicos” que indaguen en la realidad, desde los significados/significantes que son los términos como consenso, hegemonía, modernidad, dispositivos legales de poder, los que una vez explicitados podrá utilizarse para reconstruir estructuras de análisis útiles que servirán para estudiar la función de las normas, las ciencias jurídicas y su relación con los poderes fácticos en cuanto reproductores o transformadores de la realidad social en que se desarrolla.

Conseguir la construcción de estas estructuras de análisis es fundamental para comenzar a concientizar la necesidad de crear una epistemología desde el sur, que sea postcolonial, contra-hegemónica, capaz de analizar estructuras de poder propias de estas latitudes, desde un hemisferio colonizado culturalmente por la “intelligenza” de las elites, con sus saberes ortodoxos impuestos desde afuera, aceptados y reproducidos desde los lugares de dominio del “Aparato Cultural”, a través de los

distintos sistemas de reproducción hegemónicos de saberes en las distintas instancias nacionales a lo largo de toda Latinoamérica.

Por lo cual buscar desde la enseñanza de la Ciencia Jurídica, desde la Crítica Jurídica, el estudio heterodoxo de la disciplina, de la estructura tradicional de acumulación de poder -y riqueza- que en Argentina, que se revela como oligarca, cerrada y elitista, es fundamental para que con este estudio comprendan la posición de las normas jurídicas, las relaciones de esta con las distintas estructuras sociales, y se promuevan el respeto a las diferencias culturales, las minorías y las mayorías, comprendiendo que no existe democracia mientras exista dominación por parte de una visión hegemónica del derecho, que desconoce y rechaza a los restantes derechos y reglas culturales, o “reglas de la vida” (Eharlich, 2005).

Este cambio de paradigma debe avanzar en la Academia, como debe avanzar el pensamiento en clave democrática en Latinoamérica, para que la Ciencia Jurídica Crítica tome el vigor necesario de plantear el cambio de paradigma abordando el discurso del derecho desde una perspectiva multidisciplinaria y heterodoxa, reconociendo el papel que posee la norma jurídica y sus operadores como legitimadores o deslegitimadores de los discursos del poder.

Estudiar y analizar la democratización de los órganos judiciales, la revalorización de las luchas políticas de las minorías a través del reconocimiento de sus diferencias desde un plano de igualdad jerárquico/jurídicas, rechazar el mantenimiento de privilegios de grupos sociales -y económicos- con íntima relación en las cúpulas de los dispositivos de poder legal, y romper la visión hegemónica resultan los desafíos de una Ciencia Jurídica que en el S. XXI se encuentra ante un nuevo desafío, su actuación política y la lucha por el discurso de poder frente a un nuevo esquema de los dispositivos de poder, resultando el Multimedia comunicacional el dispositivo que ha adquirido una relevancia fundamental y sus caracteres de hegemónico y rizomático, son sus principales características de dominación y explotación, con base en su discurso antipolítico.

Bibliografía

Boaventura, de Sousa Santos, *Sociología Jurídica Crítica: Para un nuevo sentido común del Derecho*, Editorial Trotta S.A.

Correa, Oscar (1993) *Sociología del Derecho y crítica jurídica*, Editorial Fontamara, 1998. La Sociología Jurídica, un ensayo de definición, en Revista Jurídica Crítica, BAUP, 1993.

Ehrlich Eugen (2005) *Escritos Sobre Sociología y Jursiprudencia*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Emile Durkheim (1893) *La División del Trabajo Social*.

Ferrari, Vincenzo (2009) *Acción Jurídica y sistema Normativo*, Editorial Dykinson.

Foucault, Michel (1998) *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, Barcelona.

----- (2000) *Defender la sociedad*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

------(2004) *Vigilar y Castigar*, Siglo Veintiuno Editores Argentina, Buenos Aires.

------(1991) *Microfísica del Poder*, Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1992. Espacios de poder, Ediciones de la Piqueta, Madrid.

------(1996) *Vida de los hombres infames*, Caronte Ensayos, Buenos Aires

------(2001) *Los anormales*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires. ------(S/N) *Hermenéutica del sujeto*, Editorial Altamira, La Plata.

------(2008) *Nacimiento de la biopolítica*, Ediciones Fondo de Cultura Económica.

------(2006) *Seguridad, territorio y población*, Ediciones Fondo de Cultura Económica.

----- (2004) *Los Anormales*, Ediciones Fondo de Cultura Económica.

Gallino Luciano (1983) *Mutamento Sociale (o culturale)*

Giddens, Anthony, Turner, Jonathan y otros (1991) *La teoría social hoy*, Alianza Universidad, Buenos Aires, 1995. Sociología, Alianza Universidad, Buenos Aires.

Marx Karl *El método de la Economía Política*, Ediciones Fondo de Cultura Económica.

-----*La Ideología Alemana* (Junto a Engels Friedrich), Ediciones Fondo de Cultura Económica.

-----*Prólogo a la contribución a la crítica de la economía política*, Ediciones Fondo de Cultura Económica.

-----*Postfacio* a la segunda edición de *El Capital*, Ediciones Fondo de Cultura Económica.

-----*La Llamada Acumulación originaria* (en *El Capital*), Ediciones Fondo de Cultura Económica.

-----*Manuscritos económico-filosófico*, Ediciones Fondo de Cultura Económica.

-----*La Mercancía* (en *El Capital*), Ediciones Fondo de Cultura Económica.

-----*Trabajo Asalariado y Capital, Salario, precio y ganancia* Ediciones Fondo de Cultura Económica.

-----*Manifiesto Comunista* (Junto a Engels Friedrich), Ediciones Fondo de Cultura Económica.

-----*El 18 brumario de Luis Bonaparte*, Crítica al programa de Gotha. Ediciones Fondo de Cultura Económica.

Ogburn William Fielding (1922) *Social Change*, N. York.

Rapaport, Mario D. (2008) *Historia Económica, Social y Política de la Argentina*. Emecé.

Las Políticas Económicas de la Argentina. Una Breve Historia. Emecé.

Recalde Aritz (2012) *Pensamiento Nacional y Cultura*, Editorial Nuevos Tiempos.

Treves Renato (2007) *El Concepto de Sociología Jurídica*, en *Revista Jurídica Crítica*, BAUP.

El corte de árboles por parte del colono y sus eventuales regulaciones a partir de D. 12.2.28.6: Paul., 18 ad ed.

Por Romina Aramburu

I. Texto

Paul., 18 ad ed., D. 12.2.28.6:

Colonus, cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, si iuraverit se non succidisse, sive e lege duodecim tabularum de arboribus succisis sive e lege Aquilia damni iniuria sive interdicto quod vi aut clam postea convenietur, per exceptionem iurisurandi defendi poterit.

I. a- Traducción en español

Si el colono contra el cual se ejercitaba la acción de locación, acaso por haber cortado los árboles, hubiere jurado que él no los cortó, podrá defenderse por la excepción del juramento, si después fuere demandado con la acción de corta de árboles de la ley de las Doce Tablas, o con la de daño con injuria de la ley Aquilia, o por el interdicto de lo que se hace por fuerza o clandestinamente.

La figura del colono es una figura atípica que existió en Roma, pero en el análisis que se está realizando la terminología tiene otra acepción en la que se la equipara al inquilino, pero en éste caso al que es arrendatario de un fundo rústico, Alfredo Di Pietro en la nota 145, III (Gaius, 1967) al referirse a la locatio, nos dice lo siguiente: “La locación de cosas estuvo tratada como figura característica de tal modo que allí una persona llamada locator otorgaba el uso de la cosa a la otra, llamado genéricamente conductor y mas precisamente colonus –si se trataba de un predio rústico-o inquilinus si se trataba de un edificio- cfme. D.41,2,37”¹ o también publicanus (si se trataba de un vectigal- ver párr. siguiente : D.50,16,16 y que es la que paga el precio (merces)”.

Iglesias nos dice que “el problema no resuelto es el referente a los orígenes de la locatio conductio. La opinión más común descubre su raíz en los negocios concluidos por el Estado respecto de las tierras públicas”(Gaius, 1967).

En cuanto a las acciones que nacían eran: “la actio conductio, para el conductor y la actio locati para el locador, cfme Inst. III, 24 pr., acciones que al igual que las de la compraventa son de buena fe”(Gaius, 1967).

1 Marciano: Comentarios a la fórmula hipotecaria, libro único. Una cosa fue dada a título de prenda habiéndose entregado también la posesión, y después fue tomada en arrendamiento por el acreedor; se convino con el que hubiese dado la hipoteca, sea como colono tratándose de un campo, y como inquilino tratándose de una casa, y se considera que el acreedor posee por medio de ellos. -37. Marcianus (5) Libri singulari ad formulam hypothecariam. - Res (6) pignoris nomine data et possessione tradita, deinde a creditore conducta; convenit ut is, qui hypothecam deddiset, pro colono in agro, aedibus autem pro inquilino sit, per cos creditor possidere videtur. Digesto, página 332, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=602>

Iglesias nos dice que “Del arrendamiento no nace un derecho real sino de crédito, ejercitable frente a la persona concreta del arrendador –locator- El arrendatario es simple detentador, y por consiguiente no goza de la protección interdicial acordada en beneficio del possessor”, pero el mismo autor nos refiere en la nota número 153 “Dispone sin embargo, del interdictum de vi armata (D. 43, 16,12)”.

Siguiendo entonces con la cuestión en D. 43, 16,12 la fuente dice lo siguiente: “Marcelo. Digesto. Libro XIX. Un colono no admitió a aquél a quién el arrendador había vendido el fundo, al ser puesto éste en posesión, y después el colono fue echado por otro a la fuerza; se preguntaba quién tendría el interdicto unde vi. Dije, que nada importaba que el colono hubiese impedido que entrase el dueño que quería entrar, o que no hubiere admitido al comprador, a quién el dueño hubiese dispuesto que se le entregase la posesión. Así, pues, el dueño que le habrá de competir el interdicto Unde vi al colono, y que éste mismo habrá de quedar obligado por el interdicto al arrendador, a quién se considera lo echó al no entregar la posesión al comprador, a no ser acaso que esto lo hubiese hecho por justa y plausible causa.”

12. Marcellus. Libro XIX. Digestorum. Colonus eum, cui locator fundum vendiderat, quum is in possessionem missus esset, non admisit, deindet colonus vi ab alio deiectus est; quaerebatur, quis haberet interdictum Unde vi. Dixi, nihil interesset, colonus dominum ingredi volentem prohiboisset, an entorem, cui iussisset dominus tradi possessionem non admisierit. Igitur interdictum Unde vi colono competiturum, impsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem deiecitse tun videretur, quum emtori possessionem non tradidit, nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset.-

El arrendatario de casas o edificios se llama inquilinus, el de terrenos, colonus.

El conductor tiene las siguientes obligaciones:

- a)** Pagar la merced convenida. Puede librarse del pago cuando eventos graves inundaciones, terremotos, sequía- (D.19,2,15,2;EOD.,30,1) impidan el uso o disfrute de la cosa. En los arrendamientos de las fincas rústicas se establece por rescriptos imperiales la llamada remissio mercedis, en virtud de la cual el locator debe rebajar equitativamente la renta en los años de malas cosechas, para ser reintegrado lo que falta cuando vengan otras abundantes (D.19,2,15,3-5 Y 7 ; C. 4,65,8.).
- b)** Usar la cosa según su destino. Su responsabilidad alcanza a toda culpa (También a la custodia C. 4,65,28), en términos de afectarle el hurto de la cosa.)
- c)** Restituir la cosa cuando finaliza el arriendo, una constitución de Zenón (C. 8,4,10) castiga la injusta oposición del conductor a restituir cual si se tratase de invasión de la posesión ajena. En el derecho Justiniano no cabe oponerse a la restitución afirmando el propio derecho dominical.

Según el derecho clásico, el conductor viene obligado a pagar la totalidad de la merced cuando abandona el fundo, sin justa causa, antes del tiempo convenido. A tenor de la norma Justiniana, la responsabilidad del conductor, en éste aspecto, se limita al abono del daño efectivamente causado al locator (Una constitución de Zenón

C.4,65,34 atenta a las particulares condiciones agrícolas y sociales de la época, facultó a ambas partes para apartarse del arrendamiento dentro del primer año, así en Italia, como en las provincias).

Alfredo Di Pietro nos dice en la nota III, 145 la “*locatio conductio* es otro de los contratos consensuales romanos (Cfme. *supra* III, 135), consistiendo el mismo que una de las dos partes se permite el uso de una cosa durante un tiempo determinado o recibe la prestación de determinados servicios, pagando a la otra un precio determinado. La división que se suele hacer entre *locatio conductio rei* (locación de cosas), *locatio conductio operarum* (locación de servicios) y *locatio conducti operis* (locación de obra), no es estrictamente romana sino que fue discernida por los autores modernos posiblemente en el siglo XVII. Los romanos conocieron una sola figura la *locatio conductio* (con distintas variantes).

“El *colonus* era el individuo que de manera *perenne* quedaba ligado conjuntamente con su familia a la tierra siéndolo un verdadero esclavo de la misma “*servus terrae*”. Debían pagar un canon y no podían separarse del fundo, tanto que al ser vendido éste, se los transferían al nuevo dueño como algo adherido al campo (*membra terrae*)-Cfme 11,48 (47) 23 pr.” (Gaius, 1967).

¿Cómo proceden los interdictos para recuperar?

El interdicto *Unde vi* admite dos modalidades que se refieren a la desposesión violenta en perjuicio de quién posee sin vicios un inmueble: de *vi*: por la fuerza o violencia simple; o de *vi armata*, se ejercían a partir del año desde la desposesión, la redacción de las fórmulas era diferente en uno y otro caso, pero en tiempos de Justiniano se unifican ambos interdictos y se ejercen dentro del año.

El interdicto de *clandestina possessione*, aparece en D. 10,3,7,5: “Escribe Juliano que si un poseedor provocara el juicio, y otro dijera que aquél posee por fuerza, no debe darse ésta acción, ciertamente ni aún después del año, porque plugo aún que después del año se restituya el interdicto contra aquél que arrojó por fuerza; y si alegara, dice, que posee en precario, aún dejará de tener lugar éste juicio, porque también se da interdicto de precario. Pero si se dijera que también posee clandestinamente el que demanda, añade que se ha de decir, que deja de tener lugar ésta acción; porque dice que por la posesión clandestina compete interdicto.”

“*Tulianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium dari, nec post annum quidem, quia placuit, etiam post annum in eum, qui vi deiecit, interdictum reddi; et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. Sed et si clam dicatur possidere, quit provocat, dicendum esse ait, cessare hoc iudicium; nam de clandestina possessione competere interdictum inquit*”.

Alfredo Di Pietro en la nota 167 nos dice que: “El *interdictum unde vi*, podía adoptar dos formas: el de *vi cottidiana* y el de *vi armata*. El primero era redactado así: *Unde tu ollum vi deiecisti, aut familia tua deiecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantum modo, intra annum, post annum de eo, quo ad ad eum, qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo*”- De donde tú o tu familia lo ha despojado, por todo aquello

que entonces tenía siempre y cuando que ocurra dentro del año, contado desde que ocurriera la violencia del despojo te daré juicio; cfme: D. 43,16,1 pr...

El segundo era redactado de la siguiente manera: “Unde tu illum vi hominibus coactis armatisue deiecisti aut familia tua diecit, eo illum quaeque ille tunc ibe habuit restituas”. – De donde tú o tu familia lo has despojado por la coacción de hombres o de armas, todo cuanto entonces tuviera, que se lo restituyas.-

Se diferencian ambos en que: “el de vi cottidiana, llamado también vi non armata, admite la exceptio vitiosae possessionis tal cuál lo dice Gaius en el párrafo), lo cuál no ocurre con el de vi armata.”² En tiempos de Justiniano, como se dijo, se unificaron, quedando el unde vi, ya no se oponía la exceptio vitiosae possessionis, siéndola única defensa la exceptio temporis por cuanto el interdicto- por razones de su propia naturaleza y de equidad- solo puede ser interpuesto dentro del año contado a partir del hecho de la violencia (D. 43,16,1,pr).

Di Pietro nos enseña que los interdictos para recuperar la posesión son dados a favor de aquél que “el despojado no poseyera ni por violencia, ni por clandestinidad ni por precariedad respecto del otro; en efecto, a quién poseyera a mi respecto por violencia, clandestinidad o precariedad, yo puedo despojarlo impunemente(Idem)”. Queda claro que puedo expulsarlo y no hay sanción por parte del derecho en mi perjuicio, pero se establece una excepción a ésta regla Di Pietro nos continúa diciendo “aunque yo despojara a aquél que poseyera por violencia, clandestinidad o precariedad, resulto consteñido a restituirle la posesión. Entendemos significar dentro de la denominación de armas no solamente los escudos, las espadas y los cascos, sino también las fustas y las piedras”(Idem).

También figura como restitutorio el •interdictum de precario – Quod precario ab illo habes aut dolo maol fecistiut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas”-Puesto que tú tienes una cosa a título de precario o has dejado de tener por haber cometido un dolo malo, que la cosa que se trate, la restituyas. D. 43,26,2, pr(Idem). Por último también se mencionaba la existencia de un interdicto recuperatorio de la posesión perdida por clandestinidad- interdictum de clandestina possessione-, pero el mismo surge solo aformado por un texto aislado del Digesto- D,10,3,7,5, al parecer interpolado (Idem).

¿Qué disponía la Lex de las XII Tablas respecto de la corta de árboles?

En la Tabla VIII, se disponía lo siguiente: “Quien talase sin derecho árboles ajenos pagase por cada uno una multa de veinticinco ases”, En realidad lo dispuesto por la Lex Aquilia se refiere a la tala de árboles o sea a la extracción del mismo, no se refiere al corte de árboles pero de acuerdo a lo establecido en el Digesto se hace una aplicación extensiva o analógica de ésta norma jurídica – Ley de las XII Tablas con el fin de castigar al colono.

2 Gaius, nota 167, página 350.

II. Autor

Paulus: “Paulo fue discípulo de Scévola, Asesor de Papiniano, cuando éste era Praefectus Praetorio, miembro del Consejo Imperial, bajo Severo y Caracalla, y Praefectus Praetorio, junto con Ulpiano, bajo Alejandro Sever

II. Obra

Fue autor de numerosos escritos: 80 libros de Comentarios Ad Edictum, 16 de Comentarios Ad Sabinum, 26 de Quaestiones, 23 de responsa, 3 de Institutiones, 6 de Regulae y otros muchos” (Iglesias, 1993).

III. Libro

El libro de donde se extrae el fragmento es Digestorum Iustiniani Digestorum seu Pandectarum <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/600/23.pdf>

IV. El problema afrontado

El colono corta los árboles porque le dio un uso abusivo a la cosa locada, ante varios remedios jurídicos que pueden intentarse en su contra, además de la actio conductio, la aplicación de la Ley de las XII Tablas, La Lex Aquilia y los interdictos unde vi y de clandestina possessione. La Ley le da la posibilidad al colono de que las repela por una exceptio una vez intentada la actio conductio.

El problema que se plantea es que si en el período que el colono tiene el juicio por el ejercicio de la actio conductio en el que se le reclama por el corte de los árboles el reclamante pierde el juicio y las acciones que pudo haber tenido expeditas se pierden por haberse vencido los plazos para interponerlas. Queda en claro que no se pueden ejercer varias acciones en simultáneo buscando el mismo objetivo.

V. Solución sostenida

Se aplica la solo la actio conductio y se repelen las demás en el caso de que se haya intentado ésta y la forma que tiene de repelerla el demandado es a través de una exceptio, es esperable desde el punto de vista procesal.

Pero también son viables las demás soluciones propuestas.

Las soluciones propuestas son las siguientes:

a) El ejercicio de la Actio Conductio: Su ejercicio por parte del locador en contra del colonus para que le indemnice los daños por el corte de los árboles. Pero si opuso excepción el demandado, se puede pensar en otra acción en su contra, ya que la acción ejercida quedará neutralizada.

Por un lado la actio conducti por la cuál se lo obligaría al locatario- colonus-cumplir con sus obligaciones derivadas del contrato de locación.

Si bien está autorizado a darle a la cosa todos los usos posibles, no debe darle usos abusivos o dañar la cosa que es ajena y tiene responsabilidad por culpa, también responde por la custodia (C. 4,65,28) tiene responsabilidad aún cuando le hurten la cosa. Si bien no se ha planteado si ha cortado los árboles el propio colono o alguien lo hizo en un descuido suyo, para el caso la responsabilidad emergente por el contrato de

arrendamiento es la misma deberá pagar los daños al propietario de la cosa o locador por la actio conductio.

b) La acción prevista en la Ley de las XII Tablas, por el monto de 25 ases, habría que analizar los casos particulares porque no se sabe si esa suma cubre las expectativas del actor en su reclamo ya que el valor de los árboles puede ser mayor o mayor el monto del daño causado.

Ante el corte de los árboles como prospera la ley Aquilia³ : por el daño injustamente causado sobre cosa ajena según lo establecido en el capítulo III, se deberá indemnizar al dueño por el máximo valor que tiene la cosa treinta días antes de acaecido el evento dañoso. Ahora la cuestión es la siguiente: no todos los árboles tienen el mismo valor, si bien es cierto que el colono no debe cortarlos en ningún caso (salvo que cuente con autorización expresa en el caso de los frutales necesarios para el consumo de él y su familia) no debe alterar las cualidades esenciales de la cosa, pero como decía no todos los árboles valen lo mismo, no es lo mismo un árbol cuya madera es apta para la producción maderera que uno que no lo es tanto; tampoco es lo mismo un árbol común que uno frutal, entonces, si tomamos el máximo valor dentro de esos treinta días el actor ¿puede especular con que si acciona por la Lex de las XII Tablas sacará un monto de 25 ases que el corte que ha sufrido el/los árbol/es no lo vale, por ser el daño superior a ese monto? ¿O por el contrario si son árboles que tienen poco valor la ganancia puede ser mucha?

Ante ese caso ¿cómo se debe tratar el asunto basado en la equidad? Si los 25 ases son insuficientes para resarcir el valor de los árboles dañados

c) La Ley Aquilia, parecería mas próspera ya que se tiene en cuenta el valor de la cosa ajena injustamente dañada, dentro de los treinta días de acaecido el daño. Lex Aquilia se refiere a la tala de árboles o sea a la extracción del mismo, no se refiere al corte de árboles pero de acuerdo a lo establecido en el Digesto se hace una aplicación extensiva o analógica de ésta norma jurídica – Ley de las XII Tablas con el fin de castigar al colono.

Desde el punto de la indemnización ésta Lex , parecería recurrirse a un principio de equidad en la proporcionalidad de la prestación y el daño causado con el corte, el valor en el momento en que deba resarcirse evita desfasajes en los montos que puedan reclamarse.

d) Los interdictos posesorios para recuperar la posesión perdida: En realidad si bien puede ser una herramienta jurídica prosperable, el asunto es que el colono como consecuencia del contrato de locación tiene obligación de pagar, de reparar daños causados o de indemnizarlos en su caso, pero no está habilitado para el ejercicio de los interdictos para recuperar, ello le compete al locador porque recordemos que Iglesias nos dice que “Del arrendamiento no nace un derecho real sino de crédito, ejercitable frente a la persona concreta del arrendador –locator- El arrendatario es simple detentador, y por consiguiente no goza de la protección interdictal acordada en beneficio del po-

3 Sobre los contenidos de la Lex Aquilia ver en Abelenda, V. : Tutela romana ambiental de los bosques-árboles; Schipani, S. De la Ley Aquilia a Digesto 9, pág.265.

ssessor”(Iglesias, 1997), pero el mismo autor nos refiere en la nota número 153 (Idem) “Dispone sin embargo, del interdictum de vi armata (D. 43,16,12)”.

VI. Motivación de la solución

VI.a) Solución nº1: Actio Conductio: Por un lado el conductor deberá abonar el valor de los árboles cortados, lo haya hecho él o un tercero, deberá devolver la cosa arrendada en las mismas condiciones que la recibió. ¿Quién ejerce la actio conductio? El locador o arrendador, la actio puede quedar sin efecto temporalmente por la exceptio que interponga, pero para que el evento dañoso no quede impune la ley arbitra otros mecanismos como los siguientes.

VI. b) Solución nº 2: La Ley de las XII Tablas: Tratándose de una de las normas más antiguas la sanción por el talar árboles era tarifada directamente, reitero lo expresado más arriba: “ En la Tabla VIII, se disponía lo siguiente: “Quien talase sin derecho árboles ajenos pagase por cada uno una multa de veinticinco ases”.

Ante el corte de los árboles como prospera la ley Aquilia: por el daño injustamente causado sobre cosa ajena según lo establecido en el capítulo III, se deberá indemnizar al dueño por el máximo valor que tiene la cosa treinta días antes de acaecido el evento dañoso. Ahora la cuestión es la siguiente: no todos los árboles tienen el mismo valor, si bien es cierto que el colono no debe cortarlos en ningún caso (salvo que cuente con autorización expresa en el caso de los frutales necesarios para el consumo de él y su familia) no debe alterar las cualidades esenciales de la cosa, pero como decía no todos los árboles valen lo mismo, no es lo mismo un árbol cuya madera es apta para la producción maderera que uno que no lo es tanto; tampoco es lo mismo un árbol común que uno frutal, entonces, si tomamos el máximo valor dentro de esos treinta días el actor ¿puede especular con que si acciona por la Lex de las XII Tablas sacará un monto de 25 ases que el corte que ha sufrido el/los árbol/es no lo vale, por ser el daño superior a ese monto? ¿ O por el contrario si son árboles que tienen poco valor la ganancia puede ser mucha?

Ante ese caso ¿cómo se debe tratar el asunto basado en la equidad? Si los 25 ases son insuficientes para resarcir el valor de los árboles dañados

Entonces cabe preguntar: ¿Se aplica analógicamente la tabla VIII?

La respuesta es que sí porque surge del propio Digesto, aunque la cita que estoy analizando se refiere al corte y no a la tala, ya que no son sinónimos porque no se trata de lo mismo. El corte del árbol puede ser total o parcial, mientras que la tala implica la pérdida completa del árbol sin posibilidad de que vuelva a brotar.

VI. b) Solución nº3: La Lex Aquilia: En base a la doctrina que la sustenta la misma parece o aparece como las más eficaces, Por un lado los valores actualizados de acuerdo a lo dispuesto por el capítulo III, por otro lado la posibilidad de que se aplique ésta lex de manera analógica al corte (ya que estaba contemplado para la tala de árboles).

VI.c) Solución n°4: La aplicación de los interdictos unde vi y de clandestina possessione: La pregunta es ¿cómo podrían prosperar cuando lo que se discute no es la toma de la posesión violenta o clandestina del colono sino que es acusado de cortar árboles sin autorización del locador o del dueño?

A partir de éste primer interrogante aparece otra cuestión ¿No sería proponible entonces la aplicación de la Lex Aquilia para que resarza el daño causado según lo establecido por el Capítulo III de la mencionada ley?

En el caso citado no aparece que el colono haya empezado a poseer viciosamente para aplicarle los interdictos, el caso versa sobre árboles cortados en el fundo que arrienda, si el caso fuera que empezó a poseer viciosamente el camino a seguir es la protección interdictal.

VIII. Conclusión

En la cita del Digesto que aquí se ha tratado, nos encontramos con una situación de un colono que ha cortado árboles. A partir de la simpleza del texto, ya que no aporta datos como si el corte de los árboles fue parcial o total, o si después su posesión se transformó en ilegítima, etc. Para pensar como aplicamos las distintas soluciones jurídicas que el Digesto nos propone para éste caso algunas de ellas parecen de aplicación secundaria o inviable.

Por un lado la aplicación de una norma tan antigua como la Ley de las XII Tablas, me hace suponer que la falta de actualización de los valores monetarios que se alteraban por las crisis económicas y por la inflación padecidas por el pueblo romano en las distintas etapas de su historia nos hace suponer que si con el paso del tiempo esa suma era fija por cada árbol, su valor sería muy bajo en un momento dado y no le era conveniente al actor el poder reclamar por la Ley de las XII Tablas, pero sí por la Lex Aquilia, ya que de acuerdo a las previsiones del capítulo III, hacía indemnizar el daño según el valor que tuvo la cosa dañada dentro de los treinta días de acaecido el hecho, la razonabilidad del importe da la posibilidad de salir de la estructura rígida de la Ley de las XII Tablas y poder valorar el daño según las características de los árboles que fueron cortados porque todos no son iguales, y según sus características intrínsecas no todos cumplen las mismas funciones, ya sea por los frutos o simplemente como estén valorados en el mercado y como realce o no el precio del suelo, son una serie de cuestiones a tener en cuenta que lo permite la Lex Aquilia y no la Ley de las XII Tablas.

Entonces, en principio sería inviable la aplicación de los interdictos recuperandae possessionem: Unde vi y de Clandestina possessionem, por los motivos explicados. Si es prosperable la Lex Aquilia, y pasaría a un segundo plano por impráctico las disposiciones de la Ley de las XII Tablas. Por otro lado la actio conductio, por ella el locador lo único reclamable que tenía era pedir el equivalente del valor de la cosa deteriorada o perjudicada, una solución viable pero que era neutralizada si se intentaban algunas de las soluciones mencionadas antes.

IX. Bibliografía

Betancourt, Fernando (2007) *Derecho Romano Clásico*, 3º Edición revisada y aumentada, Universidad de Sevilla.

Bonfante, Pedro (1979) *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, España.

Gaius (1967) *Instituciones. Comentada por Alfredo Di Pietro*. La Plata: Editorial Librería Jurídica.

Iglesias, Juan (1993) *Instituciones de Derecho Romano*, Instituciones de Derecho Privado, Sexta Edición, Ediciones Ariel, Barcelona.

Justiniano (1969) *Digesto*. Versión castellana por A. D'Ors Pérez Peix. Pamplona: Editorial Aranzadi.

Kriegel, Hermann y Osenbruggen (1892) *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Tomo II, a doble texto traducido al castellano del latino.

Schipani, Sandro (S/N) *Derecho de la responsabilidad civil. De la Ley Aquilia a Digesto 9. Perspectivas sistemáticas del derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual*. Traducción del italiano Virginia Abelenda.

Uso alternativo del Derecho y Reglamento Provisorio de 1815 del Protector de los Pueblos Libres

Por Edgardo Rojas

1.- Introducción

La invención de América¹, su inserción en la geo-política medieval y la consecuente aparición de un sistema mundo (Wallerstein, 2006), produjo (y sigue produciendo) que la materialidad de las tierras que hoy día ocupamos tenga un sentido². Desde esta significación dada, se ha desarrollado la historia, la política, la economía, el derecho, etc. de América Latina. Poner de manifiesto este proceso de invención *ideológica*, es necesario, pues dejar de naturalizar hechos objetivados socialmente permitirá descubrir varias ficciones. Una de las que intentaremos abordar, es la referente al pensamiento único, en otras palabras, al eurocentrismo imperante en la existencia social que controla prioritariamente el ámbito de la subjetividad –es decir, la producción del imaginario social y la producción del conocimiento (Quijano, 2001).

Brevemente, esta modernidad colonial constituida a partir de América ha generado, entre otras cosas, un específico patrón de poder dentro del cual se encuentra inscripto un único modo de producir conocimiento y de obrar en función de aquel. Tal razonamiento, es hijo del método dialectico hegeliano el cual marca el camino por el cual se debe transitar para poder llegar al único punto posible de llegada. Este será un principio de gran importancia, pues el devenir de la Historia (en todo el mundo), será alcanzado mediante la *necesaria* concreción de ciertas “etapas”. Una vez cumplidas estas etapas, se arribará al Absoluto, sociedad civil o utopía cualquiera sea esta, con un determinado modo de producción. En otras palabras “Se trata de un modelo europeo de corte hegeliano que afirma la construcción lineal, ilustrada, de una modernidad que, al superar los obstáculos que le impone la realidad presente, terminará necesariamente en la utopía social futura, sea esta capitalista o socialista”

Lo que nos interesa poner de manifiesto aquí, no es solamente el único lugar al cual llegar, sino a su vez el único modo de llegar a tal lugar. Este único modo de llegar, como parte también de una construcción ideológica de poder, nace de una historia local para volverse un diseño global³. Así, al igual que el sentido de América Latina no es construido por ella misma, así tampoco el modo de producir y practicar ese único camino. Su –nuestra– historia local es borrada o significada desde el corazón de la modernidad colonial⁴.

Adentrándonos en el específico campo de nuestro interés, el jurídico, ponemos de manifiesto que es aquí donde encontramos una de las principales –cuando no

1 En los términos que lo establece Edmundo O’ Gorman, La invención de América, Fondo de la Cultura Económica, México D.F. 2006

2 En este sentido se desarrolla el último capítulo del libro de O’Gorman.

3 Para recordar la argumentación de Walter Mignolo.

4 En este sentido se presentan las dicotomías de civilización o barbarie.

la principal— causas que imposibilitan comprender que a la tradición histórica europea de derechos humanos, se le pueden contraponer otras tantas, que abrevan en distintas teorías, prácticas políticas e ideologías, sea con anterioridad, concomitantemente o con posterioridad a las conquistas de la burguesía inglesa o francesa. Romper con el lazo colonial⁵ eurocéntrico permite poner en un primer plano la recuperación de historias locales y la construcción, en consecuencia, de proyectos políticos —y por consecuencia jurídicos— locales. Pues conocer el pasado no escapa a una operación ideológica que permite la visibilización o no de ciertos horizontes.

Aclaremos que no se trata de subsumir el campo jurídico, y particularmente a los derechos humanos, a un mero reflejo del campo político, ni tampoco a un determinismo economista que lo sitúe en una dimensión superestructural. Se trata más bien de entenderlo como uno de los tantos campos prácticos en los cuales se manifiesta la existencia social, relacionado con los demás y sí inscripto en un específico patrón de poder colonial. Siendo que desde esta perspectiva, el derecho guarda para sí dinámicas propias que le otorga cierto grado de independencia respecto de los demás campos, a la vez que pueden comprenderse en su totalidad, desde la totalidad social colonial que lo significa.

Prosiguiendo, será objeto de este trabajo reconocer un espacio geo-político desde el cual postular un pensamiento jurídico situado —latinoamericano— que tenga en miras, en un primer momento, abrir planteamientos respecto de la creación ideológica del derecho y las luchas que se generan en consecuencia; en un segundo momento analizar el caso histórico de distribución de tierras por parte de José Gervasio Artigas y; finalmente hacer unas reflexiones que tomen en cuenta el Reglamento de 1815 como parte de una tradición hispanoamericana de derechos humanos, en función de una particular relación entre (uso alternativo del) derecho, tierra, democratización.

2.- Ideología, derecho y uso alternativo

Ideología, lenguaje y derecho

Es importante establecer la relación entre los tres elementos que dan origen al título del presente subtema. A tales fines seguiremos a Oscar Correas, en lo que nos interesa primordialmente que es su análisis dentro del campo de la sociología jurídica, esto es, el nivel y modo de análisis del discurso jurídico con relación a la ideología subyacente incorporando dentro de sí los elementos propios de la semiología. Así, el autor argentino nos recuerda sobre la dicotomía planteada desde el principio de la filosofía, respecto de las escuelas idealistas y materialistas. Enrolándose su argumentación en la segunda llega a establecer que “como el pensamiento solo existe en el lenguaje —eso se ha sabido siempre— resulta que lo existente es, o empírica —materialidad cognoscible por los sentidos—, o discurso —ideología o sentido formalizados en el lenguaje” (Correas, 2003). Se revela la importancia y lugar que ocupa un análisis semiótico del discurso jurídico, en tanto que mediante el lenguaje se crean ficciones

5 En lo que no se haga una distinción explícita los términos “moderno colonial” o “colonial” serán tomados como sinónimos.

—en tanto que no existen en la materialidad cognoscible por los sentidos, pero se actúa como si existieran—, sino a su vez se ejerce el poder (Ídem, 2003). Así, un análisis del discurso jurídico, en tanto que productor de ficciones como ejercicio de poder, revela la creación del mismo desde cierta posición ideológica: “Esto es, resultado del uso performativo del mismo —del lenguaje—” (Ídem, 2003). El punto es entonces, identificar tales ideologías que dotan de sentido a la totalidad del discurso jurídico que crean ficciones y que hacen ingresar en el mismo a la materialidad para dotarla de una significación “x”. ¿Por qué es preciso identificar la ideología? Primeramente porque representa la postura epistemológica desde la cual se constituye el universo de sentido, en segundo lugar porque desde ese universo puede conocerse la correlación de fuerzas existente en los demás campos prácticos que ejercen condicionamiento sobre el jurídico. Es decir, puede conocerse la perspectiva política, económica, etc. desde la cual el derecho es creado de manera hegemónica.

Mas este será en todo caso el primer paso, pues, en tanto que el derecho es creado desde cierta posición ideológica: ¿es posible su re-significación?, en otros términos: ¿es posible un uso alternativo del derecho? Ideología, lenguaje y derecho necesariamente van sucediéndose cada uno con base en el anterior.

Uso alternativo del derecho

Quisiéramos pasar a reflexionar si es posible desligar la ideología que da nacimiento al derecho del derecho mismo, suplantándola por otra. Para este propósito traemos a colación la siguiente afirmación: “Tras de cualquier producto jurídico del Sistema, es posible encontrar la ideología que le dio su razón de ser. Pero, esto no significa que invariablemente el sentido de la norma esté ligado a su origen histórico; derecho y poder, este último entendido como determinación concreta de la lucha de clases, están ligados. El Derecho es realmente “una técnica social específica”, pero su sentido es pleno cuando se estudia: a) su especificidad y b) se determina por quien es aplicado y contra quien” (Ortega 1974).

Puede entonces abrirse una brecha dentro del campo jurídico y su ideología creadora. Esta brecha o uso del derecho desde otra perspectiva y en búsqueda de otros fines distintos para los cuales fue creada la norma es lo que se ha conocido como uso alternativo del derecho.

Otra acotación necesaria es la afirmación que nos propone Sampay: “Aquel sector social que explota a los demás es lógicamente, una minoría y la forma constitucional que impone a la comunidad se llama oligarquía, vocablo de origen griego compuesto de oligon, pocos, y arké, poder [...] La constitución democrática es la que para alcanzar el bienestar general conforman los sectores populares” (Sampay, 1975). “La concepción de la justicia reducida a salvaguardar los derechos de los propietarios privados y a que estos dispongan discrecionalmente de sus bienes, es la idea de justicia oligárquica. Y la concepción que ordena el trabajo social y los bienes primordialmente al logro del bienestar de todos, es la idea de justicia política según el léxico de Aristóteles, o justicia social o justicia del bien común como se llama ahora [...] los interesados en una u otra justicia se presentan como clases antagónicas dentro

de la comunidad, de suerte que establecen la Constitución con vistas a su respectiva supremacía” (Ídem, 1975).

De aquí podemos entender que, la creación ideológica del derecho –en un nivel constitucional como nos señala Sampay, más aplicable a cualquier nivel jurídico– se hace necesariamente por el resultado de una disputa entre grupos sociales que se presentan como antagónicos. Sendos grupos no cesan en su disputa, una vez creada la norma positiva, sino que continúan la misma por ocasión de producción de nueva normativa o por interpretación de la ya existente. Tal es la posibilidad que nos marcan Ortega Peña y Duhalde al entender que en tanto la lucha de grupos sociales persiste, así también el desligar a la norma de su significación histórica.

Creemos entender que este es precisamente el sentido en el cual parte de la doctrina mexicana ha visualizado el mismo argumento. Por ejemplo: “Los usos del Derecho varían dependiendo tanto de la realidad –análoga– Derecho que se utilice, como de quien haga precisamente esa utilización” (Antonio de la Torre Rangel, 2007). Así entonces es necesario considerar que el “Derecho objetivo o ley [...] tiene que ver con su constitucionalidad” en un sentido formal. En un sentido material es “necesario saber qué intereses protege, que valores resguarda, que hechos sociales lo motivaron, su expresión de clase, etc” (ídem).

La tradición de uso alternativo del derecho puede encontrarse en Ferrajoli, en Modesto Saavedra, en los jueces gauchos de Brasil, por mencionar algunos ejemplos. El punto principal que los aglutina a todos es la disconformidad con la falta de justicia *política o social* –por usar el derrotero de Sampay– que se sucede de la aplicación positivista del derecho, desde la ideología que le dio origen. Como respuesta a la falta de efectivización de las mayorías excluidas, se hace necesaria una aplicación del derecho que busque remediar tales desprotecciones (estructurales de las relaciones de poder dentro de las cuales se inscriben cada uno de los casos mencionados).

En consonancia con la línea de pensamiento arriba planteada, el *uso alternativo* en América Latina tiene una base histórica y fundamentación teórica distinta que la europea. El caso de Bartolomé de las Casas se sitúa en un espacio geo-político diverso que el europeo y en una anterioridad histórica, la cual abre el debate a varios puntos: que existe una tradición de derechos humanos hispanoamericana; que tal tradición tiene en su praxis al uso alternativo del derecho; que tal perspectiva de derechos humanos y consecuente praxis se derivan del enfrentamiento a un patrón de poder colonial cuyo sujeto principalmente excluido son los hombres y mujeres indígenas y africanos.

Producto de tales circunstancias, “en nuestro medio latinoamericano, el uso alternativo del Derecho constituye las diversas acciones jurídicas encaminadas a que la normatividad y su aplicación por parte de los tribunales e instancias administrativas favorezca a los intereses del pueblo o clases dominadas”(ídem). Siendo que sus modos de ejercicio han sido: “1) Haciendo efectivas muchas disposiciones jurídicas vigentes que benefician a las clases dominadas, y que no se hacen valer; 2) Dándoles a otras normas de suyo “neutras” un sentido tal que lleve a una aplicación en beneficio de los oprimidos” (Ídem).

Por último, respecto a este punto, si lo que acaso hace nacer al uso alternativo es la insatisfacción de la aplicación sin más de la legalidad oligárquica, esto redundaría en algo ya mencionado varias veces: el lugar de enunciación/geo-político/ideológico desde el que se parte para catalogar a ciertos hechos como violatorios de derechos⁶. Pensamos que existe una gradación en el politizar al derecho en función de tal lugar. Para aclarar un poco más, traemos a colación la estrategia judicial planteada por Jacques Vergès (2008), para contraponerlo al uso alternativo del derecho de B. de las Casas. Ambos son uso alternativo del derecho, el segundo es el comentado más arriba, el primero, puede ser visto como el llevar hasta las últimas consecuencias tal postura subsumiendo totalmente el campo jurídico al campo político y por tal motivo su objetivo ya no se basa en una efectivización de derechos, sino en una denuncia al sistema –colonial– que genera tales violaciones. De este modo se sigue haciendo uso del campo jurídico, más en lugar de apropiarse de la legalidad existente se la desconoce, por desconocerse por completo la legitimidad que le dio origen.

3.- Artigas y el reglamento provisorio de 1815

Ideología del pensamiento de Artigas

Dentro de esta tradición hispanoamericana, quiere enmarcarse al “*Reglamento Provisorio de la Provincia Oriental para el Fomento de la Campaña y Seguridad de sus Hacendados. Cuartel General, 10 de Septiembre de 1815*”. Antes de realizar tal operación es dable hacer un repaso de algunos de los puntos principales del pensamiento de Artigas y así visualizar que:

La realidad es que durante toda su vida Artigas rechazó la propuesta de independizar a la Banda Oriental. Quería una provincia federal integrante de una Confederación con el resto de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Esa aceptación deformada oculta su verdadera identidad de caudillo de masas hispanoamericano, Protector de los Pueblos Libres, defensor del indio, del gaucho y de todo desamparado que hubiese en estas tierras; enemigo a muerte del centralismo porteño, del absolutismo español y de la avidez británica (Galasso, ISSN 1667-1635).

Tomando como base el análisis de Norberto Galasso encontramos los siguientes tópicos como pilares del ideario artiguista:

a) Democracia e igualitarismo:

En tanto las poblaciones indígenas tenían mayor derecho que el resto

6 No es igual el contexto de Bartolomé de las Casas quien se encontraba inscripto en un derecho hispano que recocina diferencias sociales en el plano jurídico y que por su parte negaba status de humanos a la población indígena y africana en el mismo sentido que a los españoles; que el contexto actual en el cual el derecho internacional de los derechos humanos ha logrado jerarquía constitucional en varios países de la región. Esto sin negar la persistencia de la exclusión y violación de derechos, más bien la aclaración se encamina a pensar cual es acaso la mutación que puede sucederse en un uso alternativo del derecho en la actualidad que aproveche tal legalidad existente.

y debían gobernarse por sí mismos en sus pueblos. A la par, postulaba la gratuidad de la justicia en miras de la gente sin recursos.

De las instrucciones para los diputados de la asamblea del año 1813, se rescatan los artículos 4°, 5°, 6° y 7° en el mismo sentido, toda vez que tanto el Estado nacional y provinciales se formaran con división tripartita de poderes (PL, PE y PJ), lo cuales nunca podrán unirse en sus funciones y manteniendo los estados provinciales independencia en sus asuntos internos respecto del control del nacional. Así también los artículos 10° y 11° en tanto establecen lazos de cooperación recíproca entre las provincias y sostienen la soberanía propia de la Banda Oriental e independencia no delegada. Por último, la idea de que la soberanía popular de toda la nación sería resguardada por el orden constitucional (artículo 18°).

b) Distribución de tierras

Reglamento provisorio de 1815.

c) Protección de la industria local:

Siendo que en las Instrucciones Orientales de 1813, se establece una recarga impositiva a todas las introducciones extranjeras que perjudiquen a la propia producción de artes o fábricas. El artículo 14° de las Instrucciones a los diputados de la Asamblea del año 1813, propicia la libre circulación de mercaderías dentro del territorio de la Provincias Unidas.

d) Apertura de puertos para quebrar el monopolio porteño:

Habilitando los puertos de Montevideo, Maldonado y Colonia.

Los artículos 12° y 13° de las instrucciones de la asamblea de 1813 se erigen en el mismo sentido respecto de los puertos de Maldonado y Colonia respectivamente.

e) Hispanoamericanismo:

Como parte de entender la necesidad de una confederación de Provincias Unidas del Río de la Plata y no la independencia de un estado aparte de lo que hoy es Argentina. *“La libertad de América es y será siempre el objeto de mi anhelo. Los grandes planes de América en su revolución gloriosa deben sellarse y esta provincia ha ofrecido en sus cenizas hasta asegurar su consolidación [...] Es entonces necesario concluir que no se piensa en fijar el gran sistema? [...] Solo la unión puede poner el sello a nuestra obra, fijemos la garantía de esta unión”*. Aquí pueden ubicarse los artículos 1° y 2° de las Instrucciones para los diputados enviados a la Asamblea del año 1813, en tanto solicitan la declaración de la independencia de las colonias y la instauración de una confederación.

f) Resistencia frente a la opresión del absolutismo español, del centralismo porteño y de la avidez británica:

Consciente del peligro de la vuelta del absolutismo español, debe lidiar con la oligarquía del puerto de Buenos Aires quien no ve con buenos ojos la democratización de la sociedad que está realizando y puede poner en riesgo sus intereses. En tanto los ingleses amenazan tanto la producción como la soberanía local: “Los ingleses deben conocer que ellos son los beneficiarios y por lo mismo jamás deben imponernos, al contrario, someterse a las leyes territoriales según lo verifican todas las naciones y la misma inglesa en sus puertos” (Galasso, 2006). En este sentido puede leerse el artículo 17 de las instrucciones a los diputados de la asamblea del año 1813, en tanto la Banda Oriental guardaba para sí la capacidad de erigir ejércitos. El artículo 19° por su parte ordena sea fuera de Buenos Aires donde resida el gobierno nacional.

Reglamento: Finalidad e institutos⁷

A la luz del anterior desarrollo es necesario leer el Reglamento que tiene lugar dos años después de la frustrada participación de la Banda Oriental en la Asamblea del año 1813. El crescendo en las contradicciones existentes entre Buenos Aires y la Banda Oriental, o más precisamente entre la oligarquía comercial porteña y el Protector de los Pueblos Libres, tiene entre sus diferenciados contextos la redacción de este reglamento que busca democratización de las relaciones sociales en un nivel muy distinto que el vislumbrado por el puerto de Buenos Aires. Pasaremos revista del articulado, en función de los principales institutos y finalidad propuesta en el mismo.

En relación a la autoridad de aplicación encontramos que tanto los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6° tratan sobre este punto. No nos detendremos más aquí, pues es intención de del presente concentrarse en los derechos subjetivos.

Así, en el artículo 1° del mencionado reglamento se dispone: “*El señor alcalde provincial, además de sus facultades ordinarias, queda autorizado para distribuir terrenos y velar sobre la tranquilidad del vecindario, siendo el juez inmediato en todo el orden de la presente instrucción*”. Pues aunque parezca una obviedad, es necesario recalcar que aquí se establece la finalidad del Reglamento.

Los sujetos activos del derecho a la tierra: sobre este punto, el orden de prioridad lo marcan las poblaciones más excluidas y marginadas –*los sujetos dignos de esta gracia con prevención que los más infelices serán los más privilegiados* del artículo 6°–. Así los sujetos son: a) los negros libres; b) los zambos de esta clase; c) los indios; d) los criollos pobres. Con la carga del trabajo sobre la propiedad otorgada. Dice el artículo 6° in fine: “... *si propenden a su felicidad y a la de la provincia*”. Entendemos esta

7 En el presente apartado nos guiaremos en función de análisis presentado en: Nelson de la Torre, Julio C. Rodríguez, Lucía Sala de Touron, La Revolución agraria artiguista (1815-1816), Ed Pueblos Unidos, 1969, Montevideo.

aclaración en lo que en términos modernos fue establecido como función social de la propiedad.

De las tierras disponibles: sobre este punto se rescatan los artículos 12° y 13° que establecen las siguientes categorías: a) el europeo que ha combatido contra la Patria –*malos europeos* en el artículo 12– ; b) el americano que se opone al frente federal dirigido por Artigas –*peores americanos* del mismo artículo– ; c) al que sin combatir con las armas en la mano o en la cábala política contra la provincia, ha emigrado sin especificarse en el texto sobre las modalidades de esta emigración –*emigrados* del mismo artículo–; d) Aquellos terrenos que desde el año 1810 hasta el de 1815, en que entraron los orientales a la plaza de Montevideo, hayan sido vendidos o donados por ella –es decir aquellos que habían sido fraudulentamente titulados en el periodo contrarrevolucionario de 1810 a 1815 (artículo 13)–⁸.

Restricciones a las tierras disponibles: el artículo 15° establece: *Para repartir los terrenos de europeos o malos americanos se tendrá presente si estos son casados o solteros. De estos todo es disponible. De aquellos se atenderá al número de sus hijos, y con concepto a que no sean perjudicados, se les dará bastante para que puedan mantenerse en lo sucesivo, siendo el resto disponible, si tuvieran demasiado terreno”*.

Tamaño de la propiedad: tanto el artículo 16° como el 17° delimitan la cantidad de tierra que a cada persona le será otorgada –*legua y media de frente, y dos de fondo, en la inteligencia que puede hacerse más o menos extensiva la demarcación, según la localidad del terreno* (artículo 16°) – y aquellos que no teniendo propiedad en abundancia también podrán reclamar tierras – *Podrán ser privilegiados sin embargo, los que no tengan más que una suerte de chacra*–. Todo esto, pues la necesaria distribución de tierras se presenta como la contracara de lo que fuera el modo de apropiación de tierras ocurrida en Argentina, donde el latifundio fue consolidado hasta la fecha.

4.- Acerca del uso alternativo del derecho en Artigas

A modo de conclusión e hilando entre sí las tres primeras secciones de este escrito, comenzamos recordando que uno de los temas centrales es rescatar una tradición hispanoamericana, la cual se funda en establecer la posibilidad de una lectura de los derechos humanos que no se preste como un concepto de dominación basado en la ideología colonial. Muy por el contrario la Liberación, será el horizonte al cual tiende, más si reconociendo que hispanoamérica (o América Latina en términos actuales) está inserta en relaciones sociales de poder de dominación colonial y que desde esa particularidad, es posible vislumbrar al derecho como una herramienta –que resguardando sus propias reglas internas– se articula con una praxis política por la referida liberación de tod@s los oprimid@s. Vivir desde el lado colonial de la modernidad

8 El artículo 14° trata algunas excepciones a la regla del artículo precedente: *“En esta clase de terrenos habrá la excepción siguiente: si fueran donados o vendidos a orientales o extraños; si a los primeros, se les donará una suerte de estancia conforme al presente reglamento; si a los segundos, todo es disponible en la forma dicha”*.

capitalista y patriarcal, lleva a generar un pensamiento crítico que encuentra correlato en el campo jurídico. Este es el caso del ideario artiguista y de su reglamento.

Artigas vive en una etapa de independencias y de rupturas con el lazo colonial a nivel administrativo, más consciente de la necesidad de los pueblos oprimidos y del lugar que ocupa(ba) la tierra, instaura una legalidad con bases del derecho moderno –que se ven en entender una confederación al estilo norteamericano comulgar con las ideas ilustradas de la revolución francesa– que reconoce las diferencias. Sin ingresar en el plano de la abstracción de las relaciones sociales y la norma, muy propio del derecho moderno burgués, Artigas toma lo positivo del derecho español y del derecho moderno⁹, legislando para los pueblos más oprimidos.

Como fue anteriormente establecido, entendemos que hay en estricto sentido dos modos de ejercerse el uso alternativo del derecho. El presente caso podría pensarse como una tercera opción y justificamos por qué: en las dos formas descriptas arriba la politización del derecho va incrementándose, mas siempre es un sujeto inserto en una realidad propia colonial que ante su autoridad de aplicación ejerce el reclamo. En este caso las clases subalternas, con representación del Protector son quienes intentan instaurar una nueva legalidad, teniendo que superar los obstáculos, de la propia clase terrateniente cierto es, pero sobre todo de los poderes provenientes del exterior –Buenos Aires, España, Portugal e Inglaterra–.

Traemos a colación a Aníbal Quijano (2003) quien bien explica que la democratización de una sociedad no puede darse solamente en uno de los ámbitos de la existencia social, sino en todos. La tierra, en América toda ha sido uno de los detonantes para la democratización de las relaciones raciales hacia dentro de cada Estado naciente. Artigas planteaba una democratización de la tierra, del modo de organizar el Estado, de la participación en la vida pública que precisamente llevaba hasta sus últimas consecuencias el proyecto emancipador de liberación. En este sentido, pensamos, su producción jurídica representa un uso alternativo del derecho.

Bibliografía

Correas, Oscar (2003) “Eficacia del derecho, efectividad de las normas y hegemonía política” en Angélica Cuéllar Vázquez y Arturo Chávez López. (coords), *Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del derecho*, México D.F, Ediciones Coyoacán.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio (2007). *El uso alternativo del Derecho por Bartolomé de las Casas*, UASLP, San Luis Potosí.

De la Torre, Nelson. Rodríguez, Julio C. Sala de Touron, Lucia (1969) *La Revolución agraria artiguista (1815-1816)*, Ed Pueblos Unidos.

Galasso, Norberto. Artigas y las Masas Populares en la Revolución, *Cuadernos para la Otra Historia* – ISSN 1667-1635, Centro Cultural “Enrique S. Discépolo. Disponible

9 Decimos esto, en tanto la forma de redacción del reglamento adjudica derecho con selección de los sujetos, mas estos no parecen establecerse como prerrogativas estatales. Es decir, utiliza la categoría de derecho subjetivo.

en, <https://nomequieroolvidar.files.wordpress.com/2010/11/artigas-y-las-masas-populares-en-la-revolucion3b3n.pdf>

O' Gorman, Edmundo (2006) *La invención de América*, Fondo de la Cultura Económica, México D.F.

Ortega Peña, Luis Duhalde (1974) *Historia del Derecho y liberación nacional*, en *Liberación y Derecho*, UBA, Buenos Aires.

Qujano, Anibal (2001) "Poder y Derechos Humanos" En *Poder, Salud Mental y Derechos Humanos*, de comp. Carmen Pimentel. Lima: CECOSAM.

----- (2001) *Colonialidad del Poder*, Eurocentrismo y América Latina, en *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires, Clacso.

Sampay, Arturo Enrique (1975) *Las Constituciones de la Argentina (1810/1972)*, EUDEBA, Buenos Aires..

Sanjinés Javier C, *La nación ¿una "comunidad imaginada"?* (2006), en *Modernidad y Pensamiento Decolonizador*, Instituto Francés de Estudios Andinos, 2006.

Vergès, Jacques. *Estrategia judicial en los procesos políticos*, Anagrama, Buenos Aires, 2008

Wallerstein, Immanuel (2006), *Análisis del sistema mundo*. Buenos Aires: S XXI.

Doctrina



27 de mayo
la pirulito
yo muy
mion. Sabes
lo pase
los los por
dicar a salu
abogador

Fundamentos del pluralismo jurídico desde la filosofía de la liberación

Por Alejandro Rosillo Martínez¹

1. Introducción

En otros lugares hemos insistido en que el sujeto de derechos humanos es un sujeto vivo, práxico e intersubjetivo (Rosillo, 2012; 2013a), e igualmente hemos afirmado que la praxis de liberación, aunque es una praxis dentro de la totalidad de la realidad histórica, está compuesta por una pluralidad de praxis concretas (Rosillo, 2008). De ahí que pretender establecer una única praxis de liberación válida —e igualmente un único sujeto concreto— sería incorrecto, y caeríamos en la misma razón indolente —generadora de una visión simplificadora de derechos humanos— de la Modernidad hegemónica que hemos criticado (Rosillo, 2013b). En este contexto, a través de las siguientes páginas desarrollaremos una sucinta reflexión sobre una praxis concreta que, en América Latina, ha asumido a la Filosofía de la Liberación (FL) como su momento intelectual: el pluralismo jurídico.

El tema del “pluralismo jurídico” es amplio y se puede analizar desde perspectivas históricas, jurídicas, sociológicas, antropológicas, etc., y ha sido abordado tanto desde la perspectiva de los países centrales como de la de los periféricos. Nuestro interés, como señalamos, es intentar ubicarlo como una praxis que se ha desarrollado en América Latina², y que desde cierta perspectiva la FL le significa un momento filosófico y crítico para que pueda realmente responder a la liberación de los pueblos. Para esto, seguiremos principalmente el pensamiento de Antonio Carlos Wolkmer (2006), complementándolo con la obra de otros autores que han visto en el pluralismo jurídico una dimensión de la praxis de liberación latinoamericana.

2. Crisis del paradigma moderno

El carácter liberador del pluralismo jurídico parte del hecho de diagnosticar y responder a una crisis en el paradigma moderno de derecho. Una crisis de paradigmas se identifica a partir del momento en que el paradigma dominante ya no logra explicar los fenómenos que debería esclarecer. En cuanto a lo jurídico, la crisis del paradigma moderno se ha dado cuando sus categorías no son suficientes para explicar la dinámica social relacionada con la juridicidad, y en la práctica muestra ineficacia para cumplir con los cometidos que se propone. En otras palabras, y desde la FL, para

1 Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

2 El tema del pluralismo jurídico en América Latina ha cobrado una gran importancia, tanto por la legalidad alternativa desarrollada en sectores populares, como por las luchas de los pueblos indígenas. La bibliografía es variada y abundante, y se aborda el pluralismo jurídico desde diversas perspectivas: jurídica, antropológica, sociológica, filosófica e histórica. Cf., como ejemplos básicos: Santos, 2009: 52-80; 131-453. De la Torre, 2007. Ochoa, 2002. López Fuentes, 2006; Durand, 2000.

América Latina la crisis del derecho moderno se da porque como sistema ha generado diversas comunidades de víctimas que muestran su ineficacia y desmienten sus promesas de igualdad, libertad y fraternidad. En efecto, para Carlos Antonio Wolkmer es necesario analizar el grado de eficacia o ineficacia del actual modelo normativo de control y reglamentación social en América Latina. De este análisis, constata que hay una profunda crisis en el paradigma moderno de derecho y de estado.

Dicho paradigma tiene como una de sus notas históricas fundamentales, para nuestro autor, el hecho de que entre los siglos XVII y XVIII europeos, el liberalismo surgió como una nueva visión del mundo contenida de valores, creencias e intereses de la clase burguesa en su lucha histórica contra el dominio del feudalismo aristocrático. Y aunque en un inicio este liberalismo cobró un matiz revolucionario, sin embargo, más tarde, “cuando el capitalismo comienza a pasar a la fase industrial, la burguesía (la elite burguesa), asumiendo el poder político y consolidando su control económico, comienza a ‘aplicar en la práctica sólo los aspectos de la teoría liberal’ que más le interesan, negando la distribución social de la riqueza y excluyendo al pueblo del acceso del gobierno” (Wolkmer, 2006). En esta lógica, el liberalismo es, para nuestro autor, ambiguo en casi todos sus aspectos, pues por un lado predica la libertad, pero por otro limita la acción de quienes no tienen potencial económico. En efecto, si es revolucionario ante el antiguo régimen, es bastante conservador en relación con las reivindicaciones populares.

Dichos principios de la sociedad moderna europea dentro del contexto capitalista, tienen a su vez una estructura político-institucional que reproduce y asegura los intereses específicos de esa nueva clase social dominante, la burguesa. Esta estructura es la moderna organización estatal de poder, revestida por el monopolio de la fuerza y la violencia, de la centralización, de la secularización y de la burocracia administrativa. Así, el paradigma moderno de ordenamiento de la sociedad tiene los siguientes rasgos esenciales: “[E]l ‘núcleo económico’ (libre iniciativa empresarial, propiedad privada, economía de mercado); el ‘núcleo político-jurídico’ (Estado de Derecho, soberanía popular, supremacía constitucional, separación de poderes, representación política, derechos civiles y políticos); el ‘núcleo ético-filosófico’ (libertad personal, tolerancia, libertad de creencias y optimismo en la vida, individualismo)” (Wolkmer, 2006).

Este paradigma moderno es monista, es decir, que sólo reconoce la existencia de un solo sistema jurídico en un territorio y en un tiempo determinado. El estado es quien tiene el monopolio de la producción jurídica y el ejercicio de la violencia legítima. Esta característica es expresión de la “simetría liberal moderna”, es decir, que todo el estado es de derecho y todo el derecho es del estado, lo que según Boaventura de Sousa Santos es una de las grandes innovaciones de la modernidad occidental pero también una cuestión muy problemática “no solamente porque desconoce toda la diversidad de derecho no estatales existentes en las sociedades, sino también porque afirma la autonomía del derecho con relación a lo político en el mismo proceso en que hace depender su validez del Estado” (Santos, 2010: 106).

La construcción histórica del paradigma moderno, según Wolkmer, comprende etapas o fases, plasmadas en cuatro grandes ciclos, que corresponden a la formación, la sistematización, el apogeo y la crisis del paradigma (Wolkmer, 2006). El primer ciclo, el de la formación, irrumpe a lo largo de una confluencia histórica asociada al estado absolutista, al capitalismo mercantil, al fortalecimiento del poder aristocrático y al declive de la Iglesia y del pluralismo corporativista medieval; aquí destacan las teorías del soberano como creador de la ley, cuyo ejemplo más claro es el pensamiento de Thomas Hobbes. El segundo ciclo del monismo jurídico comprende desde la Revolución Francesa hasta el final de las principales legislaciones del siglo XIX; es la etapa de la sistematización, y se trata de un momento fundamental para la estructuración de la legalidad estatal burgués-capitalista en Occidente: “Con el objetivo de legitimar el funcionamiento de los nuevos mercados, la realidad emergente proclama que es la nación soberana y ya no más el príncipe el verdadero sujeto de Derecho” (Wolkmer, 2006). El derecho racional de la Revolución Francesa es el derecho del hombre egoísta, que olvida a los seres humanos concretos y se dedica a proclamar un sujeto abstracto con principios que sólo la burguesía tiene. Pensadores como John Austin y Rodolfo von Jhering dieron sustento teórico a este ciclo y a la idea del derecho como mandado del estado.

El tercer ciclo del monismo se identifica con una legalidad dogmática con pretensiones científicas rígidas, alcanzando su apogeo entre los años veinte y treinta y los años cincuenta y sesenta del siglo XX. Logra su cumbre con el formalismo dogmático de la Escuela de Viena, representada por la “Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen. En él, la identificación del estado y del derecho permite considerar a aquél esencialmente como el orden jurídico políticamente centralizado. La propuesta científico-positivista del estado descarta el dualismo estado-derecho, fundiéndolos de tal forma que el derecho es el estado y el estado es el derecho positivo (Kelsen, 1997).

Al iniciar el siglo XXI, el modelo clásico occidental de legalidad positiva, engendrado por fuentes estatales y encajonado en valores del individualismo liberal, vive un profundo agotamiento que afecta a sus propios fundamentos, a su objetivo y a sus fuentes de producción. El colapso de esta legalidad lógica formal, que ha servido para reglamentar y legitimar, como hemos insistido, desde el siglo XVIII los intereses de una tradición jurídica burgués capitalista, propicia el espacio para la discusión acerca de las condiciones de ruptura, así como de las posibilidades de un proyecto emancipador basado no en un idealismo formalistas ni en una rigidez técnica legalista, sino en supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas reales. Esto es lo que marca el cuarto ciclo, que Wolkmer identifica con la crisis del paradigma.

Por otro lado, estando muy cercano al análisis de Wolkmer, José Carlos Moreira da Silva Filho considera que el paradigma dominante jurídico es el dogmático, el que tuvo una compleja génesis. Considera que se compone a partir de la convergencia de procesos básicos que se encuentran en la base de la Modernidad hegemónica, a través de una matriz epistemológica y una matriz política. En primero

lugar, si bien la dogmática jurídica llega a una expresión acabada en el siglo XIX, subsume tres herencias básicas (Moreira, 2007):

- a) La jurisprudencial, que proviene del Derecho Romano, referida a la técnica de la prudencia, que busca pensar los problemas como conflictos que deben ser resueltos por una autoridad.
- b) La exegética, que se origina de la tradición de los glosadores de la Edad Media europea, donde esta tarea era hecha sobre los textos jurídicos romanos, revistiéndoseles de un carácter dogmático, sagrado y trascendente.
- c) La sistemática, generada por el iusnaturalismo racionalista moderno, que rompe con los procedimientos de glosadores y con el saber prudencial, y pasa a centrarse en el uso de la razón cuyos principios tenían que ser investigados para su aplicación.

En el siglo XIX, la dogmática jurídica se constituye como el paradigma jurídico; en general, significa la sistematización del derecho a través de un proceso de conceptualización e integración de las normas jurídicas. Con el avance de la construcción jurídica se desplaza el problema del contenido del derecho a la discusión sobre las formas en que se realiza, influido por el conocimiento científico moderno: “El principio de cientificismo, que vino, posteriormente, a informar el núcleo de la idea positivista, entendía ser la Ciencia la única forma de conocimiento aceptable. Esta, por su parte, partía de una perspectiva eminentemente empirista. El mundo no es un conjunto de leyes y principios, sino un conjunto de hechos, tras los cuales se esconden causas o leyes que cabe a la Ciencia descubrir, lo que hará mediante el método de verificación empírica, compuesto de observación, recolección y experimentación. Un conocimiento será científico cuando se articule de modo sistemático y coherente, y resista a la verificación empírica de las hipótesis en que se apoya” (Moreira, 2007). Este cientificismo tiene su mayor expresión en el positivismo jurídico, que es el momento donde el paradigma dogmático alcanza su maduración.

Por otro lado, la matriz política de este paradigma es el liberalismo que, como hemos dicho, otorga especial énfasis al individualismo como fundamento del orden político-jurídico. Las relaciones sociales son vistas en su aspecto consensual como fruto de un contrato social realizado entre individuos libres e iguales. El conflicto se considera, entonces, como una anomalía que amenaza la armonía social prevista en el contrato, percibiéndose sólo en su dimensión individual, desvinculándose de las relaciones de clase o de grupos sociales. Esto lleva a que, según Moreira, el positivismo y el liberalismo tengan algo en común, que los hace matrices del discurso jurídico dominante (Moreira, 2007). Entonces, por supuesto, se concentra la generación del derecho por un solo ente, el estado, quien tiene a su cargo la administración de los conflictos. De ahí que el liberalismo y el positivismo como matrices del paradigma jurídico dominante estén estrechamente ligados al monismo jurídico.

Ahora bien, los modelos culturales y normativos que justificaron los espacios vitales, la organización social y los criterios científicos de la Modernidad, se han vuelto insatisfactorios y limitados, abriendo un espacio para repensar nuevas normas de

referencia y legitimidad. En su obra *Pluralismo jurídico*, Wolkmer realiza un análisis de la crisis contemporánea del modelo moderno en el caso del capitalismo periférico brasileño. Señala la existencia de “la hegemonía de las oligarquías agroexportadoras vinculadas a los intereses externos y adeptas al individualismo liberal, al elitismo colonizador y a la legalidad lógico-formal” (Wolkmer, 2006). Las características de la normatividad moderna (abstracción, igualdad formal, etc.) han servido a las burguesías para imponer sus intereses y satisfacer sus derechos. Lo contrario sucede con otros grupos sociales y la implementación de “nuevos” derechos no contemplados por la legislación y los códigos positivos o que aunque reconocidos no tienen efectividad práctica, y la mayoría de las veces sólo son logrados o asegurados a través de un proceso de luchas comunitarias y de conflictos colectivos. De ahí que nuestro autor afirme que “se genera un proceso natural en el que la conciencia de las carencias y las necesidades acaban concretando reivindicaciones por derechos” (Wolkmer, 2006). La ineficiencia del modelo jurídico dominante, en Brasil y en lo general en los países latinoamericanos, para resolver los conflictos colectivos se da en dos niveles de actuación: a) En el ámbito del poder judicial como órgano interpretativo oficial, y b) en el contexto de la propia legislación positiva estatal.

Por su parte, Jesús Antonio de la Torre Rangel también realiza una crítica a la función del paradigma del derecho moderno en América Latina, y a su carácter monista. Este paradigma penetró en el subcontinente en el siglo XIX dentro de una sociedad fundamentalmente agraria, cuyo desarrollo urbano e industrial era casi nulo. De ahí que este paradigma repercutirá directamente sobre la tenencia de la tierra (De la Torre, 2006). Las leyes que regularon la propiedad asumieron las características de igualdad, generalidad y abstracción del derecho moderno, lo que trabajo “la privatización de la propiedad agraria y el consecuente despojo tanto de las comunidades de indios como de los pequeños propietarios pobres. Constituyeron la expresión de la aplicación más cruda del derecho moderno y sus postulados” (De la Torre, 2006). El caso de México, según Gutelman, la introducción de la propiedad privada y del proceso de expropiación desequilibró totalmente el sistema de producción de la economía aldeana. Un gran número de superficies fueron declaradas “baldías”, pero en realidad pertenecían a comunidades indígenas. Pero los pueblos indios no podían prevalecer sus derechos pues no tenían título jurídico de propiedad, y si éste existía no correspondía con las normas legales (Gutelman, 1975). El derecho de los pueblos indígenas no era tal, pues no pertenecía al nuevo estado-nación. Cuestión parecida sucedía con los campesinos pobres que sin título jurídico no podían defenderse, y eran despojados de sus tierras; sólo las grandes haciendas podían hacerse respetar por las compañías deslindadoras.

Uno de los ámbitos donde en América Latina se ha mostrado con mayor claridad la crisis del paradigma moderno de derecho es en su relación con los pueblos indígenas. La emergencia de las jurisdicciones indígenas, sus normatividades y sus sistemas de cargos, que se encontraban invisibilizadas y hasta eran (son) combatidas por el estado moderno, es parte de la lucha que ha emprendido esta subjetividad emergente. Las palabras de Magdalena Gómez reflejan bien esta situación:

“No es un secreto que los pueblos indígenas han practicado formas de jurisdicción, es decir, han ‘administrado justicia’ y ésta es una función exclusiva del Estado. Han establecido normas y sanciones, sin tener facultad reconocida y el hecho de que no hayan sido escritas o formalizadas no les exime de su naturaleza jurídica. También han gobernado a sus pueblos a través de sistemas de cargos. Por lo tanto históricamente han subsistido en la ilegalidad. A juicio del derecho, los pueblos indígenas no tienen atribuciones para tales actos ilegales realizados por particulares a los que les está expresamente prohibido ejercerlas. Justamente ése es el meollo del asunto. Las funciones, cada vez más disminuidas, ejercidas por los pueblos indígenas, son de naturaleza pública, no simples actos privados, de particulares. Por ello su reconocimiento requiere modificaciones de fondo en el orden jurídico” (López, 2006).

A partir de las incoherencias entre el sistema jurídico y su aplicabilidad real, Wolkmer afirma que la estructura normativa del moderno derecho positivo formal es poco eficaz y no consigue atender la conflictividad de las actuales sociedades periféricas, como las de América Latina. Estas sociedades pasan por distintas especies de reproducción del capital, llenas de acentuadas contradicciones sociales y de flujos que reflejan crisis de legitimidad y de funcionamiento de la justicia. En otra de sus obras, Wolkmer complementa esta observación con el análisis del sociólogo jurídico José Eduardo Faria, señalando que los nuevos paradigmas están directamente vinculados a la “creciente complejidad de los conflictos, a la heterogeneidad socioeconómica, a la concentración y centralización del capital, a la expansión del intervencionismo estatal, a la hipertrofia del Ejecutivo, etc. En la medida en que la sociedad es vista como un sistema necesariamente en constante conflicto, tenso y en permanente transformación, cualquier análisis pasa a ser considerado válido siempre y cuando sea capaz de identificar los factores de cambio responsables de la continua inadecuación de los modelos culturales tradicionales —entre ellos, el derecho—” (Wolkmer, 2006).

De dicha situación surge la necesidad de proponer e introducir en la teoría del derecho de América Latina la discusión sobre la “crisis de los paradigmas” dominantes y la ruptura de los modelos de fundamentación. En este punto, Wolkmer sigue la pauta señalada por Thomas S. Khun, al sostener que las crisis son una precondition necesaria para el surgimiento de nuevas teorías (Kuhn, 2007). Esta crisis se percibe, en relación con nuestro tema, de manera más aguda en los países periféricos, pues la inadecuación entre derecho y realidad es evidente y se remonta al propio periodo colonial. De ahí que se proponga un nuevo Derecho, que parta de una noción de pluralismo jurídico, capaz de reconocer y dar legitimidad a normas extra e infraestatales. En este contexto, es importante señalar que, como ampliaremos más adelante, el pluralismo jurídico es diverso, y para ser emancipador debe superar las matrices colonialistas y capitalistas del paradigma moderno; de lo contrario, puede constituir un proyecto conservador. Así, por ejemplo, Santos refiere cómo los países colonialis-

tas utilizaron el pluralismo jurídico como estrategia de colonización, y referido a final de cuentas al derecho del estado moderno respondió más a la regulación y opresión de las poblaciones originales que a su liberación (Santos, 2009).

La construcción de este referencial diferente de reglamentación implica dar prioridad a las aspiraciones más inmediatas de la sociedad civil, representada en los Nuevos Movimientos Sociales, envolviendo la articulación de un proyecto cultural desmistificador y emancipatorio. A partir de dicha crisis, Wolkmer afirma la propuesta configurada por un tipo específico de pluralidad jurídica abierta, flexible, participativa y democrática, síntesis de todos los intereses cotidianos, individuales y colectivos (Wolkmer, 2006).

Hasta el momento se ha mostrado el punto de partida del pensamiento del profesor brasileño: en países de capitalismo periférico, como son los latinoamericanos, el paradigma moderno de derecho y estado ha servido para los intereses de las clases burguesas, y no logra resolver los conflictos colectivos ni satisfacer las demandas de nuevos derechos o garantizar los derechos ya reconocidos a las clases populares, los cuales en muchas ocasiones tienen que hacerse valer a través de acciones comunitarias y construyendo movimientos sociales. Ante esta situación, se apuesta por una pluralidad en lo jurídico. Sin embargo, el autor es consciente de los diversos tipos y concepciones de pluralismo. En efecto, a continuación se abordará la caracterización que se asume de “pluralismo jurídico”.

3. Caracterización del pluralismo jurídico

El pluralismo se ha hecho presente en diversos momentos de la historia occidental, tanto en los mundos medieval, moderno y contemporáneo. Por eso, se da una compleja variedad de interpretaciones en función de la realidad que se analice y del campo de acción al cual se aplica. Si bien pueden ser identificadas numerosas doctrinas en el pluralismo de tipo filosófico, sociológico o político, el pluralismo jurídico no deja de ser importante, ya que comprende muchas tendencias con distintos orígenes y características particulares. No existe una uniformidad de principios sobre el pluralismo jurídico, pues se da una variedad de modelos y autores aglutinados en su defensa desde matices conservadores, liberales, moderados y radicales, hasta espiritualistas, sindicalistas, corporativistas, institucionalistas, socialistas, etc.

Esta realidad tan diversa remite a Antonio Carlos Wolkmer a realizar un recorrido histórico, en su obra *Pluralismo jurídico*, partiendo del mundo medieval, donde la descentralización territorial y la multiplicidad de centros de poder configuraron, en cada espacio social, un amplio espectro de manifestaciones normativas concurrentes, conjunto de costumbres locales, fueros municipales, estatutos de las corporaciones por oficio, dictámenes reales, Derecho Canónico y Derecho Romano.³

3 Esta realidad es descrita por Paolo Grossi: “...en la civilización medieval el orden jurídico es, salvadas algunas delicadas zonas conexas al gobierno de la polis, una realidad óptica, es decir, escrita en la naturaleza de las cosas, realidad exquisitamente radical, ya que brota pujante en las raíces de la sociedad y por ello se identifica con la costumbre, con los hechos típicos que confieren su rostro peculiar a una ci-

Efectivamente, fue con la decadencia del Imperio Romano en Occidente y con la implantación política de los pueblos nórdicos en Europa, que se generó la idea de que a cada individuo le sería aplicado el Derecho de su pueblo o de su comunidad local. A través de la conocida figura de la “personalidad de las leyes”, la representación de los diferentes órdenes sociales correspondería a una natural pluralidad jurídica. En este contexto, nuestro autor detecta cuatro manifestaciones legales: un “derecho señorial” fundado en la función militar; un “derecho canónico” que se basaba en los principios cristianos; un “derecho burgués” apoyado en la actividad económica y por fin, un “derecho real”, con pretensiones de incorporar a las demás prácticas regulatorias en nombre de la centralización política (Wolkmer, 2006).

La estatización del derecho se hará efectiva, en Europa, con el surgimiento de una racionalización política centralizadora y la subordinación de la justicia a la voluntad estatal soberana. A través de los siglos XVII y XVIII, el absolutismo monárquico y la burguesía desencadenan el proceso de uniformización burocrática que eliminaría la estructura medieval de las organizaciones corporativas, así como sometería el pluralismo legal y judicial. A pesar de que se pueden encontrar las bases teóricas iniciales de la cultura jurídica monista en la obra de autores como Hobbes y en el desarrollo del estado-nación unificado, fue con la República Francesa posrevolucionaria que se aceleró la disposición de integrar los diversos sistemas legales en base a la igualdad de todos ante una legislación común. Un examen más atento nos revela, sostiene Wolkmer, que la solidificación del “mito monista”, o sea, el mito de la centralización, se alcanza por las reformas administrativas napoleónicas y por la promulgación de un único y un mismo código civil para regir a toda la sociedad. Grossi narra de manera clara este paso del “viejo pluralismo” al monismo:

“El viejo pluralismo va siendo sustituido por un rígido monismo: el ligamen entre derecho y sociedad, entre derecho y hechos económico-sociales emergentes, es cortado, mientras se opera una suerte de canalización obligada. El canal discurre obviamente entre los hechos, pero discurre en medio de dos diques altos e impenetrables: politización (en sentido estricto) y formalización de la dimensión jurídica son el resultado más impresionante y de mayor entidad.

El derecho se reduce así a ley: un sistema de reglas autoritarias, de mandatos pensados y queridos abstractos e inelásticos, incriticable en su contenido, ya que su autoridad procede no de su propia cualidad sino de la cualidad del sujeto legislador. Pronto, en el clima prerrevoluciona-

vilización histórica; ciertamente, por esto, se presenta siempre bajo el lema de la complejidad; realidad que nace, vive, prospera, se transforma fuera de la influencia del poder político, el cual, gracias a su incompletud, no tiene excesivas pretensiones, respeta el pluralismo jurídico, respeta el consorcio de fuerzas que lo provocan. Dimensión histórica auténticamente medieval esta de la relativa indiferencia del Príncipe hacia el derecho pero que, por inercia que es con frecuencia componente primario de los contextos históricos, llega –aunque discutida, contestada, erosionada– hasta los grandes acontecimientos políticos y jurídicos de finales del siglo XVIII” (Grossi, 2003: 29).

rio y revolucionario, la ley tendrá un refuerzo posterior, el democrático, gracias a la afirmada (aunque no demostrada) coincidencia entre voluntad legislativa y voluntad general. En pleno secularismo, el resultado paradójico es el perfecto cumplimiento de la mística de la ley (...).

En el laboratorio histórico asumido por nosotros como paradigma, Francia, llegamos ahora al umbral de la codificación general, que comenzará precisamente por la zona tradicionalmente reservada de manera celosa a los particulares, es decir, por las relaciones civiles. El primer Código dispuesto en 1804 por Napoleón I será, en efecto, precisamente el “Código civil” (Grossi, 2003).

Diversas razones favorecieron la reacción por parte de las doctrinas pluralistas a fines del siglo XIX y mediados del siglo XX: La consolidación de la sociedad burguesa, la expansión del capitalismo industrial, el individualismo filosófico, del liberalismo político-económico y el centralismo jurídico estatal. En las primeras décadas del siglo XX, como alternativa al normativismo estatal positivista, resurge el pluralismo en la preocupación de los iusfilósofos y publicistas (Gierke, Hauriou, Santi Romano y Del Vecchio) y de los sociólogos del derecho (Ehrlich y Gurvitch). No menos importante será la vuelta al pluralismo en los años 50 y 60 por investigadores empíricos en el ámbito de la antropología jurídica (L. Pospisil, S. Falk Moore y J. Griffiths).

En razón de su significado contemporáneo, Wolkmer busca presentar una noción clara de qué es el pluralismo, sus causas determinantes, tipología y objeciones. Para comenzar designa al pluralismo jurídico como la multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio sociopolítico, interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales (Wolkmer, 2006). Partiendo de este concepto, se resaltan algunas de las causas determinantes para la aparición del pluralismo jurídico.

Ahora bien, siguiendo a Boaventura de Sousa Santos, el surgimiento del pluralismo jurídico surge de dos situaciones diferentes, con sus posibles desdoblamientos históricos: a) “origen colonial”; y b) “origen no colonial”. En el primer caso, es en países que fueron dominados económica y políticamente donde se desarrolla el pluralismo jurídico, siendo obligados los pueblos originarios a aceptar las normas jurídicas de las metrópolis (colonialismo inglés, portugués, español, etc.). Así se impuso con la fuerza la unificación legal y la administración de la colonia, posibilitando la coexistencia, en un mismo espacio, del “Derecho del Estado colonizador y de los Derechos tradicionales”, autóctonos, convivencia ésta que se volvió, en algunos momentos, factor de “conflictos y de acomodaciones precarias” (Santos, 1988).

Más allá del contexto explicativo colonial, Boaventura de Sousa Santos resalta que se debe considerar en el ámbito del pluralismo jurídico de “origen no colonial”, tres situaciones distintas. En primer lugar, países con culturas y tradiciones normativas propias, que acaban adoptando el derecho europeo como forma de modernización y consolidación del régimen político (Turquía, Etiopía etc.). Por otro lado,

se trata de la hipótesis de que determinados países, después de sufrir el impacto de una revolución política, continúan manteniendo por algún tiempo su antiguo Derecho, a pesar de haber sido abolido por el nuevo derecho revolucionario (repúblicas islámicas incorporadas por la antigua URSS). Finalmente, aquella situación en que poblaciones indígenas o nativas no totalmente exterminadas o sometidas a las leyes coercitivas de los invasores, adquieren la autorización de mantener y conservar su derecho tradicional (poblaciones autóctonas de América del Norte y de Oceanía) (Santos, 1988).

Más allá de la caracterización realizada por Santos, Wolkmer hace suya las palabras de Joaquim A. Falcão quien introdujo la afirmación de que la causa directa del pluralismo jurídico debe ser encontrada en *la propia crisis de la legalidad política*. Al contrario de lo que puedan creer ciertas corrientes del pluralismo, Falcão entiende que, en países del Tercer Mundo como Brasil, la aparición de reglas paralegales, paralelas o extralegales, incentivadas, aceptadas o no por el derecho oficial, está correlacionada directamente con la variable de legitimidad del régimen político (Wolkmer, 2006). En otras palabras, la pluralidad de los órdenes jurídicos es fruto de la búsqueda de una nueva legitimidad. Sin embargo, a lo anterior habrá que añadir otros factores relevantes; Wolkmer señala lo siguiente:

“Todos estos aspectos apuntados, como la ampliación del pluralismo jurídico para abarcar especificidades materiales de determinadas regiones del capitalismo periférico, fundamentados en luchas sociopolíticas y en contradicciones económico-clasistas (Boaventura de S. Santos), así como la pluralidad normativa como respuesta a la crisis de legitimidad política (Joaquim A. Falcão) son factores relevantes pero no suficientes, si no fueran considerados la ‘ineficacia’ y el carácter ‘injusto’ del paradigma hegemónico de la legalidad dogmática estatal” (Wolkmer, 2006).

Wolkmer señala que ya el investigador belga Jacques Vanderlinden, en un ensayo *Síntesis sobre el pluralismo jurídico*, apunta que las dos principales causas genéricas del pluralismo se refieren a “injusticia” e “ineficacia” del modelo de “unicidad” del derecho. Parte del presupuesto de que la “unicidad” es incapaz de contemplar correctamente la existencia de desventajas propias de grupos sociales particulares y de percibir la relatividad de la idea de justicia. Ante esta situación, el pluralismo jurídico puede demostrar de modo amplio la fuerza y la autenticidad de múltiples manifestaciones normativas no estatales originadas por los más diversos sectores de la estructura social, y revelar toda una rica producción legal informal e insurgente a partir de condiciones materiales, luchas sociales y contradicciones clasistas o interclasistas.

Además, siendo la pluralidad normativa y cultural uno de los rasgos centrales de la esfera jurídica en América Latina, es fundamental subrayar que, aunque entendido como tendencia y no como fenómeno generalizado, dicho rasgo posee un origen y permanencia históricas que no pueden soslayarse, puesto que su estructura está enmarcada por un conjunto de macro-variables históricas solo susceptibles de investigación profunda si son acompañadas de un recorrido de sus diversas trayectorias en el tiempo.

Avanzando en esta temática, se puede considerar una nueva interpretación de la naturaleza del pluralismo, o sea, su especificidad *no está en negar o minimizar el Derecho estatal, sino en reconocer que éste apenas es una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en la sociedad*. De este modo, el pluralismo legal cubre no solamente prácticas independientes y semiautónomas, con relación al poder actual, sino también prácticas normativas oficiales/formales y prácticas no oficiales/informales. La pluralidad envuelve la coexistencia de órdenes jurídicos distintos que definen o no las relaciones entre sí. El pluralismo puede tener como meta prácticas normativas autónomas y auténticas generadas por diferentes fuerzas sociales o manifestaciones legales plurales y complementarias reconocidas, incorporadas o controladas por el estado.

La complejidad y el extenso cuadro de fenómenos legales plurales viabilizan las posibilidades de diversas propuestas de clasificación. A pesar de que no existe un consenso entre los que tratan la cuestión de las modalidades del pluralismo legal, se debe subrayar sólo una distinción y yuxtaposición proyectada para sociedades de capitalismo periférico. Es en este nivel en que se procesa la dualidad entre “pluralismo jurídico estatal” y “pluralismo jurídico comunitario” (Wolkmer, 2006). El primero es aquel modelo reconocido, permitido y controlado por el estado. Se admite la presencia de numerosos “campos sociales semiautónomos”, con relación a un poder político centralizador, así como múltiples sistemas jurídicos establecidos vertical y jerárquicamente a través de grados de eficiencia, siendo atribuida al orden jurídico estatal una positividad mayor. Ante esto, los derechos no estatales representan una función residual y complementaria, pudiendo ser minimizada su competencia o bien, incorporada por la legislación estatal. En lo que concierne al “pluralismo jurídico comunitario”, éste actúa en un espacio formado por fuerzas sociales y sujetos colectivos con identidad y autonomía propias, existiendo independientemente del control estatal.

Finalmente, Wolkmer aborda diversas “objeciones” hechas al pluralismo jurídico, tanto las objeciones apuntadas por los autores de perfil teórico, tanto tradicional, como de los innovadores (Wolkmer, 2006). Parte de su argumento es referido a la fase ambigua del pluralismo jurídico que, tanto se puede revelar como una estrategia global progresista, como un proyecto de aspecto conservador. Entonces, si por detrás de un pluralismo se encuentra un Gurvitch o un Proudhon, por otro lado, en el rol del monismo, se alinean pensadores como Marx y Hegel. La relatividad de estas ponderaciones refuerza la propuesta de que, para Norberto Bobbio, la propuesta teórica del pluralismo puede ocultar tanto una ideología revolucionaria inserta en un orden que contribuye para la “progresiva liberación de los individuos y de los grupos oprimidos por el poder del Estado”, como una ideología reaccionaria interpretada como “un episodio de la desagregación o de la substitución del Estado y, por lo tanto, como síntoma de una eminente e incomparable anarquía” (Bobbio, 1980).

Es importante advertir sobre el posible uso ideológico de las prácticas normativas populares; es decir, se debe asumir el pluralismo jurídico como una realidad histórica y, por tanto, dinámica, y es necesario realizar la historización de su uso como principio de desideologización (Wolkmer, 2006). Santos advierte sobre esta equívocidad del pluralismo jurídico:

“El pluralismo jurídico juega un papel central en la legalidad cosmopolita, pero siempre ha de estar sometido a una especie de prueba de fuego para decidir qué tipos de pluralismo jurídico son propicios a la legalidad cosmopolita y cuáles no. El examen consiste en evaluar si el pluralismo jurídico contribuye a reducir la desigualdad de las relaciones de poder, y por ello a reducir la exclusión social o a mejorar la calidad de la inclusión social, o si, por el contrario, fortalece los intercambios desiguales y reproduce la exclusión social. En el primer caso las legalidades no hegemónicas desde abajo forman parte de la pluralidad jurídica cosmopolita” (Santos, 2009).

En síntesis, la introducción del pluralismo jurídico implica, en la realidad de América Latina, no sólo admitir que el tema involucra complejidad, ambigüedad y límites, como sobre todo, que el mismo puede ejercer una función ideológica instrumental “conservadora” o “emancipadora”.

4. Pluralismo jurídico como proyecto conservador

El proyecto de derecho propuesto por Wolkmer para el tercer milenio no es el del pluralismo corporativista medieval ni tampoco el del pluralismo burgués liberal de minorías exclusivistas, discriminadoras y desagregadoras. Tal pluralismo de tradición burguesa, que fue defendido en la primera mitad del siglo XX, viene siendo reintroducido como la principal estrategia del nuevo ciclo del capitalismo mundial, involucrando descentralización administrativa, integración de mercados, globalización y acumulación flexible de capital, formación de bloques económicos, políticas de privatización, dirección informal de servicios, regulación social reflexiva y supranacional, etc. (Faria, 2001). De ahí que el pluralismo jurídico tradicional sea rechazado desde la perspectiva de la FL, al no responder a la construcción de un derecho desde la perspectiva de las víctimas. Las limitantes e inconvenientes de este pluralismo las describe Wolkmer en el siguiente sentido:

“[E]l pluralismo jurídico tradicional se ve afectado por innumerables ‘limitaciones’ [...] incluso, avanzando un poco más, es hasta inviable o inadecuado para estructuras de privilegios, desigualdades e injusticias como la brasileña, principalmente cuando es asumido por intereses exclusivistas provenientes del saqueo de ciertos segmentos neocorporativistas o de elites con mayor poder de presión económica, representantes permanentes de la forma de dominación oligárquica antipopular” (Wolkmer, 2006).

Como consecuencia, el debate sobre el pluralismo jurídico se muestra oportuno, particularmente cuando se piensa en la construcción de una sociedad pluralista, democrática y participativa, adaptada a las contingencias de sociedades marginalizadas como las de América Latina, que conviven con el neocolonialismo, la dependencia y el autoritarismo. En efecto, es prioritario distinguir al pluralismo como proyecto democrático de participación de estructuras sociales dependientes, de cualquier otra

práctica de pluralismo que está siendo presentada como una nueva salida para los intentos de “neocolonialismo” o del “neoliberalismo” de los países de capitalismo central avanzado. Este tipo conservador de pluralismo, vinculado a los proyectos de “posmodernidad” (posmodernidad celebratoria, en término de Boaventura de Sousa Santos), es, para Wolkmer, otro engaño para lograr la concentración violenta del capital en el “centro”, excluyendo en definitiva la periferia, radicalizando todavía más las desigualdades sociales y causando el agravamiento de la explotación y la miseria.

Es cierto que este tipo de pluralismo expresa determinadas condiciones de posibilidades que están interligadas directamente al proceso de globalización del capitalismo actual. Como: “a) la crisis del modelo fordista-keynesiano y la globalización de la acumulación flexible; b) el desarrollo del neoamericanismo; c) el debilitamiento de los estados nacionales latinoamericanos junto con los procesos de descentralización administrativa; d) la crisis del trabajador de masa y las nuevas luchas sociales” (Wolkmer, 2006).

El pluralismo de corte conservador se contrapone radicalmente al pluralismo progresista y democrático que Wolkmer propone. La diferencia entre el primero y el segundo radica fundamentalmente en el hecho de que el pluralismo conservador imposibilita la organización de las masas y enmascara la verdadera participación, mientras que el pluralismo progresista, como estrategia democrática de integración, procura promover y estimular la participación múltiple de los segmentos populares y de los nuevos sujetos colectivos de base.

Del mismo modo se puede diferenciar el antiguo pluralismo (de matriz liberal), de aquél que es afín con las nuevas exigencias históricas. Mientras que el pluralismo liberal era atomístico, consagrando una estructura privada de individuos aislados, movilizadas para alcanzar sus intereses económicos exclusivos, el nuevo pluralismo se caracteriza por ser integrador, que une a los individuos, sujetos y grupos organizados alrededor de necesidades comunes (Wolkmer, 1993).

Se trata de la creación de un pluralismo de “sujetos colectivos”, fundado en un nuevo desafío: construir una nueva hegemonía que contemple el equilibrio entre “predominio de la voluntad general (...) sin negar el pluralismo de los intereses particulares”. Además, la hegemonía del “pluralismo de sujetos colectivos”, sedimentada en las bases de un ancho proceso de democratización, descentralización y participación, debe también rescatar alguno de los principios de la cultura política occidental, tales como el derecho de las minorías, el derecho a la diferencia, a la autonomía y a la tolerancia.

Por tanto, un proyecto emancipatorio de pluralismo jurídico, que parte de una propuesta de consolidación democrática coherente para América Latina, sólo puede estar basado en una visión no instrumentalista del Derecho, según la cual, las estructuras sociales y sus respectivos actores se encuentran en permanente cambio de influencias y continua reacomodación, haciendo posible la reconstrucción crítica de la esfera jurídica hacia una reordenación de tipo político.

5. Pluralismo jurídico como proyecto emancipador

La propuesta del pluralismo como un proyecto de “legalidad alternativa” se refiere, por un lado, a la superación de las modalidades predominantes del pluralismo, identificado con la democracia neoliberal y con las prácticas de desreglamentación social, y por otro lado, la edificación de un proyecto político jurídico resultante del proceso de prácticas sociales insurgentes, motivadas para la satisfacción de las necesidades.

Este tipo de pluralismo jurídico es un proyecto que busca hacer realidad los derechos humanos desde la perspectiva que hemos defendido en este capítulo; es decir, se trata de una “legalidad alternativa” construida por el sujeto vivo, práxico e intersubjetivo que es, a su vez, el fundamento de derechos humanos. Como veremos, las características de esta clase de pluralismo jurídico que desarrolla Wolkmer son coincidentes con la manera en que hemos abordado el tema de derechos humanos a través de estas páginas.

La propuesta de un pluralismo jurídico como proyecto alternativo para espacios del capitalismo periférico latinoamericano presupone la existencia y articulación de determinados requisitos, para lo cual debemos observar:

- a) Fundamentos de “efectividad material”: Se refieren al surgimiento de nuevos sujetos colectivos, y a la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales.
- b) Fundamentos de “efectividad formal”: Son el reordenamiento del espacio público mediante una política democrático-comunitaria descentralizadora y participativa, el desarrollo de una ética concreta de la alteridad, y la construcción de procesos para una racionalidad emancipatoria (Wolkmer, 2006).

Es en estos fundamentos donde Wolkmer hace uso de la FL para integrar su propuesta de pluralismo jurídico como proyecto emancipador. En ellos, como veremos, encontraremos diversas coincidencias con lo que hemos expuesto en este capítulo.

5.1. Nuevas subjetividades: Nuevos Movimientos Sociales

En primer lugar, como fundamento de efectividad material, Wolkmer señala la cuestión de los *nuevos sujetos sociales* que polarizan u ocupan el papel central del nuevo paradigma. Ya no se trata del antiguo sujeto privado, abstracto y metafísico, de tradición liberal individualista que, como sujeto cognoscitivo “*a priori*”, se adaptaba a las condiciones del objeto dado y a la realidad global establecida. Este enfoque de pluralismo jurídico se centra sobre un sujeto vivo, actuante y libre, que participa, se autodetermina y modifica lo mundial del proceso histórico social.

La situación de lo “nuevo”, en cuanto portador del futuro, no está referida a una totalidad universalista constituida por sujetos soberanos, centralizados y creados *a priori*, sino en el espacio de subjetividades cotidianas compuestas por una pluralidad de sujetos diferentes y heterogéneos. En efecto, tanto el “nuevo” como el “colectivo” no deben ser pensados, señala Wolkmer, en términos de identidades humanas que siempre existieron, según el criterio de clase, etnia, sexo, edad, religión o necesidad,

“sino en función de la postura que permitió que sujetos inertes, dominados, sumisos y espectadores pasaran a ser sujetos emancipados, participantes y creadores de su propia historia” (Wolkmer, 2006). Se trata del sujeto vivo, intersubjetivo y práxico que se muestra como comunidad de víctimas. De ahí que el sujeto abstracto, individualista y universal de la Modernidad hegemónica que en América Latina era concretizado por oligarquías, burguesías nacionales, elites empresariales y burocracias militares, es sustituido por “un tipo de colectividad política constituida tanto por agentes colectivos organizados como por movimientos sociales de naturaleza rural (campesinos sin tierra), urbana (sin techo), étnica (minorías), religiosa (comunidades eclesiales de base), estudiantil, así como por comunidades de mujeres, de barrios, de fábricas, de corporaciones profesionales y demás cuerpos sociales intermedios semiautónomos clasistas e interclasistas” (Wolkmer, 2006).

Al caracterizar la noción de sujeto como entidad que implica lo “nuevo” como oposición a lo “establecido” y lo “oficial”, y lo “colectivo” frente a lo “abstracto” e “individual”, se privilegia en una pluralidad de sujetos a los movimientos sociales recientes. Los movimientos sociales son en la actualidad, los sujetos de una nueva ciudadanía, revelándose como auténticas fuentes de una nueva legitimidad.

5.2. El sistema de necesidades

Al abordar al sujeto vivo como fundamento de derechos humanos analizamos la cuestión de la satisfacción de necesidades para la producción, reproducción y desarrollo de la vida. En cuanto al pluralismo jurídico, Wolkmer señala que con la aparición de los nuevos sujetos colectivos de legalidad, concretizados en los movimientos sociales, se justifica la existencia de todo un complejo “sistema de necesidades”. Este “sistema de necesidades” es calificado como la segunda suposición o fundamento en la elaboración del nuevo pluralismo de tenor comunitario participativo.

En su sentido genérico, las necesidades involucran exigencias valorativas, bienes materiales e inmateriales. El conjunto de las “necesidades humanas”, que varían de una sociedad para otra, propicia un amplio proceso de socialización del mercado por elecciones cotidianas sobre “modos de vida” y “valores”, tales como la libertad, la vida, la justicia etc. Las condiciones económicas generadas por el capitalismo, impiden la satisfacción de las necesidades, generando un sistema de falsas necesidades, necesidades que no pueden ser completamente satisfechas. Señala nuestro autor que “[a]unque la dinámica de las necesidades esté vinculada a la formación de identidades individuales y colectivas en cualquier tipo de sociedad, fue con la modernidad burguesa capitalista e industrial que adquirió especificidades no comunes e ilimitadas” (Wolkmer, 2006).

No obstante, el desarrollo coyuntural y estructural del capitalismo dependiente latinoamericano favorece la interpretación de las “necesidades” como producto de las carencias primarias, de luchas y conflictos engendrados por la división social del trabajo y por exigencias de bienes y servicios vinculados a la vida productiva. Siguiendo a Agnes Heller, Wolkmer señala:

“Así, las ‘necesidades radicales’ son las únicas que pueden constituirse en factores de superación de la sociedad capitalista, posibilitando, a través de la conciencia adquirida, la superación de la alienación, la transformación de la vida cotidiana y la emancipación humana” (Wolkmer, 2006).

Las condiciones de vida experimentadas por los diversos segmentos populares latinoamericanos, básicamente, aquellas condiciones negadoras de la satisfacción de las necesidades identificadas con la sobrevivencia y subsistencia, acaban produciendo reivindicaciones que exigen y afirman derechos. No hay duda de que la situación de privación, carencia y exclusión, constituyen la razón motivadora de la aparición de derechos por las necesidades. Es decir, los derechos objetivados por los agentes de una nueva ciudadanía colectiva expresan la intermediación entre necesidad, conflictos y demandas.

5.3. Reordenamiento del espacio público

La *tercer supuesto* para articular un pluralismo comunitario consiste en viabilizar las condiciones para la implementación de una política democrática que dirija, y al mismo tiempo reproduzca, un *espacio comunitario descentralizado y participativo*. Tal propósito no parece ser muy fácil en estructuras sociales con alto grado de inestabilidad socio política, como las latinoamericanas, ya que están contaminadas hasta las raíces por una tradición centralizadora, dependiente y autoritaria.

Debe tomarse en cuenta, además, que las estructuras sociales periféricas están contaminadas hasta las raíces por una tradición político-cultural centralizadora, dependiente y autoritaria. La composición territorial y política se formó en dependencia de un proceso de imposición de la producción del capital internacional y de intereses exclusivistas de una elite burocrática-oligárquica, poseedora de la hegemonía política, económica y cultural.

Al profesor de la Universidad Federal de Santa Catarina le parece claro que la ruptura con este tipo de estructura societaria, demanda profundas transformaciones en las prácticas, en la cultura y en los valores de modo de vida cotidiana. Más allá de la subversión a nivel de pensamiento, discurso y comportamiento, importa, del mismo modo, reordenar el espacio público individual y colectivo, rescatando formas de acción humanas que pasan por las cuestiones de la “comunidad”, “políticas democráticas de bases”, “participación y control popular”, “gestión descentralizada”, “poder local o municipal” y “sistemas de consejos”. Para esto es importante recuperar el concepto de “comunidad”:

“Aunque pueda tener un sentido a veces vago y difuso, la noción de ‘comunidad’ implica cierto aglomerado social con características singulares, intereses comunes e identidad propia, que, aunque insertos en un aspecto de relaciones inundadas por consenso y disensos, se interrelacionan por un lastre geográfico espacial, por coexistencia ideológica y por carencias materiales” (Wolkmer, 2006).

Wolkmer se aleja de nociones liberales-capitalistas de “comunidad”, basadas más en la idea del contractualismo, las cuales le dan un carácter estático a esa noción. Por eso, la forma de pensar la comunidad, en este tipo de concepción pluralista, significa comprenderla como un espacio público constituido en parte por la legitimación de nuevas fuerzas sociales que, en permanente ejercicio de su alteridad, son conscientes de sus necesidades fundamentales y se habilitan como instancias productoras de prácticas jurídicas autónomas. En este sentido, “la comunidad a través de los movimientos sociales y de los múltiples cuerpos intermedios está llamada a co-dirigir su destino” (Wolkmer, 2006).

Lo importante en el nuevo orden político del espacio público, con el respectivo proceso de consolidación de la *democracia participativa de base*⁴, es el descubrimiento de una nueva sociedad pluralista marcada por la convivencia de los conflictos y de las diferencias, propiciando otra legalidad apoyada en las necesidades esenciales de los nuevos sujetos colectivos. Pues, en la medida en que la democracia formal y el sistema convencional de representación, es decir, los partidos políticos, se vuelven obsoletos y no logran canalizar las demandas sociales, se dan las condiciones de participación para las nuevas identidades colectivas insurgentes:

“No se trata más de sujetos de una ‘ciudadanía regulada’, presos de la formalidad del voto representativo, sino de ‘sujetos en relación’, en una dinámica de alteridad con el otro, con la comunidad y con el poder político, objetivando la solución de sus problemas, de sus carencias y del reconocimiento de sus derechos” ((Wolkmer, 2006).

En síntesis, el pluralismo jurídico emancipador requiere de un nuevo espacio público, que supere la democracia burgués formal y la regulación estatal de la “ciudadanía”, para potencializar las ventajas de las prácticas democráticas de intervención continua, que reflejen los intereses y los conflictos cotidianos de las diversas fuerzas sociales a cada momento. Es decir, la democracia participativa de base no se consolida por el número de votos, sino por la capacidad de determinados sectores sociales para organizarse en la expresión de sus necesidades a través de su intervención en la opinión pública.

5.4. Ética concreta de la alteridad

Una *cuarta condición o fundamento* para la composición de la legalidad alternativa es la construcción de una *ética de la solidaridad o de la alteridad*. La cuestión de la alteridad, recordémoslo, la hemos abordado tanto en el capítulo primero de esta tesis al hablar de la praxis de los primeros defensores de los pueblos indígenas como al hablar del fundamento de derechos humanos al inicio del presente capítulo. El agotamiento de la cultura burgués capitalista de cuño individualista nos lleva a la

4 Sobre los mecanismos propuestos para la democracia de base, véase Wolkmer, 2006b: 222-224. Donde, entre otras, propone: la presencia de organizaciones de interés popular en la esfera pública local; la práctica del plebiscito; el ejercicio del referéndum; el “veto popular”; las “audiencias públicas”; proyectos presupuestarios consultados; participación en el poder de control por parte del pueblo; etc.

crisis ética de la modernidad. Se vive en la actualidad, las consecuencias de una ética basada en el individualismo, en el poder, en la competencia, en la eficiencia, en la producción, en el relativismo, etc.

La ética concreta de la alteridad no se prende de ingenierías “ontológicas” y de juicios universales *a priori*, colocados para ser aplicados en situaciones concretas, sino que asume y construye concepciones valorativas que emergen de las propias luchas, conflictos e intereses de nuevos sujetos insurgentes en permanente afirmación. Wolkmer señala que así, esta ética “posee un cuño liberador, pues, por estar inserta en las prácticas sociales y de ellas ser producto, puede perfectamente materializarse como el instrumento pedagógico que mejor se adapta a los intentos de conscientización y transformación de las naciones dependientes del capitalismo periférico, así como de las luchas de liberación y emancipación nacional de los pueblos oprimidos” (Wolkmer, 2006).

El contenido constructivo de la “ética de la alteridad”, como expresión de valores emergentes, tales como justicia, solidaridad, autonomía, emancipación, de los nuevos sujetos individuales y colectivos, ya sea como forma de destrucción del poder dominante, ya como instrumentos pedagógicos de la liberación, envuelve dos condiciones esenciales:

- a) “Se inspira en la ‘praxis concreta’ y en la situación histórica de las estructuras socio-económicas hasta hoy despojadas, dependientes, marginadas y colonizadas.
- b) Las categorías teóricas y los procesos de conocimiento se encuentran en la propia cultura teológica, filosófica y socio-política latinoamericana. En este sentido, se debe aprender un pensamiento periférico autóctono de vanguardia, representado tanto por la Filosofía (Enrique Dussel, Juan Carlos Scannone, Raúl F. Betancourt, Augusto Salazar Bondy, Alejandro Serrano Caldera, Leopoldo Zea y otros) como por la Teología (Gustavo Gutiérrez, Leonardo Boff, Hugo Assmann y otros) y por las Ciencias Sociales (José Carlos Mariátegui, Eduardo Galeano, Darcy Ribeiro, Franz J. Hinkelammert y otros).” (Wolkmer, 2006)

La ética de la alteridad comparte ciertos valores racionales y universales, como la vida, la libertad y el bien común, pero por ser parte de una pluralidad de formas de vida, traduce la singularidad de ciertas metas específicas, representadas por la justicia, la solidaridad, la emancipación y por la satisfacción de las necesidades humanas. Esta ética da prioridad a las prácticas culturales de una determinada condición histórica particular, material y no formal.

Se trata de una ética de solidaridad que parte de las necesidades de los segmentos humanos marginados y se propone generar una práctica pedagógica libertadora, capaz de emancipar a los sujetos históricos oprimidos, sin justicia, alienados y excluidos. Por ser una ética que debe reflejar los valores de la emancipación de nuevas entidades colectivas que van afirmando y reflejando una praxis concreta, comprometida con la dignidad del otro, encuentra sus soportes teóricos no sólo en las prácticas sociales cotidianas y en las necesidades históricas reales, sino en algunos supues-

tos epistemológicos de la FL (Dussel, 1998; 1996) que hemos desarrollado a través de este capítulo.

A partir de las necesidades de los segmentos excluidos, esta ética se propone generar una práctica pedagógica, capaz de emancipar a los sujetos oprimidos y explotados. Por ser una ética comprometida con la dignidad del otro, es fundamental llevar el ejercicio del derecho más allá de los profesionales liberales y realizar todo un esfuerzo pedagógico para que lo jurídico sea un instrumento de los movimientos populares. Para lo cual es indispensable el aporte del pensamiento de Paulo Freire y su pedagogía del oprimido (Freire, 1996). Se trata de una educación como proceso de desmitificación y concientización, apta para llevar y para permitir, por medio de una dinámica de interacción entre conciencia, acción, reflexión y transformación, que las identidades individuales y colectivas asuman el papel de agentes históricos de juridicidad, haciendo y rehaciendo el mundo de la vida, y ampliando los horizontes del poder de la sociedad.

5.5. Racionalidad de carácter emancipatoria

La *última condición* que es necesario considerar para fundamentar un nuevo paradigma de legalidad se refiere a la elaboración de una *racionalidad de carácter emancipatoria*, engendrada a partir de la práctica social resultante de intereses, carencias y necesidades vitales. Es lo que hemos llamado como logos histórico con una función liberadora, y la racionalidad del sujeto vivo.

Wolkmer efectúa una revisión de la crítica a la razón instrumental realizada por la Escuela de Frankfurt, desde Adorno hasta Habermas. Reconoce sus aportaciones para superar las formas disgregantes y distorsionadas asumidas por la racionalidad iluminista, pero considera sus límites, pues “[a]unque se puede reconocer la validez de la ‘racionalidad comunicativa’ en el futuro diálogo entre las naciones ricas del Norte y los países pobres del Sur, se deben tener presente ciertas insuficiencias de su ‘discurso emancipador’ con respecto a la ‘praxis’ socio-política de estas últimas sociedades dependientes” (Wolkmer, 2006). Esto en función de que las categorías *a priori* pueden desconocer que toda formulación teórica que implique procesos racionales, debe surgir de las necesidades, reivindicaciones, conflictos y luchas históricas. Es decir,

“...los procesos de racionalización no nacen de los *a priori* fundamentales universales, sino de la contingencia directa de los intereses y necesidades de la pluralidad de acciones humanas en permanente proceso de interacción y participación. De este modo, el nuevo concepto de razón implica el abandono de todo tipo de racionalización metafísica y técnico-formalista equidistante de la experiencia concreta y de la creciente pluralidad de las formas de vida cotidiana” (Wolkmer, 2006).

Por tanto, para Wolkmer, el modelo tradicional de racionalidad técnico formal, debe ser suplantado por el modelo crítico dialéctico de racionalidad emancipatoria, generado en la realidad de la vida concreta. No se trata de una “razón operacional” predeterminada y sobrepuesta a la vida, dirigida para modificar el espacio comunitario, sino de una razón que parte de la totalidad de la vida y de sus necesidades históricas.

cas. En síntesis, se trata de la construcción de una racionalidad como expresión de una identidad cultural como exigencia y afirmación de libertad, emancipación y autodeterminación. Se trata de una razón libre, cuya realidad no provenga de la razón, sino cuya razón derive de la realidad. Y toda esta racionalidad se conecta con lo ya comentado respecto a la necesaria pedagogía del oprimido, y la comprensión del Derecho como instrumento de la vida cotidiana de las comunidades y no como herramienta técnico-formal de los profesionistas liberales.

6. Conclusión

La emergencia de nuevas y múltiples formas de producción del derecho está comprendida en el fenómeno “práctico histórico” del pluralismo jurídico. Se trata de la producción y la aplicación de derechos provenientes de las luchas y de las prácticas sociales comunitarias, independientes de los órganos o agencias del estado. La prueba de esta realidad innovadora, que no se centraliza en los lugares tradicionales del ejercicio jurídico (tribunales, administración, escuelas de derecho) sino en el seno de la propia comunidad, son los nuevos sujetos sociales. Con esto, aflora toda una nueva lógica y una “nueva” justicia que nace de las prácticas sociales y que pasa, dialécticamente a orientar la acción libertadora de los agentes sociales excluidos.

Wolkmer propone romper con la configuración mítica de que el derecho emana sólo de la norma estatal, instaurándose la idea consensual del derecho como “acuerdo”, producto de necesidades, confrontaciones y reivindicaciones de las fuerzas sociales en la arena política. En este sentido, en un espacio como el latinoamericano, donde la fluidez de significados y prácticas sociales derivados del pluralismo jurídico irrumpe como hendiduras en la fija unidad mono-racionalista de la Modernidad no es de extrañar, afirma nuestro autor, que el derecho oficial deba ser reconceptualizado como un sistema cultural en el cual diferentes “posiciones discursivas” interactúan en un proceso constructivo.

Diversos hechos confirman la implementación creciente de nuevos mecanismos de autorregulación de los conflictos y de la resolución de los intereses emergentes; sin negar o abolir las manifestaciones normativas estatales, a través de aquéllas se avanza democráticamente en dirección a una legalidad plural, fundada no exclusivamente en la lógica de una racionalidad formal, sino en la satisfacción de las necesidades y en la legitimación de nuevos sujetos legales.

Los nuevos modelos plurales y democráticos de justicia se dirigen a un desarrollo de ciertas prácticas nombradas como de “legalidad alternativa”. No se trata propiamente de un “uso alternativo del derecho”, sino de un proceso de construcción de otras formas jurídicas. Ciertamente que el objetivo más importante de transformación jurídica no consiste en la substitución de una normatividad injusta por otra normatividad más favorable, sino en identificar el derecho con los sectores mayoritarios de la sociedad (Palacio, 1993). El fenómeno de las prácticas jurídicas alternativas, que se inserta en la globalidad del pluralismo jurídico, comprende prácticas no siempre homogéneas e idénticas. Un ejemplo de esto puede ser constatado en dos tipologías recientes.

Para Germán Palacio, la expresión genérica del Derecho alternativo se refiere a las formas del Derecho indígena, del Derecho de transición social o del Derecho insurgente. El Derecho consuetudinario de las comunidades indígenas es el Derecho nativo de resistencia que subsiste pese a las ofensivas imperialistas de los países coloniales. El Derecho de transición social es aquel que surge de sociedades políticas que pasaron por un proceso revolucionario (Portugal en el tiempo de la Revolución, la Nicaragua de los Sandinistas). Por fin, el Derecho insurgente “creado por los oprimidos de acuerdo con sus intereses y necesidades” (Palacio, 1993; Correas, 2003).

Por otro lado, en la experiencia de los años 90 en Brasil, el magistrado Amilton B. Carvalho, en su obra *Derecho Alternativo en la Jurisprudencia*, propone que el “movimiento del Derecho alternativo” en su sentido general, comprende los siguientes frentes de lucha: 1º) *Uso alternativo del Derecho*: utilización, vía interpretación diferenciada, de las “contradicciones, ambigüedades y lagunas del derecho legislativo en una óptica democratizante”. 2º) *Positivismo de combate*: uso y reconocimiento del derecho positivo como arma de combate, es la lucha para la efectivización concreta de los derechos que ya están en los textos jurídicos pero que no están siendo aplicados. 3º) *Derecho alternativo en sentido estricto*: “derecho paralelo, emergente, insurgente, encontrado en la calle, no oficial, que coexiste con aquél otro emergente del estado, es un derecho vivo, actuante, que está en permanente formación/transformación (Wolkmer, 2002).

Por lo tanto, las múltiples y diversas prácticas del llamado Derecho Alternativo, en Brasil, comprenden un proceso mayor que debe ser reconocido como pluralismo jurídico. Visto que la proyección y difusión del “movimiento alternativo” es relativamente nueva, todavía no ha sido posible definir claramente su conceptualización, caracterización, funcionamiento e influencia.

Ciertamente que los criterios que expresan prácticas alternativas de reglamentación implican informalización, descentralización y democratización de los procedimientos, factores que se constituyen en el medio más adecuado para hacer operativas las demandas para el acceso a la justicia y operar los conflictos colectivos de espacios societarios, marcados constantemente por inestabilidad y cambios sociales.

Para valorar la propuesta de Wolkmer, en relación con la perspectiva desde la FL de derechos humanos, hay que tomar en cuenta que no se trata de una teoría del derecho dentro del marco de la racionalidad positivista, ni busca darle una categoría de “teoría pura”. Más bien consiste en una visión interdisciplinaria, relacional y compleja del fenómeno jurídico, pues sólo de esta forma puede denunciarse la insuficiencia y el agotamiento del modelo clásico occidental de legalidad positiva, y desde ahí construir un nuevo paradigma de legalidad basado en supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas y luchas sociales insurgentes, de las praxis de liberación de los sujetos vivos e intersubjetivos.⁵

5 Para una exposición de luchas y prácticas en América Latina, donde se genera derecho fuera del estado, puede consultarse: el capítulo V de la obra en comento de Wolkmer, 2006b: 247-297. De la Torre, 2005.

Es importante aclarar que la FL no idealiza las prácticas populares, sino que reconoce que éstas pueden engendrar también un derecho injusto –al igual que puede hacer el estado–. De ahí la importancia de una ética de la alteridad, que sea capaz de ser crítica de las prácticas de los nuevos movimientos sociales. Tampoco se trata de que el pluralismo jurídico desconozca el valor de lo formal, ni del estado de derecho o la constitucionalidad de los derechos fundamentales, sino que, tratándose de los países con capitalismo periférico, el respeto a este tipo de juridicidad requiere otros mecanismos más allá de la clásica división de poderes y una representatividad que supere la de las democracias burguesas. En este sentido, la dualidad estado–sociedad civil se comprende, en la propuesta de Wolkmer, de una forma diferente a la clásica de la Modernidad. La sociedad civil no debe ser un conjunto atomizado de ciudadanos, sino es el nuevo espacio de participación política de movimientos sociales. Es el espacio donde se construye el sujeto intersubjetivo. Es decir, el pluralismo jurídico no sólo significa una nueva legalidad sino también una nueva concepción del estado, que no conlleva a su debilitamiento sino a su fortalecimiento desde la base.

Otorgar legitimidad a las demandas de los Nuevos Movimientos Sociales permite, entre otras cosas, asumir que los derechos humanos más allá del individualismo ilustrado y de la visión eurocéntrica de la historia. Además, posibilita que la teoría del derecho sea capaz de asumir uno de los cambios más importantes que se han dado en las últimas décadas respecto a los derechos: la llegada de nuevos interlocutores a este campo, de subjetividades emergentes. De ahí que sea importante la recuperación de los sujetos colectivos (sea el “pueblo” o los “nuevos movimientos”), pues en la era de la globalización, los derechos humanos deben comprenderse, para su efectividad, como derechos de los pobres para evitar así la inversión ideológica a favor de los dueños del gran capital (Wilfred, 2004).

Por último, ante la pretensión de los pensamientos abstractos de encontrar respuestas a priori, hay que dejar en claro la apuesta epistemológica de Wolkmer, generada desde las categorías de la FL. Es una epistemología crítica que busca delinear caminos de emancipación a partir de prácticas emancipatorias. De ahí que, la pretendida neutralidad científica y política, queden a un lado. Además, al tratarse más de una *teoría procesual* que de una teoría pura, contiene una importante dimensión pedagógica. Ésta dimensión tiene la función estratégica de preparar, a nivel social y político, los horizontes de un nuevo paradigma capaz de reconocer y otorgar legitimidad a normas extra e infraestatales, engendradas por carencias y necesidades provenientes de nuevos sujetos sociales, y de captar las representaciones legales de sociedades emergentes marcadas por estructuras de profunda desigualdad.

Bibliografía

- BOBBIO, Norberto (1980). *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia: Fernando Torres.
- CORREAS, Óscar (2003). *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México: Fontamara, México.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (2005). *El derecho que nace del pueblo*, México: Porrúa.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (2006). *El derecho como arma de liberación en América Latina*, San Luis Potosí: UASLP-CENEJUS-CEDH, 2006.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (2007). *Pluralismo jurídico. Teoría y experiencias*, San Luis Potosí-Aguascalientes: UASLP-CENEJUS.
- DURAND, Carlos et al. (2000). *Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india*, México: Plaza y Valdés Editores.
- DUSSEL, Enrique (1996). *Filosofía de la Liberación*, Bogotá: Nueva América.
- DUSSEL, Enrique (1998). *Ética de la Liberación En la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid: Trotta.
- FARIA, José Eduardo (2001). *Derecho y globalización económica*, Madrid: Trotta.
- FREIRE, Paulo (1996). *Pedagogía del oprimido*, México: Siglo XXI.
- GROSSI, Paolo (2003). *Mitología jurídica de la Modernidad*, Madrid: Trotta.
- GUTELMAN, Michel (1975). *Capitalismo y reforma agraria en México*, México: ERA.
- KELSEN, Hans (1997). *Teoría Pura del Derecho*, México: Porrúa.
- KUHN, Thomas S. (2007). *La estructura de las revoluciones científicas*, México: FCE.
- LÓPEZ FUENTES, José Luis (2006). *Los derechos de los pueblos indígenas*, Málaga: Diputación de Málaga.
- MOREIRA DA SILVA, José Carlos (2007). “Pluralismo jurídico y nuevos movimientos sociales: de la crisis de la dogmática jurídica a la afirmación de nuevos derechos” en Jesús Antonio de la Torre Rangel (Coord.), *Pluralismo jurídico. Teoría y experiencias*, Aguascalientes-San Luis Potosí: CENEJUS-UASLP.
- OCHOA GARCÍA, Carlos (2002). *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, Guatemala: Cholsamaj.
- PALACIO, Germán (1993). *Pluralismo Jurídico*, Bogotá: IDEA/Universidad Nacional.
- ROSILLO MARTÍNEZ (2008). Alejandro, *Praxis de liberación y derechos humanos. Una introducción al pensamiento de Ignacio Ellacuría*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Comisión Estatal de Derechos Humanos, San Luis Potosí.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro (2012). “Fundamentación de los derechos humanos desde la Filosofía de la Liberación” en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 36, México: Escuela Libre de Derecho.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro (2013a). *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, México: Editorial Ítaca.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro (2013b). “Pensamiento complejo y pensamiento simplificador en la comprensión de derechos humanos” en *Dike. Revista del Centro*

de Investigaciones Juridicopolíticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la BUAP, Puebla, no. 12, pp. 49-76.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1988). *El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica*, Porto Alegre: Sergio A Fabria.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid-Bogotá: Trotta-ILSA.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, México-Bogotá: Siglo XXI-Universidad de los Andes.

WILFRED, Felix (2004). “¿Derechos humanos o los derechos de los pobres? Rescatando los derechos humanos de las inversiones contemporáneas”, en *Filosofía para la convivencia. Caminos de diálogo norte-sur*, Sevilla: MAD, pp. 321-336.

WOLKMER, Antonio Carlos (1993). “El pluralismo jurídico: Elementos para un ordenamiento alternativo” en *Crítica jurídica*, n. 13, México: UNAM, pp. 241-242.

WOLKMER, Antonio Carlos (2002). “Bases éticas para una juridicidad alternativa”, en Jesús Antonio de la Torre Rangel (Coord.), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México: UAA-ITESO-Porrúa.

WOLKMER, Antonio Carlos (2006a). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, San Luis Potosí: Univesidad Autónoma de San Luis Potosí-Comisión Estatal de Derechos Humanos.

WOLKMER, Antonio Carlos (2006b). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Sevilla: MAD, 2006.

La reforma constitucional como arma política: el caso mexicano

Por Roberto Mancilla

Introducción

El cambio es un aspecto necesario en la vida humana y social, las normas de cualquier estructura social deben de tomar en cuenta esto. Sin embargo, no todos los cambios son buenos y estas estructuras pueden ser mal utilizadas. Éste es el caso del procedimiento de reforma constitucional, el cual puede ser usado por mayorías políticas para lograr un cambio y endurecer políticas públicas de acuerdo con sus intereses. En el presente estudio, explicaremos cómo se ha puesto práctica este fenómeno en México, de forma exitosa durante décadas, para asegurar que los intereses de mayorías políticas—primero por el PRI y después por una coalición PRI-PAN- continúen libres de cualquier interrupción.

Dividiremos este trabajo en tres partes: la primera expondrá brevemente la situación política de México en el siglo anterior, comenzando con el surgimiento y la consolidación del Partido Revolucionario Institucional (PRI), fuerza política dominante por 70 años que perdió la presidencia contra el Partido Acción Nacional (PAN), para después regresar a la presidencia y tener una alianza extraoficial con el PAN. Para completar la parte introductoria, daremos un breve análisis tanto del procedimiento de reforma como a las consideraciones académicas acerca de la naturaleza del mismo.

En la segunda parte, presentaremos cuatro ejemplos de reformas constitucionales usadas como armas políticas y las maneras en las que se llevan a cabo. Primero comentaremos la reforma al artículo 123, relativa a los derechos de los trabajadores, en donde se instituyó un apartado B para crear excepciones a los derechos de los trabajadores al servicio del Estado (uso directo de la reforma). El segundo caso se encuentra relacionado con un cambio hecho en 2011 respecto a una muy necesaria reforma constitucional en materia penal, usada para aprobar la legalización del arraigo penal. Éste último había sido considerado inconstitucional por la Suprema Corte (uso indirecto de la reforma).

El tercer caso trata acerca de una enmienda hecha en 2014 respecto a los cambios en el uso del petróleo, anteriormente bajo el dominio exclusivo del Estado. En este ejemplo se usaron los transitorios constitucionales para establecer legislación secundaria (con jerarquía constitucional), en vez de aplicar los transitorios como corresponde al proceso. También abordaremos un ejemplo de una reforma constitucional local hecha bajo la premisa de cumplir un mandato federal con el fin de sincronizar elecciones locales con las federales, esto como consecuencia de una reforma constitucional federal. Este cambio a la Constitución de Veracruz fue un abuso competencial, se escogió la alternativa más ineficiente y se dificultaron las elecciones locales para los partidos minoritarios.

En resumen, veremos los usos de las reformas constitucionales como arma política: constitucionalizar políticas públicas inconstitucionales, evitar el control

constitucional, crear privilegios, entre otros casos. Por último, estudiaremos el control constitucional de reformas constitucionales, primero con la historia del juicio de amparo en el tema y posteriormente con las reformas hechas a la Ley de Amparo en las que se estableció como causal de improcedencia el pedir la inconstitucionalidad de una reforma constitucional.

1. Contexto histórico

El panorama político de México en el siglo XX fue dominado por el Partido Revolucionario Institucional (PRI), fundado en 1929 por Plutarco Elías Calles (presidente de 1924 a 1928), con el nombre Partido Nacional Revolucionario (PNR), para representar a las fuerzas que habían triunfado en la Revolución Mexicana y dar estabilidad al país por medio de la institucionalización de los acuerdos realizados en este conflicto, después de un periodo de inestabilidad y reyertas que incluyeron el asesinato del presidente electo Álvaro Obregón en 1928 (Storr, 2006).

Esta organización puede ser descrita como un partido de Estado, es decir, la fuerza política que determinó el rumbo y las metas del Estado Mexicano, por más de 70 años, hasta que perdiera la presidencia en el 2000. Este partido estaba apoyado por los sectores populares (trabajadores, jornaleros y empleados al servicio del Estado), funcionó como un abogado de la reforma (y por ende, “Revolucionario”) y como proveedor de estabilidad (ergo, institucional). La inclinación política de este partido se consideraba de centro-izquierda hasta los años 80 cuando empezó a girar hacia la derecha (Storr, 2006).

De 1928 a 1936, Plutarco Elías Calles mantuvo el poder por medio de presidentes serviles como Emilio Portes Gil, Pascual Ortiz Rubio y Abelardo L. Rodríguez en un periodo al que se le denomina el Maximato; en 1934, el general Lázaro Cárdenas del Río fue electo presidente y, después de algunos enfrentamientos con Calles, lo exilió; también arrestó o expulsó a sus seguidores. Ésta fue la presidencia más popular y exitosa del siglo XX, durante esta gestión el partido fue renombrado Partido de la Revolución Mexicana (PRM).

De 1940 a los años 70, el país experimentó un periodo de estabilidad y crecimiento económico conocido como el Milagro Mexicano, aunque tuvo periodos esporádicos (aunque fuertemente pronunciados) de conflicto político como lo fue la masacre estudiantil de 1968. En este periodo, México fue gobernado por presidentes priistas que eran electos por más del 74% del voto y eran designados por el presidente en el poder. El partido también controlaba el Senado de 64 escaños y cerca del 80 al 90 % de la Cámara de Diputados de 300 curules. Esto significaba que cualquier política pública mandada por el presidente era aprobada la mayor parte del tiempo (Storr, 2006).

Debido a una percepción generalizada de dominación total, por ende de una falta de democracia, se promulgó una reforma electoral en 1977 estableciendo 100 escaños adicionales a la Cámara de Diputados, asignados con base en una representación proporcional a todos los partidos con menos de 60 diputados; esto hizo que el control del PRI en la Cámara de Diputados bajara a 74% después de las elecciones

de 1979. Sin embargo, este porcentaje seguía siendo más que suficiente para pasar cualquier legislación (Storr, 2006).

De 1980 a 2000, México sufrió cambios importantes en la política económica y electoral: el país giró hacia políticas de libre mercado y agregó en 1986 otras 100 curules a la Cámara de Diputados, con 200 de los 500 escaños disponibles, siendo asignados a los partidos más pequeños con base en la representación proporcional. Esto dejó la base para que se llevaran elecciones más democráticas y plurales, y culminó con las elecciones legislativas de 1997, cuando el PRI perdió la mayoría en la Cámara de Diputados y su mayoría de dos tercios en el Senado, esto aunado a perder la primera elección de Jefe de Gobierno de la Ciudad de México (Storr, 2006).

En las elecciones del año 2000, el candidato de la oposición Vicente Fox Quesada, de la Alianza para el Cambio—una coalición entre el Partido Acción Nacional (PAN) y el Partido Verde Ecologista de México (PVEM)—, fue electo presidente, terminando así los 71 años de control priista de la presidencia. Al inicio del mandato de Fox, no existía un bloque de mayoría en ninguna de las cámaras; sin embargo, la coalición de Fox era mayor en la de Diputados, mientras que la del PRI lo era en el Senado. Esto daba como resultado una negociación constante para aprobar legislación y reformas constitucionales en una práctica que perdura hasta estos días (Storr, 2006).

Entre los partidos que se han opuesto al PRI, el Partido Acción Nacional es relevante en el presente artículo, pues mantuvo la presidencia de 2000 a 2012. Fue fundado en 1939 como una reacción conservadora al PRI, este partido siempre ha sido el más conservador del país, con una inclinación al libre mercado y a la Iglesia Católica (Storr, 2006).

En 2006, el presidente panista Felipe Calderón hizo de la lucha contra el crimen organizado una prioridad en su mandato, dando como resultado 60,000 muertos y más de 20,000 desaparecido; este fenómeno llevó a un descontento general aun con muchos de quienes inicialmente habían aprobado su idea. Dicha impopularidad resultó en una oportunidad aprovechada por el PRI, hecho que los llevó nuevamente a la presidencia con la elección de Enrique Peña Nieto; aun así esto no ha impedido las negociaciones y coaliciones extraoficiales que comúnmente tienen lugar entre el PRI y PAN (Storr, 2006).

2. Las reformas constitucionales como armas políticas

a. Estructura constitucional del procedimiento de reforma

Las reformas constitucionales se encuentran normadas por el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso,

harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Este procedimiento es rígido, requiere otro más complicado que el utilizado para crear y reformar legislación secundaria. Sin embargo, en la práctica, dicha rigidez ha sido ilusoria, la Constitución ha sido reformada 561 veces desde 1917 y el 80% de los artículos en la misma han sido cambiados 5 veces cada uno. Ésta es una de las constituciones más antiguas de Latinoamérica, pero ha sido la más reformada; de hecho, ha sido modificada dos veces más que otra constitución democrática en el mundo.¹

En sí, es una anomalía aparente cuando se trata de la dificultad en reformar. En una escala del 1 al 10, la constitución Latinoamericana promedio tiene un 4 y la mexicana un 7. Aun así, ésta última ha sido la más modificada². La razón de este fenómeno tiene su base en la estructura del sistema político: Al inicio, el dominio del PRI en el Congreso y en la presidencia, aunado a la lealtad de los sectores populares, le permitió al partido de Estado superar los obstáculos del procedimiento de reforma: a medida que el PRI cambió a políticas de libre mercado y hacia la derecha, encontró mucho en común con el PAN y, por ende, por medio de coaliciones, continuaron pasando reformas constitucionales, sólo que de forma más indirecta. Los ejemplos que proveeremos ilustrarán este cambio estratégico.

En cuanto a la naturaleza de las reformas constitucionales, es importante señalar una breve nota acerca de las posiciones académicas existentes, debido a que éstas han informado la opinión de los jueces que deciden si el control de reformas es posible. Primeramente, se ha sobrepensado la naturaleza del órgano que lleva a cabo la reforma: existe la posición de que hay un poder constituyente reformador. La posición del eminente jurista Jorge Carpizo resume la opinión general. Para él existe una diferencia entre constituyente (ilimitado) y constituido (limitado). Los poderes constituidos, de acuerdo con Carpizo, son el tribunal constitucional³, el ejecutivo, legislativo, el judicial y los órganos constitucionales autónomos (Carpizo, 2009).

Entre estos poderes, Carpizo establece una jerarquía cuando los divide en primario y secundario y coloca en el primer rubro al poder revisor y al tribunal constitucional. Por lo tanto, prevé las siguientes posibilidades (Carpizo, 2009):

- a) El tribunal guarda una jerarquía superior respecto al órgano revisor de la Constitución.
- b) El órgano revisor guarda una jerarquía superior respecto a la del tribunal constitucional.
- c) No existe una relación de jerarquía entre ellos, sino una cuestión de competencia. Cada uno puede realizar las funciones que expresamente le señale la Constitución.

1 Viridiana Ríos, Rarezas Constitucionales [Constitutional Rarities], NEXOS, <http://www.nexos.com.mx/?p=18391>

2 Id.

3 En México, la Suprema Corte es el supremo tribunal de legalidad y constitucionalidad.

Una opinión minoritaria, de mayor pragmatismo, contempla que la reforma constitucional conlleva solamente un procedimiento especial, no un órgano creado cada vez que se reforma la Constitución. Esto puede ser resumido por Cisneros Ramos (1967):

Por nuestra parte, en primer lugar, nos permitimos discrepar de la denominación que hace el maestro Tena Ramírez, de Poder Constituyente Permanente, porque propiamente nuestra Constitución no está estableciendo un órgano distinto o diferente de los órganos legislativos existentes, sino lo que hace es determinar un procedimiento especial, dilatado y complicado al exigir el voto de las dos terceras partes de los asistentes en el Congreso de la Unión y el voto de la mayoría de la Legislatura de los Estados para la procedencia de la reforma a adición propuesta, al que nos permitimos denominarle procedimiento de reforma constitucional.

b. El uso de la reforma constitucional como arma: 3 ejemplos

I. Enfoque directo: uso de reforma por medio de mayoría.

El primer ejemplo que analizaremos es aquel relativo al artículo 123, donde se establecen los derechos de los trabajadores. La Constitución Mexicana de 1917 fue la primera del mundo en establecer derechos sociales y este artículo fue pieza fundamental para ello. Su intención original era crear un marco general aplicable a todos los trabajadores sin excepción (Montejano, 2008). Esto vino como reacción a una gran desigualdad social que los trabajadores y jornaleros sufrieron durante el régimen de Porfirio Díaz. En 1960, durante la presidencia de Adolfo López Mateos, y con el respaldo del líder sindical Fidel Velázquez (2000), se dividió dicho artículo en apartados A y B: el primero se aplicaba a los trabajadores en general y el segundo a los trabajadores al servicio del estado.

El apartado B del artículo 123, en sus numerales XII y XIV, afecta los derechos de los trabajadores al servicio del Estado en dos aspectos: primero crea un sistema especial de tribunales laborales y remite los conflictos de los trabajadores del Poder Judicial al Consejo de la Judicatura, su órgano administrativo. En segundo lugar, crea una disminución de derechos para aquellos trabajadores estatales que son considerados de confianza. El contenido de dichos artículos se expresa de la forma siguiente:

XII. Los conflictos individuales, colectivos o intersindicales serán sometidos a un Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje integrado según lo prevenido en la ley reglamentaria.

Los conflictos entre el Poder Judicial de la Federación y sus servidores serán resueltos por el Consejo de la Judicatura Federal; los que se susciten entre la Suprema Corte de Justicia y sus empleados serán resueltos por esta última.

XIV. La ley determinará los cargos que serán considerados de confianza. Las personas que los desempeñen disfrutarán de las medidas de protección al salario y gozarán de los beneficios de la seguridad social.

En el derecho laboral mexicano existe una distinción entre trabajadores regulares y trabajadores de confianza; dicha diferencia se centra en que éste último tiene un tipo de relación especial con el patrón a razón de las funciones llevadas a cabo. Éstos tienen mayor grado de responsabilidad en el trabajo que realizan, en algunos casos representan los intereses del patrón(2000). A primera vista, pareciera que la fracción XIV del 123 apartado B consolida algunos derechos básicos de los trabajadores de confianza; sin embargo, al conjuntarlo con el artículo 8º de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, resulta ser lo contrario. Dicho dispositivo establece lo siguiente:

Artículo 8º. Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado. Para los efectos de esta disposición, se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio.

Esto implica que los trabajadores de confianza se encuentran excluidos de cada derecho establecido en el artículo 123 B, excepto por la protección del salario y la seguridad social; también significa que no tienen derecho a una compensación por despido (sea justificado o no), esto los priva de estabilidad en el lugar de trabajo. Estas reformas violan directamente el principio de igualdad y progresividad establecidos en el artículo 1º constitucional⁴:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, **cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece**⁵.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y **progresividad**. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Este primer principio consiste en el hecho de que los derechos y su protección sólo pueden aumentar, no disminuir; los derechos deben ser progresivos. Este principio puede ser extraído tanto por su mención en la ley, producto de una reforma hecha en 2011, como por el hecho de que la expresión en negritas subsiste del texto original de la Constitución y sólo puede ser limitado por el contenido del artículo 29, referente al estado de emergencia.

4 http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_100715.pdf

5 Énfasis añadido

Por otra parte, el principio de igualdad prohíbe la discriminación realizada por cualquier criterio que conlleve una violación a la dignidad humana o una disminución de derechos. Si existe una disminución de los derechos de los trabajadores de confianza, entonces una discriminación en base a la condición laboral tiene lugar. El texto del artículo 1º prosigue:

[...]

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o **cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas**⁶.

En el caso que hemos analizado, existe una reforma hecha de forma directa por el presidente, el PRI y Fidel Velázquez como el principal líder sindical de aquella época. En los días de gloria del PRI, una época de poder presidencial irrestricto, respaldado por todo tipo de intereses políticos, este tipo de reformas constitucionales por fuerza directa era común. Sin embargo, a medida que el poder del PRI disminuyó y el Partido Acción Nacional y el de la Revolución Democrática (PRD) fueron adquiriendo mayor protagonismo, el siguiente tipo de reformas constitucionales se hizo más común.

II. Enfoque indirecto #1: el uso de reformas necesarias como punto de inflexión. La reforma penal de 2008.

A diferencia del anterior tipo de reformas constitucionales, en las que se implica un asalto político frontal contra el cambio de la estructura del derecho laboral, por los años posteriores hasta la creación de dicho estudio, el siguiente ejemplo toma un enfoque indirecto. En junio de 2008, el presidente Felipe Calderón pasó un paquete de 10 reformas—siete lidiaban con derecho penal—llamadas colectivamente Reforma Constitucional en Materia de Seguridad Penal y Justicia. Ésta cambió el proceso penal de un modelo mixto inquisitivo a uno completamente adversarial, estableciendo 8 años para su implementación⁷.

Los artículos afectados fueron el 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; las fracciones VII del 115 y la XIII del 123, concretamente el apartado B. Muchos de estos cambios eran necesarios y tendían hacia el

6 Énfasis añadido.

7 Consejo de la Judicatura Federal, *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional*, <http://www.cjf.gob.mx/reformas/documentos/ElNuevoSistemaDeJusticiaPenalAcusatorio.pdf>.

incremento de la transparencia y eficiencia en el procedimiento penal. El artículo 20 establece los principios del proceso penal, los derechos de las víctimas y el acusado (entre ellos la presunción de inocencia) y un conjunto de procedimientos tendientes hacia la restitución del daño, la protección de la identidad de la víctima, seguridad, información personal y control sobre los actos del Ministerio Público.

Sin embargo, entre los cambios tan necesarios que se mencionan había dos contrarios al espíritu de la reforma. El primero se localiza en el artículo 16, en él se constitucionaliza el arraigo penal, a pesar de que había sido declarado inconstitucional anteriormente por la Suprema Corte; el segundo era el reforzamiento de la prisión preventiva, una medida cautelar que tiene el propósito de evitar que un indiciado evada la justicia, como último recurso.

La prisión preventiva es una medida que contraviene la presunción de inocencia y genera gran costo al Estado. La aplicación arbitraria de la prisión preventiva tuvo como consecuencia que para 2010 existiera un promedio de 90,000 personas en prisión, sin juicio; esto representaba el 42% de la población carcelaria del país y un gasto de 9, 750 millones de pesos por año, 62% del presupuesto federal asignado a seguridad públicas⁸. El texto del artículo 19 constitucional establece:

Article 19. [...]

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, **así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.**

Aunque la mayoría del artículo parece tener sentido, la vaguedad de lo que está en negritas le da a los jueces y ministerios públicos mucha libertad de acción para implementar la prisión preventiva y, por ende, da paso al problema antes mencionado, sobre todo en una época donde la corrupción está rampante y los crímenes y violencia relacionadas con las drogas se encuentran al alza, a un ritmo intolerable.

Como habíamos mencionado con anterioridad, el arraigo penal fue declarado inconstitucional por el Pleno de la Suprema Corte en varios precedentes aislados que han quedado como históricos ante la reforma antes comentada. A continuación se cita el siguiente fragmento:

8 Instituto de Investigación de Justicia Procesal Penal “Presunción de Inocencia”, *¿Cuanto cuesta la prisión sin condena? [How much does prison without trial costs?]* <http://www.presunciondeinocencia.org.mx/biblioteca-acervo/81-para-present-commodo-velit-in-neque-rhoncus-porttitor-3>.

ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, **se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días**, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad. Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Diputados integrantes de la Sexagésima

Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 19 de septiembre de 2005. Mayoría de cinco votos. Ausentes: José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza. **(Énfasis añadido).**

El artículo 16 establece los términos del arraigo:

Article 16. [...]

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, **podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días**, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. **En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.**

Al agregarse al artículo 16, el arraigo penal regresó más fuerte que nunca: de los 30 días antes establecidos, se hizo una extensión a un término de 40 a 80 días. Esto trae consigo diversos problemas en potencia: su mal uso, posibles violaciones a la presunción de inocencia, además que en el término ampliado se da tiempo para curar heridas que pudieran presentarse en un interrogatorio.

Usando la reforma penal como palanca, la prisión preventiva y el arraigo penal fueron agregados a los artículos 16 y 19 respectivamente y, por ende, nos encontramos ante un uso indirecto de la reforma constitucional como arma política para pasar instrumentos penales que han llevado a grandes abusos y gastos por parte del Estado. Éste es uno de los muchos ejemplos de una táctica que se volvió común durante la presidencia de Felié Calderón⁹ y aún persiste en la administración actual de Enrique Peña Nieto, con algunas mejoras, como lo mostraremos en el siguiente ejemplo.

III. Enfoque indirecto #2: El uso de transitorios constitucionales

1. Contexto histórico

En el texto original de la Constitución Mexicana de 1917, el artículo 27 establecía el dominio de la nación sobre todos los minerales—entre ellos el petróleo y todo hidrocarburo—y le daba al presidente el poder de permitir que los particulares pudieran extraerlos por medio de una concesión o permiso. En diciembre de 1938, el presidente Lázaro Cárdenas reformó la Constitución para suprimir toda concesión, la explotación de hidrocarburos era derecho exclusivo del Estado aunque en la legislación secundaria se permitían contratos y concesiones.

⁹ Durante su mandato, Calderón promulgó 110 reformas constitucionales, 1/5 del total de los cambios constitucionales realizados desde 1917. Véase <http://www.nexos.com.mx/?p=18391>.

Además, Lázaro Cárdenas expropió los bienes de compañías extranjeras operando en territorio nacional y creó Petróleos Mexicanos (en lo sucesivo PEMEX), una compañía estatal para la explotación de hidrocarburos y petróleo, que con el tiempo se volvió una de las más grandes compañías en el mundo y le dio al gobierno una tercera parte de sus ingresos por medio de impuestos. En 1960, se reformó la Constitución para prohibir la celebración de contratos; en 1983 se hicieron reformas a los artículos 25, 26, 27 y 28 para establecer que las funciones exclusivas ejercidas por el Estado, en materia de petróleo e hidrocarburos, no constituía un monopolio.

El 20 de diciembre de 2013, el presidente Enrique Peña Nieto promulgó una controversial reforma energética por medio de la modificación a los párrafos cuarto, sexto y octavo del artículo 15, párrafo sexto del artículo 27, párrafos cuarto y sexto del 28. Se adhirió también un párrafo séptimo al artículo 17 y un octavo al 29 de la Constitución.

Dentro de estos numerales se hicieron una serie de modificaciones. Se removió la prohibición de contratar con particulares, se reclasificaron a la petroquímica básica como área estratégica fuera del monopolio estatal, por ende permitiendo participación directa de los particulares bajo el marco que la legislación secundaria establece. Se reestructuró PEMEX en dos divisiones: Exploracion y Produccion y Transformacion Industrial.

A partir de lo anterior, se crea un mercado para la generación de energía eléctrica, pero el Estado mantiene control del sistema eléctrico nacional y la exclusividad en la transmisión y distribución de la energía como un servicio público indispensable; las energías renovables a gran escala son agregadas al modelo. Se le da a la Comisión Federal de Electricidad mayor libertad en la operación y logística y se transforma, junto a PEMEX, en empresa productiva del Estado. Este tipo de órgano es uno de naturaleza descentralizada por medio del cual el gobierno federal tiene bajo su autoridad la explotación de áreas estratégicas.

La Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía, alguna vez órganos con autonomía técnica, pasan a ser órganos descentralizados de la Secretaría de Energía, aunque con personalidad jurídica y autonomía técnica y administrativa. Se crean tres órganos más: el Centro Nacional de Control de Gas Natural, el Fondo Mexicano del Petróleo y el Centro Nacional de Control de Energía.

2. La naturaleza jurídica de las normas transitorias

Antes de proseguir en nuestro análisis, es necesario dejar claro qué es una norma transitoria y cuál es su estructura. En su definición más simple, una norma es un acto de voluntad que resulta en una orden, un permiso o la derogación de otra norma; cualesquiera que sean los contenidos de una norma, éstos pueden ser expresados en la fórmula siguiente: si A es, debe ser B. El deber ser es el contenido del acto de voluntad (Kelsen, 1990).

Tomando en cuenta la clásica fórmula de Kelsen “Si A es, debe ser B”, la norma jurídica tiene dos elementos: hipótesis y consecuencias. Las primeras son los

posibles casos o circunstancias que, de ser actualizadas, producirán una consecuencia de derecho; ésta última es una mera idea que no tiene efectos por sí sola, más bien comprende situaciones jurídicas específicas que tendrán lugar cuando las condiciones marcadas por la norma se den y sean determinados en la norma, junto con los sujetos involucrados (Villegas, 1967).

Una norma regular tiene una hipótesis normativa. Ésta última es abstracta y por ello persiste en el futuro siempre y cuando exista una situación que pueda actualizarla. Por otro lado, una norma transitoria es una donde la hipótesis es un hecho concreto, uno que ha sucedido o cuya realización es inminente, ergo, está destinada a tener una duración específica, puede no estar establecida de antemano, sino que la norma deja de existir en el momento en que su objeto se cumple por medio del paso del tiempo. Esto puede ser entendido como transitoriedad.

Las normas transitorias tienen como hipótesis la implementación de una norma dentro de un ordenamiento existente; una vez que esto sucede, la norma transitoria pierde efectividad y deja de existir-carece de propósito- a pesar de que continúe incorporada al texto constitucional. Las normas transitorias que están incorporadas a una constitución poseen la misma supremacía que dicho cuerpo normativo, esto a razón del principio de unidad de la Constitución, el cual establece: “La norma constitucional no se puede interpretar en forma aislada, sino que debe considerarse dentro del conjunto constitucional” (Vladimiro, 2006).

Arteaga Nava hace los siguientes comentarios sobre la naturaleza de la norma constitucional transitoria (Nava, 1999):

En lo relativo a las normas constitucionales transitorias puede afirmarse que, en general, se trata de principios secundarios que se elevan a rango constitucional por el solo hecho de agregarse a la carta magna. Son normas de naturaleza accesorias; existen por que hay un texto principal; dejen de ser en el momento en que desaparezca. No puede pretenderse darles validez independiente. No existe un derecho transitorio autónomo que exista por sí y aplicable a todo tipo de constituciones.

3. Los transitorios constitucionales como armas políticas

La reforma constitucional en materia de petróleo y energéticos tiene 21 normas transitorias encargadas de su implementación. Sin embargo, no todas son puramente transitorias, muchas crean reglas generales y funcionan más como legislación secundaria. En el primer párrafo del cuatro transitorio, se establece un marco temporal para la adecuación al ordenamiento normativo existente; en el segundo párrafo, que establece las modalidades de las empresas productivas, es diferente, a pesar de remitir a la legislación secundaria, establece un mínimo de modalidades, lo cual excede lo estipulado por la norma general y resulta, como se dijo, en una legislación secundaria, no en una norma pasajera.

Cuarto. [...]

La ley establecerá las modalidades de las contraprestaciones que pagará el Estado a sus empresas productivas o a los particulares por

virtud de las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos que hagan por cuenta de la Nación. Entre otras modalidades de contraprestaciones, deberán regularse las siguientes¹⁰: I) en efectivo, para los contratos de servicios; II) con un porcentaje de la utilidad, para los contratos de utilidad compartida; III) con un porcentaje de la producción obtenida, para los contratos de producción compartida; IV) con la transmisión onerosa de los hidrocarburos una vez que hayan sido extraídos del subsuelo, para los contratos de licencia, o V) cualquier combinación de las anteriores. La Nación escogerá la modalidad de contraprestación atendiendo siempre a maximizar los ingresos para lograr el mayor beneficio para el desarrollo de largo plazo. Asimismo, la ley establecerá las contraprestaciones y contribuciones a cargo de las empresas productivas del Estado o los particulares y regulará los casos en que se les impondrá el pago a favor de la Nación por los productos extraídos que se les transfieran.

La estructura del segundo párrafo del cuatro transitorio muestra que no hay una división clara entre norma general puesta en los transitorios y una norma que verdaderamente ostente este carácter. Se puede dar el caso en que se ponga de forma sigilosa una norma general dentro de la sección de transitorios o se mezclen transitorios y normas generales.

En el décimo transitorio, se establece una obligación al Congreso de hacer adecuaciones que establezcan las atribuciones de las dependencias y órganos de la Administración Pública Federal en materia de energía y petróleo. Sin embargo, en realidad, esto resulta ser una norma secundaria disfrazada, puesto que se han establecido de antemano. En los últimos dos párrafos, se establece que la ley deberá contener mecanismos sancionadores dentro de los órganos en materia de energéticos y de su cooperación con la Administración Pública Federal:

Décimo. Dentro del plazo previsto en el transitorio cuarto del presente Decreto, el Congreso de la Unión realizará las adecuaciones que resulten necesarias al marco jurídico a fin de establecer, entre otras, las siguientes atribuciones de las dependencias y órganos de la Administración Pública Federal:

- a) A la Secretaría del ramo en materia de Energía: ...
- b) A la Comisión Nacional de Hidrocarburos: ...
- c) A la Comisión Reguladora de Energía: ...
- d) A la Secretaría del ramo en materia de Hacienda ...

La ley establecerá los actos u omisiones que den lugar a la imposición de sanciones, el procedimiento para ello, así como las atribuciones de cada dependencia u órgano para imponerlas y ejecutarlas. Lo anterior, sin perjuicio de las demás facultades que a dichas autoridades les otorguen las leyes, en estas materias.

La ley definirá los mecanismos para garantizar la coordinación entre los órganos reguladores en materia de energía y la Administración Pública Federal, para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, emitan sus actos y resoluciones de conformidad con las políticas públicas del Ejecutivo Federal.

Por último, existen normas como el treceavo transitorio, ésta establece la elección de los comisionados de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y de la Comisión Reguladora de Energía, ambos abiertamente regulatorios y cuyos contenidos no son para nada los de una norma transitoria.

Décimo Tercero. En el plazo de ciento veinte días naturales siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto, el Congreso de la Unión realizará las adecuaciones al marco jurídico, a fin de establecer que los comisionados de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y de la Comisión Reguladora de Energía sólo podrán ser removidos de su cargo por las causas graves que se establezcan al efecto; que podrán ser designados, nuevamente, por única ocasión para cubrir un segundo período, y que su renovación se llevará a cabo de forma escalonada, a fin de asegurar el debido ejercicio de sus atribuciones.

Los actuales comisionados concluirán los periodos para los que fueron nombrados, sujetándose a lo dispuesto en el párrafo anterior. Para nombrar a los comisionados de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y de la Comisión Reguladora de Energía, el Presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al comisionado que deberá cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si el Senado no resolviere dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de comisionado la persona que, dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.

En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Presidente de la República, someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna designe el Presidente de la República.

Se nombrarán dos nuevos comisionados por cada Comisión, de manera escalonada, en los términos de los dos párrafos anteriores.

En estos casos, las normas transitorias como armas políticas son aquellas en las que una norma general se pone en vez de una norma específica y cesará una vez cumplido su propósito; esto significa que, a pesar de estar en la parte de los transitorios de la Constitución, en realidad son otra parte de la misma y, por ende, pueden ponerse para establecer legislación respecto a lo principal del corpus constitucional y, como son parte del mismo, poseen supremacía y no pueden ser declaradas inconstitucionales, sino en virtud de otra reforma constitucional.

4. Transitorios constitucionales locales como armas políticas: El caso de Veracruz

Un giro interesante en el uso de reformas constitucionales se dio recientemente en el Estado de Veracruz, donde una reforma constitucional fue usada para abusar del poder bajo la excusa de cumplir un mandato constitucional. En Febrero 10 de 2014, hubo una reforma electoral que resultó en cambios a los artículos 26, 28, 29, 35, 41, 54, 55, 59, 65, 69, 73, 74, 76, 78, 82, 83, 84, 89, 90, 93, 95, 99, 102, 105, 107, 110, 111, 115, 116, 119 y 122 de la Constitución. Entre otras cosas, el Instituto Federal Electoral (IFE) fue reconstituido como el Instituto Nacional Electoral (INE); se permitió la reelección en diputados y senadores federales, así como en diputados locales y alcaldes, entre otras medidas¹¹.

En el segundo artículo transitorio de dicha reforma, hubo un mandato al Congreso de la Unión para crear normas previstas por el artículo 73 XXI a) y XXIX-U a más tardar para el 30 de Abril de 2014; en éste se regulaban los procedimientos electorales, específicamente, la convergencia entre elecciones locales y federales en el primer domingo de junio del año correspondiente a partir de 2015, excepto por aquellos que tuvieran lugar en 2018, los cuales serán celebrados el primer domingo de julio.

Por medio de un procedimiento especial de enmienda contenido en el artículo 84 de la Constitución de Veracruz—se establece entre otras cosas para adaptar de forma expedita la Constitución local a los cambios hechos en la federal—se debatieron y aprobaron ciertos cambios. Para adaptar las elecciones locales a la federal, el cuarto transitorio de la reforma establece que el gobernador a elegir para el año 2016 duraría del primero de diciembre de ese año al 30 de noviembre de 2018. Esto fue promulgado por la Gaceta Legislativa en su decreto 536 y publicado en el número extraordinario 014 de la Gaceta Oficial el 9 de enero de 2015¹².

Durante el procedimiento de reforma, las Comisiones de Justicia y Puntos Constitucionales y Organización Política y Procesos Electorales racionalizaron que las elecciones locales debieran coincidir con uno de los dos periodos electorales federales (2015 para la Cámara de Diputados y 2018 para Presidente y el Congreso de la Unión); por ende, acortaron su periodo de funciones y decidieron que para el gobernador, las elecciones debieran tener lugar en el mismo periodo que para el presidente. Se consideraron tres propuestas¹³:

11 Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Resumen de la Reforma Política Electoral [Summary of the Political-Electoral Reforms]*, <http://portales.te.gob.mx/consultareforma2014/node/2898>.

12 Gaceta Oficial. Número Extraordinario 014, Organo del Gobierno del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave [Official Gazette, Extraordinary Number 014, Organ of the Government of the State of Veracruz de Ignacio de la Llave], January 9 2015, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Veracruz/wo100153.pdf>.

13 LXIII Legislatura, H. Congreso del Estado de Veracruz, Version estenografica de la sexta session ordinaria del primer periodo de sesiones ordinarias del segundo año de ejercicio constitucional [Stenographic Version of the sixth session of the first period of ordinary sessions of the second year of the

- Elegir un gobernador en 2016 para un periodo de dos años que concluía en el 30 de noviembre de 2018. Esto fue propuesto por el PAN.
- Hacer una elección indirecta en el Congreso del Estado para un gobernador interino, a fin de evitar los gastos que conlleva una elección de esa magnitud. Propuesta por PRD y Movimiento Ciudadano.
- Elegir un gobernador en 2016 para un periodo de cinco años, para hacerlas coincidir con las elecciones de la Cámara de Diputados en 2021. Propuesto por Movimiento Ciudadano.

El Congreso del Estado escogió la primera opción con el razonamiento de que a pesar de los costos sociales, económicos y políticos, era mejor atender a la voluntad popular para escoger un gobernador transicional; aunado a lo anterior, también razonaron que elegir a un gobernador en el mismo periodo presidencial, era mejor para la coordinación de políticas públicas¹⁴. Teniendo varias opciones delante de sí, la legislatura estatal (dominada por el PAN y el PRI) escogió implementar el mandato constitucional federal por medio de la opción más costosa e ineficiente.

A pesar de cumplir, en apariencia, el mandato constitucional de empatar las elecciones locales con las federales, esto se hizo de una forma que viola el artículo 41 de la Constitución Federal, específicamente en su fracción II, donde se establece el principio de equidad de la contienda¹⁵:

Artículo 41. [...]

I. [...]

II. La ley garantizará que los partidos políticos nacionales cuenten de manera equitativa con elementos para llevar a cabo sus actividades¹⁶ y señalará las reglas a que se sujetará el financiamiento de los propios partidos y sus campañas electorales, debiendo garantizar que los recursos públicos prevalezcan sobre los de origen privado.

Dicho principio viene también incluido en el artículo 79 de la Constitución de Veracruz, en la forma de un límite a la actuación de los servidores públicos del Estado, no solo en lo referente al reparto de recursos entre partidos:

Artículo 79. Los servidores públicos tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos¹⁷.

[...]

constitutional term], December 11 2014. http://www.legisver.gob.mx/VersionEstenografica/versionL.XIII/Version_11Dic14.pdf.

14 Id.

15 http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_100715.pdf.

16 Énfasis añadido.

17 Énfasis añadido.

Se da una elección inequitativa cuando la duración del puesto de gobernador es tan corta y no todos los partidos se pueden dar el lujo de gastar una cantidad fuerte de dinero en una campaña de esta índole. Esto es algo que sólo partidos grandes y con suficiente representación como el PRI y el PAN pueden llevar a cabo¹⁸. Esta reforma a la Constitución del Estado es parte de una táctica política donde, bajo el auspicio de un mandato constitucional, existe un abuso competencial por parte de la legislatura y deriva en un uso innecesario de recursos en la organización de una elección que busca la convergencia de la elección presidencial y de gobernador; pudo haberse escogido una opción menos costosa económica y políticamente. Estas normas transitorias fueron impugnadas por acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, admitida con el número 13/2015, y posteriormente desechada¹⁹.

b. Algunos usos de la reforma constitucional como arma política

En esta sección vamos a derivar lecciones respecto de la naturaleza de las reformas constitucionales como táctica política y lo que con ellas se puede hacer para favorecer a un interés político particular:

- **Constitucionalización de lo inconstitucional:** se pueden legalizar políticas públicas e instrumentos considerados contrarios a la Constitución al agregarlos a su cuerpo normativo. Ejemplo de lo anterior fue la constitucionalización del arraigo en el sexenio del Presidente Calderón.
- **Deconstitucionalización de artículos existentes:** de la misma forma, se puede usar el cambio constitucional para remover políticas públicas no deseadas. Por ejemplo, la eventual remoción de la política petrolera nacionalizada que fue instituida por el Presidente Cárdenas.
- **Evitar control constitucional:** debido a la jerarquía suprema que tiene el texto de la Constitución, los jueces, magistrados y ministros siempre han dudado en conocer el control de reformas. Cuando lo han hecho, ha sido por aspectos formales, esto protege los intereses de quienes propugnan la reforma.
- **Crear ventajas y privilegios:** los cambios a la constitución también se pueden usar para instituir una posición de privilegio para la élite política. El ejemplo por excelencia es la creación del apartado B del artículo 123. Abarató el costo de despedir trabajadores al servicio del Estado y permitió la creación de cortes burocráticas afines a los intereses del gobierno.
- **Endurecimiento de políticas públicas:** por otra parte, las caracte-

18 De los 50 diputados que comprenden el Congreso del Estado de Veracruz, el PRI tiene 27, el PVEM- que suele coaligarse al primero- tiene 6 y el PAN tiene 10. Tomado del Directorio de la Legislatura: <http://www.legisver.gob.mx/?p=dip&leg=63>.

19 La Jornada, *SCJN aprueba homologar agenda electoral de Veracruz con la federal* <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2015/06/11/scjn-aprueba-homologar-agenda-electoral-de-veracruz-con-la-federal-6751.html>.

terísticas anteriores hacen casi imposible que minorías políticas puedan revertir los cambios hechos a corto o mediano plazo, pues se requiere de un gran esfuerzo político.

c. Historia del control constitucional de reformas constitucionales

En esta sección se realiza una reseña histórica de los intentos de invalidar reformas constitucionales por medio de las cortes, así como la ambivalencia de la Suprema Corte y las respuestas políticas a este proceso. Antes de entrar al tema, es necesario dar un poco de contexto sobre la naturaleza del control constitucional en México. Existen tres instrumentos relevantes para el posible control constitucional de las reformas: el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional.

El juicio de amparo es el instrumento de control constitucional más querido por la profesión jurídica y data de 1840, consiste en una demanda de protección individual de derechos capaz de declarar inconstitucional casi cualquier acto de autoridad. Desde 1936 ha tenido una ley. Ésta establecía que como parte de sus efectos- aun cuando se ejerciera en contra de normas generales- solo podía surtir entre las partes; esto también implicaba la posibilidad de implementar políticas públicas y, a pesar de que hubiera sendas demandas, podía perdurar al largo plazo.

La controversia constitucional fue establecida junto con el juicio de amparo en la Constitución 1917, sin embargo, a diferencia del anterior, no tuvo un sustento en la legislación hasta 1994. Hasta ese momento se había usado de forma supletoria el Código Federal de Procedimientos Civiles. Lo anterior implica que su uso fue severamente limitado: sólo se ejerció este instrumento 24 durante este periodo²⁰. Es una demanda hecha por un órgano de gobierno, listado en el artículo 105 constitucional, cuando se ve afectado en sus competencias por los actos de otro; se trata de una demanda por conflicto entre poderes.

En 1994, el presidente Ernesto Zedillo reformó la Constitución y legislación secundaria, y se hicieron cambios relevantes sobre la estructura de la Suprema Corte y los instrumentos de control constitucional. Se cambió la configuración de la Corte de 21 a 11 ministros y se acortó la duración del encargo, de un cargo vitalicio a un nombramiento de 15 años; también se instituyó la acción de inconstitucionalidad en el artículo 105, fracción II, y se creó una legislación reglamentaria para ella y la controversia constitucional.

Por último, la acción de inconstitucionalidad es un instrumento abstracto (no se requiere una lesión jurídica) y puede llevarse a cabo por una minoría legislativa o partido político en materia electoral en contra de una ley que se considere inconstitucional. La naturaleza de los instrumentos antes enunciados implica que el control constitucional de reformas fue limitado. Antes de 2012, un amparo sólo implicaba la

20 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Índice de Controversias Constitucionales resueltas de 1917 a 1994* https://www.scjn.gob.mx/pleno/paginas/ControvConsti1917_1994.aspx.

falta de aplicación en los contenidos de la norma al individuo que litigó y ganó; las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales solamente tienen efectos generales si tienen el voto de más de 8 ministros, suceso poco probable debido a que la votación en este tipo de asuntos es divisiva.

Cualquier intento de impugnar reformas constitucionales suele ser desechado por los jueces, sobre todo en los tiempos de gloria del PRI, cuando la Suprema Corte era afín a las políticas del presidente. El primer precedente que pudimos encontrar fue en la demanda de amparo hecha por Ramón Sánchez Medal y Vicente Aguinaco Alemán el 14 de Diciembre de 1982, en contra de la nacionalización de la banca. Ésta fue admitida bajo el rubro 410/82 (Medal, 1988), pero después fue rechazada en un nivel superior por el Primer Tribunal Colegiado Administrativo del Primer Circuito, dejando la tesis aislada.

En 1998, el Pleno de la Suprema Corte estableció el primer precedente a favor de la procedencia del juicio de amparo en contra de reformas constitucionales. A este caso notable se le conoce como el Amparo Camacho, en nombre de Manuel Camacho Solís, quien intentó repeler una reforma constitucional hecha para prevenir la elección de un antiguo Jefe del Departamento del Distrito Federal a la entonces recientemente creada posición de Jefe de Gobierno del Distrito Federal²¹.

Este precedente aislado fue interrumpido por la única jurisprudencia completamente integrada en la materia, hecha en la controversia constitucional 82/2001²². Nuevas resoluciones no vinieron hasta junio de 2008, cuando la Suprema Corte se encontraba trabajando laboriosamente para decir “No”, pues estableció tres tesis aisladas en las resoluciones 168 y 168/2007²³. A pesar de lo anterior, la Corte cambió de parecer, no pasaron 2 meses cuando una demanda de amparo del Centro Empre-

21 REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. PROCEDE POR VIOLACIÓN A DERECHOS POLÍTICOS ASOCIADOS CON GARANTÍAS INDIVIDUALES. <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/193/193250.pdf>

22 PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/1000/1000492.pdf>

23 ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. NO ES LA VÍA IDÓNEA PARA EJERCER EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS O RESPECTO DEL CONTENIDO DE LAS REFORMAS RELATIVAS. <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/167/167591.pdf>. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. AL NO SER LA VÍA PARA IMPUGNAR REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN NO TIENE COMPETENCIA PARA CONOCER DE ELLA. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/167/167599.pdf>. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO PUEDE CONSIDERARSE COMO LEY NI CONFERIRSELE UN ÁMBITO FEDERAL O LOCAL Y, MENOS AÚN, CLASIFICARSE EN UNA MATERIA EN CONCRETO, PARA LA PROCEDENCIA DE DICHA VÍA. <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/167/167595.pdf>

sarial Jalisco produjo dos tesis aisladas; impugnaban una reforma constitucional que prohibía a los particulares y partidos políticos contratar publicidad durante época de campaña²⁴.

En la historia del control constitucional de reformas, existe una marcada tendencia que se resume en lo siguiente: cuando la Suprema Corte ha establecido la precedencia del control constitucional de reformas, lo ha hecho bajo la premisa de proteger derechos individuales-los derechos políticos no eran considerados como tales, se encontraban en un capítulo diferente a la carta de derechos- y por aspectos formales, no de fondo; es decir, sólo cuando el procedimiento de reforma tiene un vicio que no le permite integrarse al corpus constitucional. Aunado a lo anterior, el Reformador Constitucional y el proceso de reforma son limitados y por ello sujetos de control.

Por otra parte, cuando la Suprema Corte ha decidido que el control constitucional es improcedente, lo ha hecho bajo los argumentos siguientes: el Constituyente Reformador y el procedimiento que lleva a cabo son ilimitados, la falta de jurisdicción o improcedencia del instrumento (acción de inconstitucionalidad), o decir que la Constitución no es ley para efectos del control constitucional.

En 2012, después de años de debates y propuestas fallidas, se abrogó la Ley de Amparo de 1936 y en su lugar se hizo una nueva ley que vino a renovar el procedimiento, resolviendo problemas diversos. Entre otras cosas, le dio efectos generales al amparo e hizo posible la existencia de acciones colectivas, entre otras medidas. Sin embargo, como lo hizo en su momento Calderón con su táctica indirecta para la prisión preventiva y el arraigo penal, Peña Nieto ocultó bajo una ley muy necesaria, una causal de improcedencia que opera en contra de impugnaciones a reformas²⁵. A saber, la ley dice:

Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente:

I. Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

[...]

El juicio de amparo no puede ser utilizado para el control constitucional de reformas. Si tomamos en cuenta que las tesis aisladas, y capaces de permitir la posibilidad de controlar reformas, fueron producto de juicios de amparo, además que la Suprema Corte se ha eximido sistemáticamente de conocer este tipo de control en

24 PROCEDIMIENTO DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. NO ES MANIFIESTA NI INDUDABLE LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO EN SU CONTRA. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/165/165708.pdf>; PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN. EL PROCEDIMIENTO REFORMATARIO RELATIVO EMANADO DE ESTE ÓRGANO CON FACULTADES LIMITADAS, ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL. <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/165/165713.pdf>.

25 Canal Judicial, *En qué consiste la Reforma a la Ley de Amparo?*, <https://canaljudicial.wordpress.com/2011/06/03/en-que-consiste-la-reforma-a-la-ley-de-amparo/>.

acción de inconstitucionalidad y controversia constitucional, podemos concluir que las reformas constitucionales se encuentran blindadas de todo control.

Se requeriría un gran descontento popular y fuerte presión política para lograr que la Suprema Corte cambiara de parecer. Aun si esto se lograra, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales se encuentran severamente limitadas en su alcance, sólo pueden defender las competencias o intereses de órganos de gobierno y no tutelan los derechos de los particulares. Lo anterior comprende entonces un arma política que permite a la estructura política ser grandemente inequitativa y abre un camino donde la República puede empujarse nuevamente hacia la oligarquía, como lo fue en los tiempos del viejo PRI.

Conclusiones

PRIMERA. La dominación política total puede sobreponerse a casi cualquier limitación al procedimiento de reforma. Esto explica cómo una constitución que tiene un procedimiento rígido ha sido modificada más de 500 veces.

SEGUNDA. Los procedimientos de reforma presuponen la existencia de una democracia. Su uso, de acuerdo con la forma expuesta en el presente análisis, parece indicar la existencia de una oligarquía.

TERCERA. Hay una correlación directa entre los recursos políticos y el enfoque utilizado en la reforma. A mayores recursos, se tomará un enfoque directo, usando la fuerza bruta; menos capacidad llevará a medidas indirectas: el uso de reformas como palanca o el crear leyes en normas transitorias constitucionales.

CUARTO. Las reformas constitucionales como arma política tienen los siguientes usos: 1) constitucionalización de lo inconstitucional; 2) deconstitucionalización de políticas existentes; 3) quitar políticas de la injerencia judicial y control constitucional; 4) creación de ventajas y privilegios; 5) endurecimiento de políticas públicas.

QUINTO. Los jueces pueden permitir o no el control de reformas al permitir o no la admisión de demandas.

SIXTH. Cuando se ha declarado la admisibilidad del control constitucional, los jueces tienden a enfocarse en aspectos formales y vicios legislativos, en vez de incurrir en un análisis de fondo. Un vicio formal se extiende a toda la reforma y por ello resulta más peligroso de invalidar, debido a que los acuerdos políticos para lograr reformas son muy delicados y pueden no volverse a presentar. Esto no sucede necesariamente con una inconstitucionalidad material.

SEPTIMO. Es difícil implementar los instrumentos de control constitucional a las reformas constitucionales; una alternativa mejor sería crear procedimientos especiales.

Bibliografía

Carpizo, Jorge. (2009). El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional [The constitutional tribunal and the review of constitutional amendments], Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLII, num. 125.

Cisneros Ramos, Carlos Francisco. (1967). The title of the article cannot be found, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UANL, t. I, Sep-Nov.

Consejo de la Judicatura Federal, El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio,

desde la Perspectiva Constitucional, En línea en: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/documentos/ElnuevosistemadeJusticiaPenalAcusatorio.pdf>.

Elisur Arteaga Nava . (1999) Derecho constitucional 240, 2nd. ed., Oxford, México.

Kelsen, Hans. (1990). General Theory of Norms, xxxii, xxxviii. Oxford Univesity Press, New York.

Montejano, Claudia. (2008). Estudio de antecedents, derecho comparado y de las iniciativas presentadas. Centro de Documentacion, Informacion y Análisis, Cámara de Diputados. En línea en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-13-08.pdf>.

Rafael Rojina Villegas. (1967). Introducción al estudio del derecho. 2nd ed., Porrúa, México.

Ramón Sánchez Meda. (1988)., El fraude a la Constitución y el único amparo en México contra una reforma demolitoria de la Constitución, 93, Porrúa, México.

Vladimiro Naranjo Mesa. (2006). Teoría constitucional e instituciones políticas. 10th ed, Bogotá, Temis.

Viridiana Ríos. (2014) Rarezas Constitucionales [Constitutional Rarities], Nexos. En línea en <http://www.nexos.com.mx/?p=18391>.

Principios que rigen la actividad administrativa venezolana

Por Ramón Andrés Salas Flores

1.- Administración pública

En un sentido lato, la Administración puede ser definida como la regulación de los asuntos públicos o privados según el principio de utilidad. Para el campo de la actuación estatal, tal y como recoge la doctrina, la Administración es, en esencia un ejercicio de poder; por ello, la norma rectora de la Administración Pública es el principio de utilidad y la voluntad de lograr resultados prácticos mediante la aplicación de los medios más eficaces; es por ello que para los sistemas totalitarios, la Administración Pública no limitada por el derecho es puro imperio de poder, y en consecuencia un Estado puramente administrativo, tiende a borrar la diferencia entre poder y derecho y hacer así nula y carente de sentido la noción de derecho, si el principio que va a regir por encima de un cuerpo determinado de normas se sustituye por la discrecionalidad funcional, por lo que una comunidad que deje de percibir la diferencia entre regulaciones administrativas y jurídicas, puede perder fácilmente su libertad y su derecho, aun sin darse cuenta de ello.

Para una mayor ahondamiento a lo que antecede, en su ponencia denominada “*Responsabilidad Patrimonial de la Administración*” en los XXV Cursos de Especialización en Derecho efectuados en la Universidad de Salamanca el 17-06-2009, el Dr. LUIS MARTÍN REBOLLO señaló que

La Administración es el Estado que actúa (entendiendo por Estado una acepción amplia omnicompreensiva de todos los servicios públicos), que interviene en aplicación de la ley, por cuanto la Administración sólo puede hacer lo que le permite la ley; de allí se deriva el deber de motivar su actuación; la administración actúa, interviene en la vida social y económica¹ (vigila, inspecciona, autoriza, prohíbe, concede, sanciona, presta servicios, etc); eso la diferencia de los particulares que tienen libertad y por tanto pueden hacer todo lo que la ley no prohíba.

En concordancia con lo que antecede, el concepto de función estatal ha venido a reemplazar o perfeccionar la teoría de la división de poderes (que en el caso venezolano a partir de 1999 se dividen en: Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y Moral), y a su vez, la doctrina administrativa se refiere a la Administración Pública

1 Y lo hace “Con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” (Art. 103 C.E.) y 137 de la CRBV; es decir, la legalidad administrativa, es contentiva de dos principios institucionales: Los esenciales (eficacia/eficiencia, competencia, jerarquía y coordinación) y los Modelos organizativos (centralización, descentralización y desconcentración), siguiendo unas pautas, formas y reglas procedimentales, sometidas a su vez al control jurisdiccional.

en cuanto sujeto de la función administrativa. O para decirlo en otras palabras, la expresión “Administración Pública” subjetiviza el concepto de función administrativa.

Para la doctrina administrativista, existen tres criterios doctrinarios para fijar la noción de Administración Pública, los cuales son: a) Criterio orgánico o subjetivo b) Criterio material u objetivo c) Criterios mixtos que resultan de una combinación de ambos (Hildegard, 1995).

Actualmente, es aceptado pacíficamente la doctrina predominante al referirse a la administración pública no considera a ésta en sentido orgánico o subjetivo, sino desde el punto de vista material, sustancial u objetivo; vale decir, la administración resulta caracterizada en base a la naturaleza interna del acto administrativo, con total prescindencia del órgano o del agente productor del acto. Se prescinde, pues del “autor” del acto; sólo se tiene en cuenta el acto en sí mismo. En tal perspectiva, se ha señalado con anterioridad que la función administrativa se caracteriza como la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que la integran.

Ergo, la Administración bien practicada, pone de manifiesto un delimitado fragmento de la facultad creadora humana tendiendo a su propia índole de perfección en la realización y logro de un bien gracias a esfuerzos asociados. Pero la administración mal practicada puede llevar consigo una grave responsabilidad social, por cuanto puede resultar monótona, rutinaria, impersonal y tiránica; y cuando está de tal modo corrompida se convierte en un seguro destructor de la espiritualidad. Puede, desde luego, cambiar de aspecto cuando se practica de forma voluntariosa, altanera y arbitraria y entonces sus resultados pueden convertirse en peligrosamente antisociales.

Esto por cuanto el Estado, como ente metafísico, se desenvuelve en varias instituciones encabezadas por el Gobierno, que actúa regularmente, a su vez a través de la Administración Pública; ergo la efectividad del Estado dependerá primigeniamente de la calidad del gobierno, así como este depende a su vez de la capacidad operativa de la administración, por lo que la forma más evidente de desgobierno es montar una mala administración.²

1.1.- Definición

La clásica definición de Garrido Falla (1970), la caracteriza como una zona de la actividad desplegada por el Poder Ejecutivo, y como esta conducta se exterioriza sustancialmente en actos de ejecución, pero también en actos de legislación (Reglamentos, Decretos-Leyes) y de jurisdicción (procedimientos administrativos), se exterioriza la actividad administrativa como no homogénea; de donde se justifica que la única forma de reconducirla a unidad venga dada por la consideración del poder estatal del cual emana.

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define a la Administración como:

² Esta es la tesis desarrollada por Alejandro Nieto en la obra “El Desgobierno de lo Público” Editorial Ariel, Barcelona, España 2008.

La acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos, y al resolver las reclamaciones a que dé lugar lo mandado.

El precitado autor critica la definición que antecede, por cuanto en su opinión sería preferible referirse a Poder Ejecutivo y no de Gobierno, por la indudable equivocidad (sic) de este último término, se observaría que esta acción puede consistir en aplicar y cumplir leyes (ejecución), pero también el elaborar disposiciones (función reglamentaria) y atender reclamaciones (función jurisdiccional).

Administración Pública sería, en definitiva para él Un complejo orgánico integrado en el Poder Ejecutivo. Si coinciden o no exactamente en su extensión estos dos términos (Poder Ejecutivo y Administración Pública), sería adentrarse en actividades efectuadas por los otros dos poderes (Legislativo y Judicial) que pueden realizar actividades análogas a las efectuadas por el ejecutivo en el ámbito de la Administración Pública. Otras definiciones, tales como la de Amiana (Amaro Guzmán, 1984): sería el conjunto o complejo de organismos y funcionarios que, habitualmente, por medio de actos sucesivos, aislados e individuales, esto es, relativos a cada caso a una cuestión concreta y determinada, realizan los fines del Estado, dentro de la Constitución y las leyes.

Por último, según Muñoz Amato (Ídem, 1984): es la fase del gobierno que consta de la ordenación cooperativa de personas, mediante la planificación, organización, educación y dirección de su conducta, para la realización de los fines del sistema político; subraya esta última definición los campos de estudios propios de la Administración científica, tales como coordinación, planificación, organización y dirección, y no resalta los aspectos jurídicos de la Administración Pública.³

Nieto⁴ va más allá de estas definiciones doctrinarias al poner en evidencia su carácter de organización proteica y polivalentemente activa (sic) por cuanto su campo de actividad es elástico, como consecuencia no sólo de las variaciones de la actividad que se considera pública, sino también porque la misma función puede ser realizada no de manera burocrática sino gestionada en un escenario de mercado y hasta por el sector privado: lo que forzosamente implica desnaturalizar su alcance.

Finalmente, no se debe dejar pasar por alto que más allá de estas definiciones, la administración per se, según tal óptica es un centro de poder que va mucho más allá de su función meramente institucional y abstracta, operando a su vez como un contrapeso político, por lo que obviamente tal condición de poder atrae inevitable-

3 El precitado autor, trae a su vez a colación la opinión de GULICK: "La Administración Pública es aquella parte de la ciencia de la administración que tiene que ver con el gobierno, y, por lo tanto, se ocupa principalmente de la rama ejecutiva, donde se hace el trabajo del gobierno, aunque evidentemente hay problemas administrativos también en relación con las ramas legislativa y judicial. La Administración Pública es, pues, una división de la ciencia política y una de las ciencias sociales."

4 Op. Cit, pág 248

mente la ambición de otras fuerzas sociales que aspiran el acceso a la Administración Pública para disfrutar de rentas y privilegios inherentes a su uso y disfrute, por lo que ésta ostenta una triple condición: *instrumento, botín y centro de poder*, ya que quien la ocupa disfrutará personalmente del poder y de las rentas obtenidas producto de la actuación administrativa.

1.2.- Elementos integrantes de la Administración Pública

Concatenado con lo antes desarrollado, se hace necesario el tratar de explicar cómo un ente abstracto, complejo, contradictorio y falible del cual depende el funcionamiento de la maquinaria gubernamental, debería funcionar, explicando a su vez los cuatro elementos principales que se han desarrollado por la doctrina para dar, aunque sean respuestas parciales (y por ende insuficientes e incompletas) a tal inquietud, haciendo referencia a los regímenes burocrático, tecnocrático y partidócrata, y en pugna y complementaridad con ellos tres, con fortuna variable dependiendo del Estado y era política, el principio del servicio público:

Burocracia es, literalmente gobierno desde las oficinas y por los oficinistas. Un gobierno compartido con los políticos a consecuencia del desarrollo e implementación del constitucionalismo democrático con los vaivenes y choque inevitables entre ambos campos de poder. Según NIETO, los políticos como regla general estaban en condiciones de defender con éxito su territorio, pero en momentos de debilidad cedían a las presiones burocráticas; estos funcionarios profesionales vencedores en la contienda, a su vez no eran más que políticos disfrazados de técnicos, los cuales para darse un aire snob con sus colegas funcionarios, prefieren denominarse *tecnócratas*.⁵

Con motivo de una mayor politización de la sociedad, los políticos profesionales han pasado a tener mayor peso específico al tener plena, total y absoluta conciencia que la Administración Pública es un *instrumento de poder y un botín del cual se alimentan*, por lo que está presente siempre esa pugna entre la Administración y la Clase Política.

En el medio de esta pugna, se encuentra la figura del principio del servicio público: quizás la razón de ser, la esencia de la existencia de la Administración Pública. FAYOL elaboró 14 principios de Administración, siendo el sexto de tales postulados: *“La subordinación de los intereses particulares al interés general”*, en el cual yace inmerso el principio de servicio público: el empleado, trabajador o

5 Caso arquetípico fue la lucha mantenida entre el gobierno venezolano en los años 2001 al 2003 contra la nómina mayor de la petrolera venezolana PDVSA: El Golpe de Estado en abril del 2002, estuvo fuertemente influenciado por el rechazo de esa cúpula a la Junta Directiva designada por el Ejecutivo Nacional, y el Paro Petrolero de Diciembre de ese año a Febrero del 2003, estuvo motorizado por tales grupos que, se declararon en desobediencia legítima contra el gobierno, produciéndose una parálisis de la industria petrolera, habiendo debido el gobierno importar combustible para suplir el déficit. Como resultado, alrededor de 20.000 trabajadores de la empresa que según el gobierno secundaron el paro, perdieron sus empleos a raíz del triunfo en esta lucha del gobierno venezolano. Actualmente, PDVSA cuenta con aproximadamente 100.000 empleados

funcionario estatal debe tener plena conciencia de que sirve a la comunidad ejerciendo una función pública y debe anteponer a su interés personal, el interés del servicio y servir a la Administración con eficiencia y probidad.⁶

Ergo, un empleado o funcionario al servicio del Estado no debe especular con la Administración, ni servirse de ella para fines personales⁷. Éste deberá concebir el ejercicio de la función pública como un verdadero sacerdocio que demanda lealtad, consagración y devoción. Obviamente, la aplicación efectiva de este postulado depende del grado de desarrollo de la Administración Pública donde se erija.⁸ En países donde la burocracia ha logrado profesionalizarse, se cumple satisfactoriamente con los requerimientos inherentes a este postulado.

1.3.- La Administración Pública en la Constitución Española

Su artículo 103, pautó:

“Artículo 103.1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo a la ley.

3. La ley regulará el Estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.”

A su vez, esta norma está relacionada con el artículo 106 *eiusdem* que señala:

“Artículo 106: 1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo

6 El resto de los principios son: La división del trabajo, la autoridad, la disciplina, la unidad de mando, la unidad de dirección, la remuneración, la centralización, la jerarquía, el orden, la equidad, la estabilidad del personal, la iniciativa y la unión del personal. Citado por AMARO GUZMÁN, Op. Cit.

7 AMARO GUZMÁN Op. Cit.

8 El 07-02-1984, el TCE señaló que el interés general debe definirse a través de una acción intercomunicada entre los poderes públicos y los agentes sociales.

en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

Tales enunciados son a su vez consecuencia del precitado artículo 2 *eiusdem*, ya que la Constitución ordena los poderes, establece sus límites, garantiza los derechos, fija y propone también tendencias y objetivos.

Rebollo (2008) comentando el artículo 103, señala que esta norma es aplicable a todas las administraciones públicas españolas, según lo estableció el Tribunal Constitucional Español (TCE): STC85/1983, del 25 de octubre, donde indica junto al artículo 106, la concepción constitucional de una Administración eficaz y controlada, siguiendo este pronunciamiento la corriente doctrinaria y jurisprudencial que califican al principio de la legalidad, como la construcción jurídica más importante del estado social y de derecho, ya que en base a tal postulado, toda actuación de los órganos del Estado debe desarrollarse de conformidad con el derecho.

Por ello, la relación de legalidad se plantea entre el comportamiento administrativo por un lado, y por otro, ya no sólo la ley, como obra del parlamento legislador (concepción antigua) sino toda clase de reglas de derecho, e igualmente no debe perderse de vista que el Derecho Administrativo rige el funcionamiento de la administración y de las relaciones entre ésta y los particulares a fin de satisfacer el interés general, y en virtud de este principio, la administración debe respetar las diferentes normas que constituyen el orden jurídico (Moles Caubet, 1972).

Ergo, este principio es el fundamento de la actividad administrativa, y el apartarse de dicho principio debe ser sancionado mediante garantías efectivas, consistentes en jurisdicciones imparciales e independientes, especializadas, al servicio del equilibrio entre el bien público y los derechos de los particulares.

Como desarrollo de los preceptos antes transcritos, sirvan como ejemplos ilustrativos, a nivel de la administración central, el acuerdo del Consejo de Ministros del 18-01-2005, primer instrumento normativo español que recoge el principio del buen gobierno aplicado al ámbito público, en cuyo preámbulo se establece:

“Se hace necesario que los poderes públicos ofrezcan a los ciudadanos el compromiso de que todos los altos cargos en el ejercicio de sus funciones han de cumplir no sólo las obligaciones previstas en las leyes, sino que, además, su actuación ha de inspirarse y guiarse por principios éticos y de conducta que hasta ahora no han sido plasmados expresamente en las normas, aunque sí se inducían de ellas y que conforman un código de buen gobierno.”

Y a nivel autonómico, el artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León señala:⁹

9 Vigente mediante Ley Orgánica 14/2007 del 30 de Noviembre; los Estatutos de Autonomía son los equivalentes de las Constituciones estatales venezolanas

“Artículo 12: La ley garantizará los siguientes derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración autonómica:

a) A recibir información suficiente sobre los servicios y prestaciones a los que pueden acceder y sobre las condiciones del acceso a los mismos.

b) A un tratamiento imparcial y objetivo de los asuntos que les conciernan y a la resolución de los mismos en un plazo razonable.

c) Al acceso a los archivos y registros administrativos, a los documentos de las instituciones y administraciones públicas de Castilla y León, y a la información administrativa, con las excepciones que legalmente se establezcan.

d) A la protección de los datos personales contenidos en ficheros dependientes de la Administración autonómica, garantizándose el acceso a dichos datos, a su examen y a obtener, en su caso, la corrección y cancelación de los mismos. Mediante ley de las Cortes podrá crearse la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Castilla y León para velar por el respeto de estos derechos en el marco de la legislación estatal aplicable.

e) Al acceso en condiciones de igualdad y con pleno respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad a los empleos públicos en la Administración autonómica y en los entes de ella dependientes.

f) A formular quejas sobre el funcionamiento de los servicios públicos.”

1.4.- La Administración Pública en la Constitución Venezolana

Ya se señaló con anterioridad el antecedente legislativo del artículo 30 de la LOPA,¹⁰ y actualmente, el artículo 141 de la CRBV, consagra el carácter de la Administración Pública al servicio de los ciudadanos y ciudadanas, fundamentándose en los principios de: *Honestidad, Participación, Celeridad, Eficacia, Eficiencia, Transparencia, Rendición de Cuentas, Responsabilidad en el ejercicio de la función pública, y sometimiento pleno a la ley y el derecho.*

Evidenciándose, las ambiciones y buenas intenciones de los constituyentes al incluir nuevas metas para la Administración al querer hacerla más accesible y eficiente en su interrelación con los particulares. Comentando este artículo, Combellas (2001) señala la razón de ser de la Administración Pública: “al servicio de los

10 Esta norma señala: “La actividad administrativa se desarrollará con arreglo a principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad.”

ciudadanos”, lo cual la sitúa como organización cuyo fundamento está en la satisfacción de las necesidades ciudadanas.

Igualmente, considera tal autor que constituye un desafío la concreción de los principios del artículo 141 en efectivas normas, actitudes y prácticas de comportamiento, lo que conlleva no sólo la reforma legal, sino también necesariamente el cabal cumplimiento de patrones culturales y códigos de conducta de los funcionarios públicos, principalmente en lo que se refiere a sus relaciones con los ciudadanos, superada la noción de súbdito y abierta la perspectiva de la participación, la transparencia administrativa y el reconocimiento del ciudadano como cliente con el derecho de exigir un servicio eficiente, ya que es en el ámbito de actuación de la administración pública donde se evidencia en un todo la efectividad de los preceptos, derechos y garantías constitucionales en la vida cotidiana, ya que el particular es el primer interesado en el idóneo funcionamiento de la Administración en términos de calidad, celeridad y rapidez, ya que ésta es el brazo ejecutor de los fines del Estado.

1.5.- Principios informales de la Administración Pública

Estos aun cuando no están escritos, e incluso se silencian deliberadamente, *de facto* inspirarían la organización y funcionamiento de *todas* las administraciones públicas¹¹:

1.5.1.- Incompetencia

Pone de relieve la escasa importancia a la capacidad técnica y al celo de servicio de los empleados públicos, ya que lo que realmente se toma en consideración es la fidelidad política del funcionario para el superior y el partido, publicitación de la gestión, para adjudicarla al partido, pasar inadvertido ante la opinión pública, y ser capaz –dado el caso de ofrecer su cargo para salvar al superior–; de todo ello, se castiga el celo y se estimule la pasividad, ya que nunca pasa nada si nada se hace.

1.5.2.- Irresponsabilidad

Garantiza a los operadores políticos asalariados que nada habrán de responder siempre y cuando no cambien de bando, ya que los mecanismos susceptibles de ser activados para exigir la responsabilidad respectiva, están controlados por el Gobierno.

1.5.3.- Política del botón

Explica por qué el poder político aspira engullir la estructura administrativa; puede ser resumida en la frase “*La administración pública es empresa sin dueño*”

11 NIETO, Op. Cit.

2.- Análisis de los principios que rigen la administración pública en la constitución venezolana

2.1.- Honestidad

Se refiere al cumplimiento personal de las cualidades que definen al funcionario público; esencialmente es honrado quien sigue el interés público desde una perspectiva abierta, plural y dinámica en su quehacer político; a su vez implica integridad: atender en el ejercicio de su cargo al conjunto de la sociedad, poniendo por encima el interés general sobre el partidista o grupal.

2.2.- Participación

Debido a que a partir de 1999 la democracia venezolana es participativa, la sociedad debería jugar un papel en el desenvolvimiento y actuación de la Administración.

2.3.- Celeridad

Implica que el actuar administrativo debe desarrollarse sin trabas innecesarias que se traduzcan en retardo en rendir la respuesta requerida en un caso planteado.

2.4.- Eficacia

Se caracteriza por su aparición tardía como principio, señala Núñez Gomez (2005) ya que aunque la doctrina se ha preocupado siempre por la eficacia, fiel a la idea de la Administración como servidora de los intereses generales, ésta era considerada como el objetivo a alcanzar por la actividad administrativa y no como un principio inspirador de su funcionamiento; durante mucho tiempo incluso, la idea de la actuación administrativa eficaz se relaciona íntimamente con los argumentos empleados para defender la vinculación negativa de la administración a la ley.

2.4.1.- Eficacia contra eficiencia

Cuando se hace referencia a los beneficios de la actuación administrativa, prosigue la prenombrada autora, ello implica tanto una referencia a las ganancias económicas como a las utilidades sociales de la decisión, a diferencia de las personas jurídicas de derecho privado en las que se resalta el elemento económico; ergo, la eficiencia no es una mera operación matemática basada en parámetros económicos sino que ha de ponderarse el respeto a los valores y principios constitucionales junto con las utilidades sociales y económicas que influyen en la decisión.

La eficiencia, por su parte deberá tenerse en cuenta que en la actuación administrativa resulta obligatorio como paso previo a cualquier otra consideración, según tal premisa, lo que implicará a su vez el determinar la eficacia de la decisión a adoptar. Una vez precisado el grado de la misma, entraría en juego el principio

deficiencia lo que implica que, ante decisiones igualmente eficaces, la Administración debe elegir la alternativa más eficiente¹².

2.4.2.- Ámbito de aplicación de la eficacia

Acudiendo a la jurisprudencia comparada, NÚÑEZ GÓMEZ comenta la sentencia del TCE (178/1989 del 2-11), en la cual se la considera (a la eficacia) como un principio esencial que preside toda la actuación administrativa como consecuencia de la proclamación del Estado Social que impone la plasmación de sus valores en una Administración que asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y satisfaga las necesidades de la colectividad. Ergo, su contenido es muy amplio e indeterminado, actuando a modo de límite negativo, excluyendo cualquier opción legislativa que contrarie o dificulte la consecución de dichos fines pero permitiendo la elección del legislador entre diferentes opciones de desarrollo constitucional.

En consecuencia, la Administración deberá buscar dos finalidades específicas: 1.- Asegurar una tramitación ágil del procedimiento y 2.- A la vez que se garantiza la calidad del mismo con el propósito de dotar a la Administración de todos los elementos de juicio necesarios para tomar la mejor decisión posible.

2.4.3.- Medios para hacer exigible la eficacia

Es evidente que el mero control de legalidad de los actos administrativos no es suficiente para la satisfacción de los derechos de los administrados, ya que, la Administración sin incurrir en vicios de legalidad, puede actuar negligentemente perjudicando u obstaculizando la consecución de un derecho o interés.

Para el autor, el desarrollo más interesante de la eficacia vendría dado por su inclusión dentro del contenido del elemento constitutivo del acto administrativo, ya que al igual que del conocimiento legal del principio de la legalidad administrativa, se deriva su vulneración como un vicio del acto administrativo; y por ende, la vulneración del principio constitucional de eficacia, debería traer consecuencias similares.¹³

Por ello, deberían los órganos cuasijurisdiccionales y los tribunales competentes, analizar el *iter procedimental* para asegurarse de que no existan vicios que hayan impedido el cumplimiento del deber de eficacia. Ergo, se trata en todo caso

12 Este es el criterio seguido por la Corte Constitucional colombiana mediante decisión C-479/92: *“...la Constitución no menciona únicamente la eficacia, sino que incorpora en varias de sus disposiciones el concepto de eficiencia, que en términos económicos se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella partiendo del supuesto de los recursos financieros –casi siempre limitados– de los que dispone la hacienda pública. En otros términos, el Estado, por razones de interés general, está obligado a efectuar una adecuada planeación del gasto de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad sin despilfarro ni erogaciones innecesarias.”*

13 criterio esbozado por NÚÑEZ GÓMEZ, TERESA en “Abuso en la exigencia documental y garantías formales de los administrados” Atelier, Barcelona 2005.

que tanto la doctrina como la jurisprudencia desarrollen como un añadido a los tradicionales vicios de ilegalidad, los vicios de eficacia.¹⁴

Sin embargo, la dificultad aparente residiría en determinar cuál es el nivel de ineficacia requerido para determinar que el acto está viciado. En opinión del autor, un punto de partida podría ser el uso apropiado o no del principio de la discrecionalidad por parte de la Administración, consagrado en el artículo 12 de la LOPA, el cual prescribe:

“Artículo 12: “aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.”

2.5.- Transparencia

Este criterio implica que el actuar de la administración, desde la contratación de obras a las erogaciones inherentes a su funcionamiento propio, deberían ser lo más prístino posible para generar confianza en la colectividad.¹⁵

14 El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en materia procesal, ha establecido el “*Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*”, el cual es un concepto jurídico indeterminado; señalando que “*El Tribunal ha de tener en cuenta la complejidad del asunto, el comportamiento de los litigantes y el de las autoridades judiciales.*” En línea con lo anterior, existen los siguientes pronunciamientos por tal instancia, los casos Konig (10-03-80), caso Buchholz (06-05-81), Eckle (15-07-82), Foti y otros (10-12-82), y el caso Pretto (08-12-83). Otra sentencia, del 23-06-93: Ruiz Mateos vs. España señaló: “*El hecho de que tales situaciones de saturación devengan normales, no basta para excusar la duración excesiva de un procedimiento.*” Ergo, el Tribunal detecta que la obligación de tramitar un proceso dentro de un plazo razonable, queda incumplida por deficiencias legislativas u organizativas, el responsable es el Estado, ya que sólo él puede remediarlo. Por su parte, el TCE en diversos pronunciamientos maneja la tesis que para determinar el concepto de plazo razonable, como medida de vulneración a la tutela judicial efectiva, esta instancia, señala: 1.- No existe dilación indebida por el mero incumplimiento de los lapsos procesales 2.- El carácter del proceso concreto 3.- El periodo de duración del mismo 4.- La compatibilización de la celeridad con las exigencias de una buena administración 5.- La actuación de la parte recurrente 6.- La complejidad del litigio 7.- La actuación del órgano jurisdiccional 8.- La naturaleza del objeto en litigio. Por ende, el juego de dichas variables contrastables con la realidad del caso concreto permite determinar si existió o no una falta de actuación eficaz. En criterio del autor sería toda una revolución que tales conceptos se trasladaran al ámbito de la actividad administrativa (por ende cuasijurisdiccional), ya que no se puede hablar de eficacia si existen dilaciones indebidas, y esto obligaría a una verdadera y constante reforma administrativa.

15 El 30-06-2009, el diario *El Nuevo País* bajo el titular de: “*Asegura informe del Banco Mundial En 10 años creció corrupción en Venezuela*”, recoge que el informe Los indicadores mundiales de buen gobierno efectuado por el Banco Mundial asegura que en Venezuela se ha registrado un fuerte deterioro en los últimos diez años en la lucha y control de la corrupción, siendo colocada Venezuela junto a Haití en

2.6.- Rendición de cuentas

Deber de todos aquellos con responsabilidad en el aparato administrativo de acuerdo a su jerarquía de elaborar una relación sintética de las actividades efectuadas con motivo de su desempeño. Tal es el caso de la Memoria y Cuenta que anualmente deben presentar los Ministros del Ejecutivo Nacional, el Mensaje Anual del Presidente de la República ante la Asamblea Nacional, etc.

2.7.- Responsabilidad en el ejercicio de la función pública

Implica la responsabilidad civil, penal, administrativa y moral a la cual están sujetos los integrantes de la administración con motivo de su desempeño particular.

2.8.- Sometimiento pleno a la ley y el derecho

Este aspecto, se relaciona con lo denominado por NIETO como la *paradoja del funcionario*, ya que éste puede ser potencialmente castigado tanto si obedece como si no, ya que está sometido a una doble sujeción: a la del superior con sus órdenes e instrucciones y a la de la Ley y el Derecho. Y en esta duplicidad y eventual contradicción yace el conflicto, porque cuando se contradicen la orden del superior y de la ley, ¿cuál prevalece? ¿a qué ha de atenerse el funcionario?, exponiendo el precitado autor, la pregunta crucial: teniendo en cuenta que sólo el juez puede declarar si es

los últimos lugares de la categoría. Dicho informe fue elaborado por Daniel Kaufman, ex director anticorrupción del Banco Mundial y por Aart Kraay, economista de ese organismo, haciendo hincapié el informe que el buen gobierno no es un privilegio exclusivo de las naciones ricas. Con posterioridad, tanto la Fiscal General como el Contralor titular (vivo para esa fecha. Hasta Abril del 2013 no se había designado al nuevo titular por parte de la Asamblea Nacional de mayoría oficialista) refutaron el informe, señalando que el combate a la corrupción es frontal y constante. Este último, según recogió el diario *Tal Cual* del 07-07-2009 señaló: “No existe en Venezuela ni en el resto del mundo, un “*corruptómetro*” para medir los niveles de corrupción.” Señalando más adelante que “esos indicadores son inventados por el Banco Mundial, reiteró el Contralor, quien no se atrevió a ubicar a Venezuela en un renglón de países de corrupción. Para saber los niveles de corrupción de un país, yo le preguntaría a la contraloría de ese país. Eso es lo que debería hacer el Banco Mundial, opinó.” No obstante lo dicho por el Contralor, BAUTISTA, OSCAR DIEGO: “*Ética para corruptos: Una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas*” Colección Ética Aplicada Editorial Desclée De Brouwer, pág 52 señala como condiciones que hacen del aparato estatal un lugar propicio para conductas antiéticas: a) Las formas despóticas o tiránicas de gobierno; b) Ausencia de programas de formación ética para los agentes públicos; c) La impunidad de los funcionarios debido a ausencia de controles externos a su gestión; d) La concentración de poder; e) La dependencia del gobierno con respecto a quienes financiaron su campaña; f) El interés del partido en las decisiones de la política pública; g) Un marco jurídico complicado, oscuro y parcial que sólo responde a grupos de interés; h) La falta de transparencia en los actos de gobierno; i) Los procesos judiciales lentos, complicados, costosos y politizados; j) Ausencia de representantes de los usuarios y beneficiarios en los organismos que prestan servicios; k) Afán de ganar votos l) Crispación política; m) Ausencia de instrumentos éticos; n) Tolerancia y pasividad de los ciudadanos.

delito o no, ¿qué hacer hasta entonces? Al funcionario no le queda otra salida que la de “representar” (es decir, suspender la ejecución de la orden exponiendo al superior las dudas que tiene sobre su legalidad en espera de su confirmación expresa) para salvar su responsabilidad (preferiblemente por escrito), aunque ello implique exponerse a las posibles represalias del superior, en cuyas manos está, su carrera administrativa¹⁶.

3.- Desarrollo legislativo de los principios en el ordenamiento jurídico venezolano

En este aparte, es pertinente el aforismo según el cual “*Las leyes son más inteligentes que sus creadores*”. Una vez aprobadas adquieren vida propia y además su correspondiente interpretación, conforme a la Constitución, depara conclusiones antes no imaginadas y/o percibidas. En consecuencia, la interpretación de la voluntad de la ley se impone a la del legislador siempre que sea conforme a la *ratio y telos* de la Constitución (*Verfassung Konforme Auslegung*) y no sólo según la ley, además conforme al Derecho¹⁷.

Relacionado con lo anterior, el artículo 35 de la Ley Sobre Simplificación de Trámites Administrativos, pauta que la actividad de los órganos y entes de la Administración Pública debe estar dirigida a servir eficientemente a los particulares, mediante la plena satisfacción de las necesidades colectivas, señalando que el funcionario público es un servidor público.

Asimismo, el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Administración Pública señala como principal objetivo de organización y funcionamiento de la Administración Pública el dar eficacia a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, en especial, garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.

Otras normas legales a título enunciativo son: la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (referente a hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios) y la Ley Anticorrupción (referente a las responsabilidades civiles y penales inherentes al ejercicio de la función pública).

4.- La buena fe del actuar administrativo

Señalados ya los principios rectores de toda Administración Pública que se precie de tal en un estado moderno, no puede dejarse pasar por alto, el referirse al

16 Sobre esta paradoja, los artículos 7 y 25 de la CRBV pautan: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.” “Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.”

17 VERDÚ, PABLO LUCAS: “Teoría de la Constitución como ciencia cultural, Edic. Dykinson, Madrid 1998 pág 156.

deber ser de la conducta del poder público ante la colectividad:

Gonzalez Pérez (2004) considera a la buena fe como principio general que constituye una regla de conducta a que han de ajustarse todas las personas en sus respectivas relaciones, lo que significa que éstas deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones; y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellas. Este deber de comportarse según la buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones deben cumplirse de buena fe.

El principio de buena fe, por tanto, en una de sus concretas aplicaciones constituye un límite al ejercicio de los derechos, por lo que el principio de *marras* implica que el derecho se ejercite como se ejercería habitualmente, que su titular adopte la conducta normal.

Ergo, el principio de la buena fe está vinculado con la seguridad jurídica, puesto que consiste en un deber recíproco de veracidad al que deben sujetarse las relaciones entre los particulares, y exige la presencia de dos formas tradicionales: la buena fe objetiva (lealtad), que remite al proceder del obligado a guardarla, y la buena fe subjetiva (creencia), que tiene que ver con la fe o confianza de quien actúa en relación con el obligado.

Más que como un principio lógico propio de la ciencia del derecho, o como fundamento científico que apunta a conocer y circunscribir la realidad jurídica, identificándola, se ha definido a la buena fe como un punto de arranque que constituye la base del ordenamiento, con valor no sólo interpretativo o integrativo, sino como fuente de derecho.

Como la equidad, que es un principio que, superada la concepción del *ius strictum*, permite ir más allá de las exigencias de las reglas lógicas del *corpus iuris* para pasar a atender las circunstancias especiales y a la situación personal de los interesados, atenuando la rigidez de la norma o complementando la que es demasiado escueta, la buena fe tiene por objeto preservar una justicia empírica, de allí su conexión; pero de todos modos, la diferencia se halla en que la equidad opera a propósito de la norma jurídica que es aplicada e interpretada, mientras que la buena fe está más bien referida al campo en que actúa la conducta específica del sujeto, o de ambos sujetos de la relación.

4.1.- Aplicación del principio al Derecho Administrativo

Evidentemente, los valores de lealtad, honestidad y moralidad que su aplicación conlleva, es especialmente necesaria en el mundo de las relaciones entre la Administración y los particulares, ya que son inherentes al artículo 141 del texto constitucional venezolano.¹⁸

18

Con anterioridad a la promulgación de la LOPA, el artículo 1º del Reglamento Orgánico de

4.1.a.- La Confianza Legítima

Según el precitado autor español, es evidente su vinculación con otro principio del Estado de Derecho, el de la seguridad jurídica. Por ello, el Estado de Derecho aparece dotado de un contenido tendente a sobreponer la seguridad jurídica frente a los cambios repentinos de legislación que no aseguren garantías suficientes de transitoriedad y previsibilidad, y permita mantener los efectos de determinadas situaciones ilegales, mantenimiento que se justifica por la protección que merece el particular que confió legítimamente en la estabilidad de la situación creada por la Administración, primando la seguridad jurídica sobre el principio de la legalidad. Vinculación con el principio de la seguridad jurídica que también se da en el principio de buena fe.

4.1.a.1.- Origen

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sentencia del 13-07-1965 (asunto 111/1963, Lemmerz-Werke) utilizó por primera vez tal término, existente previamente en el derecho alemán para definir una situación digna de ser amparada al haber sido violada la confianza puesta en la actuación de la Administración.¹⁹

4.1.a.2.- Principios de buena fe y confianza legítima

Para González Perez (2004), no existe una clara diferencia entre el principio de confianza legítima y el de la buena fe; ya que a veces se considera éste una implicación de aquél y, por lo general, se invocan indiscriminadamente en relación con situaciones idénticas para producir los mismos efectos. Sin embargo, es obvio que la credibilidad que le merezca la institución administrativa a la sociedad es decisiva.

4.1.a.2.1- Protección de la confianza legítima

El criterio que protege el legítimo depósito de confianza, en el derecho privado parte de la base que todo aquel que con sus conductas o manifestaciones de vo-

la Administración del Impuesto sobre la Renta (ya derogado), establecía la conducta del empleado en el ejercicio de su actividad tributaria al señalar: *“Los funcionarios públicos que intervengan en la ejecución de las leyes, decretos y reglamentos relativos al ...(omissis)..., tendrán por norma fundamental que la aplicación recta y leal de los principios legales debe ejercerse de acuerdo con los objetivos de equidad y justicia que persigan dichas disposiciones y, en consecuencia, que la defensa de los intereses fiscales que les está encomendada no excluye un espíritu de cultura cívica y mutua sinceridad, comprensión y armonía en sus relaciones con los contribuyentes. La Administración Pública no exige ni aspira a obtener de los contribuyentes sino lo que la ley les impone.”*

19 En este mismo orden de ideas, el Tribunal Supremo Español el 22-09-1990 estableció: *“El procedimiento administrativo no es un mero ritual tendente a cubrir a un poder desnudo con una vestidura pudorosa que evite el rechazo social. Que no se trata de cubrir impudicias sino de que no las haya. Porque lo que exige el pudor en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos es que el comportamiento de aquél inspire confianza a los administrados... y el primer factor capaz de generar esa confianza es la adecuación a un procedimiento que garantice que el obrar administrativo, por más reflexivo tenga más posibilidades de adecuarse al ordenamiento administrativo.”*

luntad suscita en otro una razonable creencia con respecto a ellas, está obligado a no defraudar tales expectativas, y en caso contrario, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados. Se trata de un mecanismo jurídico que frente al derecho público tiende a evitar en la medida de lo posible, que sea factible provocar sorpresas por la actuación estatal, al apartarse de una práctica o cambiar de criterio, de donde proviene su relación con el retiro o la revisión de los actos firmes.²⁰

De la combinación seguridad jurídica-confianza legítima, puede inferirse la concurrencia de aspectos subjetivos destacados, como la interpretación propia efectuada por el interesado del ordenamiento jurídico y de los comportamientos de la Administración, y aspectos específicamente objetivos como la calidad del ordenamiento de marras (proliferación, oscuridad, complejidad) y el modo de actuar, pues si el Estado actúa de una determinada manera, el particular espera que tal conducta sea ulteriormente seguida. Por ello, a mayor confianza y transparencia en el actuar cotidiano, la sociedad se inclinará a una mayor interrelación con la administración.

5.- Crecimiento de la estructura gubernamental venezolana: misiones, nuevos ministerios, constitución de empresas mixtas, nacionalizaciones, renacionalizaciones y recentralizaciones

Actualmente, se está viviendo en la Administración Pública venezolana, un incremento tanto en la nómina gubernamental, como en las funciones asumidas por el Estado venezolano: Este se inició en los meses anteriores a la votación convocada para el referendo revocatorio presidencial en el año 2004, donde se crearon las primeras misiones²¹: Posteriormente, se crearon más Ministerios, Fundaciones, etc, y a partir de su reelección en diciembre del 2006, el fallecido presidente Chávez ese mismo mes, empezó en primer lugar a declarar públicamente que no le renovarían el año siguiente la concesión de transmisión a una televisora, y actualmente en esa señal transmite un canal gubernamental²². En los años siguientes, el Estado ha ido acrecentando su papel interventor en la actividad económica, renacionalizando empresas que en la década

20 Como ejemplo de esto Gonzales Perez nos recuerda la decisión tomada por el Tribunal Administrativo Superior berlinés (14-11-1956) ratificada por la Corte Federal, que impidió la revocatoria a una pensión otorgada fuera de las condiciones previstas reglamentariamente a una interesada de buena fe. Se decidió que incluso debía mantenerse el beneficio (ilegalmente concedido) recurriéndose además de la teoría de la ponderación de los intereses en juego, considerándose prevalente la grave lesión que se ocasionó a la beneficiaria, que había ajustado su conducta a la luz del beneficio concedido.

21 Especies de estructuras paraestatales destinadas a suplir las funciones asignadas por ley a ciertos ministerios con asesoría cubana para su implementación. Las primeras fueron: Robinson (para erradicar el analfabetismo) y Barrio Adentro (para atender in situ mediante la construcción de módulos construidos a tal efecto, la salud en forma primaria en los sectores de menores recursos económicos). Con posterioridad, por afiliarse a otras misiones creadas, se les asigna una remuneración a los inscritos estudiando o capacitándose.

22 Las mediciones de audiencia le dan a este canal televisivo gubernamental denominado Televisora Venezolana Social (TVES) como máximo un 2% de audiencia. El mismo Chávez en su momento se quejó públicamente de su mala programación.

de 1990 habían sido privatizadas: Así, volvieron al control estatal la empresa telefónicas Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela (CANTV) y su filial de telefonía móvil; la empresa Siderúrgica del Orinoco (SIDOR de capital argentino); igualmente, empresas cementeras de capital privado (mexicano, francés y suizo);²³ ha adquirido en los últimos años, mediante compra o expropiación: frigoríficos, procesadoras de alimentos, empresas proveedoras de servicio eléctrico, contratistas que proveían servicios a la estatal Petróleos de Venezuela (PDVSA), quien ahora es socia mayoritaria en empresas mixtas con las antiguas transnacionales petroleras que explotaban la Faja Petrolífera del Orinoco y, hasta un Banco.²⁴ Según ciertas informaciones de la prensa venezolana, a los trabajadores de estas empresas ahora bajo control gubernamental que aparecían en la *Lista Tascón*, no habrían sido absorbidos por el Estado.²⁵

Y con anterioridad y con posterioridad a los comicios regionales del año 2008, el gobierno nacional, reasumió competencias que en su momento habían sido mediante el proceso de descentralización hacia las regiones de finales de la década de 1980: Salud, vialidad, seguridad pública, puertos, aeropuertos, etc., con especial

23 El diario Tal Cual del 24-08-2009, se hace eco de la carta que con motivo de cumplirse un año de su nacionalización, los trabajadores de la antigua CEMEX, dirigieron al portal web progubernamental www.aporrea.org, donde se quejan de violaciones reiteradas de la nueva Junta Directiva a las leyes laborales; que éstos practican una visión explotadora capitalista en su máxima expresión, finalizando su comunicación afirmando que: “en un año de transición la justicia social pregonada a diario por nuestro máximo líder Hugo Chávez ha pasado desapercibida.”

24 El Editorial del diario Tal Cual, el 26-05-2009 bajo el título “VIRUS ESTADISTA” señaló: “De hecho, en estricto sentido económico, no sólo son completamente innecesarias sino que, muy probablemente, terminen siendo altamente contraproducentes desde aquel punto de vista. Es forzoso concluir, pues, que su razón de ser es exclusivamente política. Forman parte de una concepción estatista, centralista y autocrática de las relaciones entre el Estado y la sociedad, que se acerca a lo que fue propia de los regímenes comunistas que se hundieron con la Unión Soviética y que sobreviven en Cuba y NorCorea y han mutado en lo económico-que no en lo político-institucional-, en capitalismo salvaje en China y Vietnam. El estatismo en lo económico, el centralismo y el autocratismo en lo político-administrativo, son mecanismos –además de los represivos- para la afirmación y consolidación de un poder político (personal o de partido), no democrático y con la pretensión de controlar, más allá de los poderes públicos, a la propia sociedad.”

25 Con motivo de la recolección de firmas para convocar el referendo revocatorio del año 2004 en contra del Presidente de la República, una ONG denominada “SUMATE” simpatizante de la oposición venezolana, procedió a elaborar una base de datos contentiva de la identificación de los firmantes, la cual a su vez fue obtenida por un diputado de la Asamblea Nacional para la fecha, Luis Tascón (fallecido de cáncer) quien la colocó en la web, según su criterio para prevenir que se cometiera fraude con la identificación de quienes no habiendo firmado, aparecían haciéndolo. La lista de marras, se convirtió en el Who’s Who en la oposición venezolana, habiendo sido utilizada según denuncias de ésta, para depurar la Administración Pública de adversarios a Chávez, quien incluso en una ocasión, vía T.V. ordenó “enterrar” (dejar sin efecto y desaplicar) la lista de marras; pero pareciera ser que no es así si se ha de creer a quienes adversan al denominado chavismo.

énfasis en las regiones en las cuales el partido gubernamental no alcanzó la victoria (Alcaldía Metropolitana de Caracas, Estados Miranda y Zulia, por ejemplo).

Todo esta conducta no es accidental, sino que está enmarcada en las líneas del *Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación Simón Bolívar 2007-2013*, el cual señala la ruta a transitar hacia el *socialismo del siglo XXI*, aun cuando en ninguna parte, la Constitución contiene tal palabra (socialismo)²⁶.

A ello debe agregarse el control sobre la economía iniciado por Chávez y continuado por Maduro con la implementación del sistema denominado como “*Precios Justos*” el cual ha derivado en escasez y desabastecimiento de productos básicos en Venezuela²⁷.

26 Como justificación, en su momento Chávez señaló que en la campaña electoral del 2006, hizo referencia a “construir el socialismo bolivariano” que es lo que afirmó estar llevando a cabo. Sirva resaltar que los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de la CRBV, referentes a los *Principios Fundamentales*, señalan respectivamente: “*La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, El Libertador.*” “*Venezuela se convierte en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.*” “*El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución. La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.*” “*La República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y responsabilidad.*” “*La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.*” “*El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.*” Evidenciándose en consecuencia que el denominado socialismo bolivariano no aparece mencionado en el texto constitucional. A diferencia de la Constitución Cubana, de clara tendencia ideológica marxista-leninista, uno de los dos casos supervivientes de los socialismos reales del siglo pasado (el otro es Corea del Norte donde actualmente desempeña el poder el nieto del fundador de tal Estado), en su artículo 1 en forma diáfana pautó: “*Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como República unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana.*”

27 Al respecto ver el Número 14 de la Revista Jurídica de Daños IJ Editores, Argentina (Marzo 2016) los artículos denominados “*La SUNDDE como organismo rector en la política de control de precios. Facultades de inspección y fiscalización. Medidas preventivas en la Ley Orgánica de Precios Justos y*

5.1.- Problemática planteada

Tal aumento de competencias, se ha traducido en un mayor número de asalariados con el subsiguiente incremento de erogaciones a cargo del presupuesto nacional en una época de recesión mundial, a pesar de los actuales precios récord del petróleo (100 US\$ por barril) donde el ciudadano común la mayor parte de las veces, no consigue respuestas idóneas ni oportunas de un coloso inmovilizado por su propio tamaño, tal y como lo han admitido los mismos funcionarios,²⁸ siendo los tres problemas más acuciantes derivados:

5.1.1.- Hipertrofia del aparato gubernamental

Con una gran cantidad de organismos bajo la tutela del gobierno central, se ha comprobado una vez más que por el simple hecho de ser colosal en tamaño, el aparato estatal *per se*, no es más eficiente, sino todo lo contrario (pruebas recientes de ello sobran en los socialismos reales del siglo anterior sin ir muy lejos); omitiendo el número de los nuevos ministerios y entes conexos en Venezuela, valga traer a colación el caso de las empresas estatales adscritas a la Corporación Venezolana de Guayana (CVG). C.V.G Ferrominera del Orinoco: Pasó de 2 a 44 gerencias.²⁹

Es por ello que no pocos analistas consideren que no se puede pretender sanear la situación político social del país creando un estado hipertrofiado en tamaño y atribuciones, pero ineficiente al mismo tiempo. Por ello, es pertinente preguntarse: ¿Qué pasará cuando una ideología distinta llegue a regir los destinos nacionales, o cuando la renta petrolera por un desplome de los precios mundiales del crudo no pueda mantener tal estructura? Como se indicó anteriormente, se percibe una paradoja: un edificio estatal sobredimensionado, pero con una asertividad muy discutida para satisfacer las necesidades más apremiantes de la sociedad (lo cual se evidencia a su vez por la existencia de las estructuras paralelas denominadas *Misiones*, tal y como se señaló con anterioridad), siendo pertinente al respecto, lo comentado por CONFUCIO:

“Debe tenerse cuidado en seleccionar funcionarios honrados, desinteresados y capaces (...). Aunqu un hombre

“Aproximación a las disposiciones generales de la Ley Orgánica de Precios Justos” disponibles en Internet. <http://ijeditores.com.ar/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=29&idedicion=617>

28 El semanario “*Las Verdades de Miguel*” en su edición del 7 al 13 de agosto del 2009, transcribe una exposición efectuada ante un grupo de allegados y miembros del partido de gobierno, por el para entonces Ministro del Poder Popular para la Economía y las Finanzas, Ali Rodríguez Araque, quien señaló: “*Nosotros tenemos cerca de dos millones de empleados públicos, frente a Brasil que tiene quinientos mil. Eso tiene un peso descomunal. Este endeudamiento en que nos metimos ahorita es básicamente para cubrir gasto corriente y entre el gasto corriente el mayor peso es pago de nómina. El clientelismo político también fue otra forma de renta y la corrupción, en el caso de Venezuela es también una forma ilegal, inmoral antiética de inclusión de renta.*”

29 El diario Tal Cual del 08-07-2009 se refiere a la situación en estas empresas en un reportaje titulado “*Estatismo salvaje en Guayana.*”

pueda recitar hasta trescientos poemas, puede mostrarse inepto cuando se le da algún trabajo administrativo que hacer en nombre del país; aunque pueda saber mucho de aquella otra erudición, si se le manda a una misión en cualquier parte, y no puede responder una pregunta personalmente y sin ayuda, entonces ¿para qué sirve?.”

5.1.2.- Prevalencia de lo político sobre lo institucional

Sería una falta de objetividad el señalar que la estructura gubernamental venezolano con anterioridad a 1999, era un modelo de institucionalidad porque no lo era: Incluso, a los empleados se les descontaba la cuota para el partido gobernante (socialdemócrata o socialcristiano) sin ser consultados, pero en cambio actualmente, se ha denunciado la politización e ideologización del sector público.³⁰

A este respecto, al incrementarse la politización en el servicio público venezolano es obvio que se dan los supuestos enunciados por NIETO sobre los principios informales de la administración pública, llegándose incluso a modificarse la forma en que por costumbre se enumeran las comunicaciones y actos administrativos en Venezuela, ya que antes se indicaban los años transcurridos desde la Independencia y la Federación, ahora se incluyen los años de la denominada *Revolución Bolivariana*.

30 Como evidencia de ello, se ha impuesto la obligatoriedad del uso del color rojo (identificado con el partido gobernante) en los entes públicos como *color institucional*, llegando incluso algunas dependencias colocar como parte de su publicidad en su momento, el lema “*Patria, Socialismo o Muerte, Venceremos*,” (el cual fue descartado luego de hacerse público el cáncer que sufría el presidente Chávez), de donde no sería aventurado señalar que actualmente se han unificando al menos en teoría las figuras de gobierno, partido y administración, aun cuando el artículo 145 de la CRBV, señala que “*los funcionarios públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna*.” En respaldo de tal criterio, baste recordar entre tantos ejemplos que el 15-07-2009, la prensa venezolana recoge en primera plana, las declaraciones del Ministro del Poder Popular para la Energía y Presidente de la estatal PDVSA en las cuales el día anterior, declaró ante un grupo de trabajadores, vestidos todos de rojo, que quien no estuviera en un comité socialista de trabajadores, sería considerado sospechoso de traidor y contrarrevolucionario, que la empresa está monolíticamente con Chávez y la revolución. Señaló igualmente que odia a la oligarquía, la cual debe temer a la revolución bolivariana. El precitado Ministro-Presidente es, a su vez uno de los vicepresidentes del Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) designado por Chávez. Sin embargo, esta dualidad de funciones no es un fenómeno únicamente atribuible a Venezuela: BAUTISTA (op. cit, pág 35) señala: “*En países con sistemas democráticos no consolidados, algunos directivos de instituciones públicas en periodos de campañas electorales, para apoyar a su partido, ordenan que el personal de la institución se reúna en la calle en horas laborables para entregar propaganda o asistir a los mítines de su partido, bajo la amenaza de “atenerse a las consecuencias.”* Y en España, en plena campaña para el parlamento europeo (2009), Mariano Rajoy del Partido Popular entonces en la oposición, denunció el uso por parte de su adversario, el Presidente del Gobierno José Luis Rodríguez Zapatero, de aeronaves oficiales para su traslado a los actos de campaña del Partido Socialista Obrero Español.

Es decir, en la práctica una Administración subordinada a un determinado proyecto político, no al Estado, salvo que se quiera inferir como se señaló previamente en la introducción a la presente obra, que para el Psuv son sinónimos Estado, Administración y Partido, lo cual tiene reminiscencias para nada democráticas del siglo pasado.

Llegados a este punto, debe abordarse el punto referente al ejercicio de los derechos políticos por parte de los empleados públicos: Previamente se hizo mención al antecedente de la tristemente célebre *Lista Tascón* de hace más de una década como precedente de arma de represión selectiva contra la disidencia al proyecto chavista dentro del ámbito de la Administración Pública³¹. A este respecto es de observar que en base al antes señalado artículo 145 del texto constitucional se garantiza la carrera administrativa, es decir la estabilidad en el cargo de los funcionarios públicos lo que implica que solo podrán ser apartados del servicio en base a supuestos de hecho previamente establecidos, y en base entre otros al cumplimiento del artículo 137 eiusdem (principio de la legalidad) y 49 idem (principio del debido proceso), ello aunado al hecho que se prohíbe por mandato constitucional la discriminación por razones políticas.

En este mismo orden de ideas, ante esta nueva denuncia de arbitrariedad³² del gobierno nacional, una ONG venezolana, Acceso a la Justicia señaló en fecha 27 de Julio del presente año en un artículo colocado en su website titulado “*Los despidos por firmar a favor del RR: ¿Delitos de lesa humanidad?*”³³:

“*Acceso a la justicia* advirtió en su oportunidad sobre el riesgo que implicaba que el CNE no garantizara la privacidad de las personas que firmaron (lo que es un derecho consagrado en el art. 60 de la Constitución) y la situación de discriminación que podía generar en su contra, tal como ocurrió con la “*Lista Tascón*”.

Esta grave situación constituye una flagrante violación de los derechos humanos al condenar a los trabajadores y funcionarios que ejercieron los derechos de petición (art. 51 CRBV) y participación ciudadana (art. 62 y 70),

31 Ver: <http://www.elcorreodelorinoco.com/despedidos-revocatorio-restituídos-ferrominera/y/http://www.unbombazo.com/2016/08/27/victimias-del-revocatorio-despedida-luego-de-21-anos-en-el-seniat/>

32 El Tribunal Constitucional Español el 06 de Septiembre del 2000, Expediente 0250-2000-AA-TC, se refirió a la arbitrariedad en los siguientes términos: “(...) *es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, y desprendido o ajeno a la fundamentación debe extenderse a motivar suficientemente las decisiones administrativas, de acuerdo con los criterios razonables, justos, objetivos y debidamente motivados.*”

33 Ver el artículo completo en: <http://www.accesoalajusticia.org/wp/infojusticia/noticias/los-despidos-por-firmar-a-favor-del-rr-crimenes-de-lesa-humanidad/>

que finalmente no son más que expresión de la soberanía popular (art. 5).

El referendo revocatorio es un juicio de los gobernados sobre la gestión de los gobernantes y por ende su activación es un derecho político que recae sobre cada uno de los ciudadanos (art. 72); quienes pueden ejercerlo libremente, sin importar que presten servicios a los entes públicos y órganos que ejercen el Poder Público, al igual que ocurre con el voto (art. 63).

Es importante dejar claro que la Constitución no condiciona a los funcionarios públicos el pleno ejercicio de sus derechos políticos, y esta afirmación queda reforzada en el artículo 145 que establece que tales funcionarios están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna. Incluso señala que su nombramiento y remoción no pueden estar determinados por su afiliación u orientación política.

Además, el artículo 89.5 prohíbe de forma categórica todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo, credo o cualquier otra condición; prohibición que es cónsona con la garantía general de no discriminación contenida en el artículo 21.1 de la misma Constitución, y la cláusula de progresividad y garantía de los derechos humanos establecida en el artículo 19.

La constitucionalización de cada uno de estos principios, a su vez, es coherente con el Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), suscrito y ratificado por Venezuela en 1971, que prohíbe los despidos por razones políticas.

Para el lector quizás sea entonces una interrogante de por qué estos funcionarios arriesgaron su estabilidad administrativa y el bienestar de sus familias en medio de la crisis económica, social y política que en estos momentos azota a Venezuela (2016). Quizás sea esta misma crisis, la circunstancia que los decidió a dar este paso, lo que puede viene a confirmar la frase atribuida a un presidente venezolano del siglo XIX, Antonio Guzmán Blanco en el sentido que Venezuela es *“Como un cuero seco; Se pisa por un lado y se levanta por otro”*. Es decir, en definitiva el espíritu venezolano es irreverente ante el poder.

5.1.3.- Corrupción³⁴

Bautista³⁵ nos enseña que la corrupción en el ámbito público tiene dos actores principales: los políticos y los funcionarios públicos; de allí se derivan, a su vez dos ámbitos de corrupción: a) El político y b) El administrativo, aunque es difícil delimitarlos totalmente, ya que no existe una clara línea divisoria sino una mezcla de complicidades.

Ergo, la corrupción política se exterioriza desde la perspectiva de BAUTISTA cuando los políticos, impulsados por la avaricia y la ambición, se aseguran una fortuna privada desfalcando el erario nacional, extorsionando a los particulares, favoreciendo intereses de grupo, aceptando sobornos, repartiendo los cargos públicos entre sus familiares o amigos, etc.

Por su parte, la corrupción administrativa se produce según dicho autor en el ámbito de la Administración Pública, caracterizándose por el abuso de poder del funcionario para obtener beneficios propios. La corrupción administrativa no puede separarse de la política, por cuanto son complementarias, ya que donde los políticos son corruptos, se afianza la corrupción administrativa, aun cuando la profesionalización de los servidores públicos, atenúe en cierta medida este fenómeno.

Si se le ha de dar crédito a innumerables denuncias recogidas por la prensa desde el siglo XIX hasta el momento presente, empezando por los escritos del realista José Domingo Díaz contra los patriotas que habrían malversado la caja de caudales dejada por Vicente Emparan luego de su deposición el 19 de abril de 1810, la Administración Pública venezolana no escapa a este flagelo³⁶, y la referencia efectuada anteriormente al informe del Banco Mundial en el año 2009,³⁷ y más recientemente la noticia según la cual el gobierno suizo devolvió a los Estados Unidos de América un total de 50 millones de US\$ que estaban congelados con motivo de una trama de

34 Y tan cierto es que la corrupción es un flagelo para la Administración Pública que existe una Ley Anticorrupción.

35 Op. cit.

36 Para el lector interesado en el tema, se le sugiere revisar las Memorias de Pedro Núñez de Cáceres, *La Caída del Liberalismo Amarillo* de Ramón J Velásquez en lo referente a como se tramitó la denuncia contra un ministro del gobierno de Joaquín Crespo, por solo hacer mención al siglo XIX.

37 Otro punto en contra de la lucha anticorrupción, es la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea del 12-06-2009, en el cual se concretó la modificación a la Decisión 2008/938/CE relativa a la lista de los países beneficiarios que pueden acogerse al régimen especial de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza, establecido en el Reglamento (CE) N° 732/2008, del Consejo, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas para el período del 01-01-2009 al 31-12-2011, en la cual señala textualmente: “sin embargo, ahora se ha verificado que Venezuela no había ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción que figura en el Anexo III, Parte 5, Punto 27, del Reglamento (CE) N° 732/2008 para beneficiarse del régimen especial de estímulo por lo que del artículo 1° de la Decisión 2008/938/CE quedan suprimidas las palabras “(VE) VENEZUELA”. La presente Decisión será aplicable a partir del sexagésimo día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.”

corrupción³⁸ en la cual estaría involucrada la empresa estatal petrolera venezolana PDVSA, la cual se ha visto envuelta en una serie de escándalos judiciales en suelo norteamericano relacionados con acusaciones de corrupción y lavado de dinero³⁹.

Como costes de la corrupción en la vida pública, para Bautista en lo político, el Estado se devalúa, el gobierno y la administración pierden credibilidad, se cuestiona la gobernabilidad al generar desconfianza en las instituciones públicas. En lo económico: distorsión presupuestaria, desaliento a la inversión. En lo social: acrecienta las desigualdades al impedir que los recursos lleguen a los más necesitados; fomenta la injusticia al darle prioridad a los que pueden pagar la “coima” o “mordida” para agilizar algún servicio. En lo cultural, aleja los valores éticos y hábitos de educación de la conducta ciudadana, incorpora actitudes perversas en el devenir cotidiano del individuo alterando los valores sociales y de convivencia humana. Por ello, concluye el referido autor, los efectos de la corrupción son negativos: turbulencia, confusión, incertidumbre, anarquía, desconfianza de la sociedad en la administración, negligencia del aparato gubernamental, etc.

5.2.- Posibles soluciones políticas y jurídicas

Ya señalada y descrita la problemática que actualmente afecta a la Administración Pública venezolana, se presentan las siguientes ideas para promover soluciones para un problema tan complejo:

5.2.a.- Aplicación del sistema establecido en la Constitución

Tal y como expone Rodríguez-Arana Muñoz (2006), el gobierno sigue siendo la única instancia pública que puede seguir promoviendo el libre ejercicio de los derechos fundamentales para los ciudadanos, para lo cual es necesario por parte de la administración pública de una mentalidad abierta, metodología del entendimiento y mayor sensibilidad social, lo que debe desembocar en que el centro de la actuación administrativa es el ciudadano, quien no puede ser entendido ni tratado como un sujeto pasivo y mero receptor de la voluntad gubernamental; debe ser el protagonista por excelencia de la vida política, ya que el fundamento de una sociedad libre no está supeditado a los preceptos constitucionales formales, para lo cual es necesario un razonable nivel de educación cívica, lo que no debe confundirse con que el gobierno pretenda ideologizar a la totalidad de la sociedad, ya que solo puede estarse en presencia de una real participación si ésta es libre, por lo cual ésta no puede ni debe ser reglamentada por el poder público al igual que la solidaridad, ya que ambas implican una opción, un compromiso ético, por cuanto implica que el bien de la sociedad,

38 Ver: <http://www.cuentasclarasdigital.org/2016/10/suiza-entrega-a-eeuu-51-millones-en-activos-congelados-a-pdvsa-por-trama-de-corrupcion/>

39 <http://www.analitica.com/economia/eeuu-confiscaria-activos-hasta-por-11-mil-millones-presetuntamente-robados-de-pdvsa/> Noticia que coincide con el monto denunciado por un Diputado opositor venezolano. Ver: <http://noticiasvenezuela.org/2016/10/20/freddy-guevara-11-millones-de-dolares-fueron-desviados-durante-la-gestion-de-rafael-ramirez-en-pdvsa/>

es parte integrante del bien individual, por lo que se estaría efectuando intromisión en los principios personales, en los que el Estado no puede obligar ni constreñir a militar en una determinada ideología política.

5.2.b.- Instalación de una Gran Mesa de Diálogo Multiplural

Que incluya la participación de sectores políticos, gremiales, académicos, sociedad civil, etc que presente en un lapso preestablecido, un papel de trabajo para reformular y precisar las líneas estratégicas necesarias para la idónea y eficaz implementación para el siglo XXI que culmine con la suscripción de un acuerdo consensuado que incluya el papel del Estado en la vida pública, económica y social, la profesionalización del recurso humano de éste, y actuaciones decisivas en contra de la corrupción, lo cual incluirá profundizar el fortalecimiento, autonomía y profesionalización del Poder Judicial, Ministerio Público y depuración de los cuerpos de seguridad; el fomento de la ética pública, ya que todo funcionario debe tomar conciencia de que el servicio público es la acción del gobierno para satisfacer las necesidades de la colectividad, ya que lo que se pretende al fomentar la ética es motivar a los empleados para obtener mejores resultados.

A este respecto, las reformas, tal y como señala el informe del Comité de Gestión Pública de la Organización de Comercio y Desarrollo Económico (OCDE) (PUMA, junio de 2001), deben buscar un cambio a largo plazo en el comportamiento del Gobierno a través del cambio en la cultura organizacional, introduciendo incentivos en los esfuerzos de la reforma, estimulando a los ejecutores últimos de la reforma (los funcionarios) obtengan determinados reconocimientos si éstos consiguen resultados acordes a la reforma planteada, por lo que es recomendable gratificar las actuaciones innovadoras y sensibles a los cambios.

5.2.c.-Implementación y ejecución de políticas de buen gobierno

El buen gobierno es un catálogo de obligaciones y deberes exigibles a los funcionarios y jerarcas de la administración y que se derivan del servicio al interés general (Rodríguez-Arana Muñoz, 2006), implicando dos consecuencias concurrentes: a) Es el determinante de la calidad de la organización b) Implica la voluntad de ruptura frente a las malas prácticas o corrupción, debiendo ser sus resultados a largo plazo de ser aplicados lo más acertadamente posible en las relaciones administración-administrado: confianza (certeza), legitimidad y rendimiento democrático; se basa, igualmente en el actuar, coadyuvando a la presencia y participación real de la sociedad, evitando que las ideologías políticas excluyan a los sectores sociales con visiones distintas.

Según las propuestas de Rodríguez Arana (2006), el trabajo por parte de la Administración que aplique las políticas del buen gobierno, establecerá que:

1) *Trabajar es aprender.* Dirigir es enseñar. Trabajar es aprender porque el aprendizaje es permanente, siendo inseparables el trabajo del aprendizaje.

2) *Una organización inteligente es una comunidad de investigación y aprendizaje*, permanentemente deberá analizar, buscar las causas de lo que sale mal y tomar las decisiones pertinentes debiendo contar para ello con toda la organización en su conjunto.

3) *El conocimiento implica la elaboración esmerada del producto del trabajo.*

4) *Obvia dimensión ética:* Transparencia y colaboración para cumplir con los fines del Estado, teniendo en cuenta las necesidades colectivas, para lo cual el funcionario centrado en su lugar de trabajo suficientemente motivado, debe ser la característica que distinga el trabajo de estas nuevas organizaciones.

5) Una organización inteligente debe *cultivar una profunda cultura corporativa*, y si es un ente público, su objetivo estará al servicio permanente de los intereses generales, los cuales implican la garantía de los derechos de los ciudadanos.

6) En las organizaciones inteligentes, la investigación y la gestión se identifican, porque el aprendizaje no finaliza nunca, ya que la formación y el gestionar es aprender, y gestionar es investigar, lo cual se hace más patente en la sociedad del conocimiento, donde los avances tecnológicos influyen en el avatar diario entre administración y ciudadanía (internet, telefonía móvil, correo electrónico, etc).

6.- Conclusiones

En la Administración Pública hay individuos que viven para la administración, y otros que viven de la administración; y al carecerse de principios éticos, es fácil caer en el mundo de los contravalores, tal y como lo demuestran los incontables escándalos políticos y financieros alrededor del mundo, lo cual demuestra que la corrupción *per se* no es característica única de algún régimen político o ideológico.

El intentar poner al servicio de una determinada tendencia política el andamiaje de la Administración Pública, tiende a *hiperpolitizar* la gestión gubernamental, por cuanto se dejan de lado los criterios técnicos y profesionales, lo cual se presta de *facto* a la emisión de patentes de corso para todo aquel con conexiones personales o políticas para, valiéndose de su posición relativa y temporal de poder, proceda a incrementar su patrimonio basándose en el círculo de relaciones creado, lo cual mientras se mantengan los beneficiados "*leales*", se le otorgará la impunidad requerida, tal y como lo describe NIETO.

Por ende, de aplicarse con verdadera voluntad política los principios del buen gobierno, no solamente los políticos, sino los ciudadanos estarán mejor gobernados y tendrán –en la medida de lo posible– líderes idóneos, que piensen más en la colectividad. No debe ser difícil que una sociedad moderna, en pleno siglo XXI, funcione dentro de ciertos parámetros preestablecidos, en los cuales los ciudadanos tengan sus necesidades básicas satisfechas por un Estado donde funcionen racionalmente los contrapesos de los distintos poderes, y en ausencia de tal voluntad, no se podrá combatir el fenómeno de la corrupción (moral, institucional y patrimonial), siendo un error imperdonable que a nivel mundial existan entre los altos responsables de las políticas gubernamentales, quienes prefieran la adulancia interesada a ellos que

el servicio desinteresado a la nación. Del fenómeno de la corrupción, no son inmunes ni los políticos, ni los empleados públicos ni los ciudadanos de a pie, y la historia en caso de falencias en el equilibrio de poderes emitirá, tarde o temprano su lapidario veredicto sobre los responsables por comisión u omisión.

7.- Bibliografía

Amaro, Guzmán. (1994). *Introducción a la Administración Pública*. 2ª Edición, Mc Graw Hill México.

Bautista Oscar Diego. (2009). *Ética para corruptos: Una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas*. Colección Ética, Aplicada Editorial Desclee De Brouwer.

Combellas, Ricardo. (2001). *Derecho Constitucional*. Mc Graw Hill Interamericana de Venezuela.

García de Bernaldo, Joaquín. (2005). "El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas". Consejo General del Poder Judicial. *Escuela Judicial: Derechos Procesales Fundamentales* Manuales de Formación Continuada N° 22 Madrid.

Garrido Falla, Fernando. (1970). *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen I 5ª Edición Instituto de Estudios Políticos Madrid.

Gil Villa, Fernando. (2008). *La cultura de la corrupción*. Maia Ediciones, Madrid.

Gonzalez Pérez, Jesus. (2004). *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Edit. Civitas, Madrid

N° 1.423. Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas, Caracas 17 de Noviembre de 2014.

N°6.217. Asamblea Nacional de la República Bolivariana, Caracas, 17 de octubre de 2001.

N° 2.818. Organización de los Estados Americanos, Caracas, 1º de julio de 1981.

Nevado Batalla, Pedro. (2009) "Derecho Administrativo y Calidad." Ponencia en los XXV Cursos de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.

Moles Caubet, Antonio: "Implicaciones del Principio de Legalidad" Instituto de Derecho Público Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración Vol. 2 1970-1971 Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela Caracas, 1972.

Nieto, Alejandro. (2008). *El Desgobierno de lo Público*, Editorial Ariel, Barcelona.

Núñez Gómez, Teresa. (2005). *Abuso en la exigencia documental y garantías formales de los administrados* Atelier, Barcelona.

Rebollo, Luis Martín. (2008) "Responsabilidad Patrimonial de la Administración" Ponencia en los XXV Cursos de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca (17-06-2009); "Leyes Administrativas" Editorial Thomson Aranzadi, 14ª Edición.

Rondón de Sanso, Hildegard. (1995). *Teoría General de la Actividad Administrativa*. Librería Alvaro Nora, Caracas.

Rodriguez-Arana, Jaime. (2006). "El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas" Adaptado a la Ley 5/2006, del 10 de abril Editorial Aranzadi.

Sarría Olcos, Consuelo. (2008) “Los Principios Generales del Derecho y el Procedimiento Administrativo en Colombia.” Ponencia presentada en “Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Valladolid y Salamanca. Septiembre 2008 Netbiblo, S.L. La Coruña.

Scognamiglio, Laura Louza. (2010). *Acceso a la Justicia*. recuperado de: accesoalajusticia.org

Verdú, Pablo Lucas. (1998). *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Edic. Dykinson, Madrid.

Las políticas sociales y su repercusión en el sistema de derechos. Marco jurídico, jurisprudencia y principales programas en Argentina (2003-2015)

Por Leonardo Andrés Behm y Mauro Cristeche

I. Introducción

Este trabajo se inscribe en un proyecto de investigación colectiva que se propone analizar las políticas de trabajo, vivienda y asistencia social en Argentina en el período 2003-2015, y su repercusión en el sistema de derechos. Se desarrolla en el marco del Área “Estado, políticas públicas y derechos” del Instituto de Cultura Jurídica de la UNLP, cuyo propósito general es contribuir al conocimiento social sobre el papel del Estado en la reproducción social en Argentina y su vinculación con el sistema de derechos, a partir de estudios de políticas públicas.

Toma como punto de partida una evidencia empírica: en Argentina en las últimas décadas la intervención estatal en las relaciones sociales, económicas y jurídicas es cada vez más significativa en términos históricos, y se ha consolidado como una tendencia del capitalismo local. El país asiste a una “estatización de la vida social”, fenómeno que otros autores, con alcance y entidad diferentes, han denominado de otras maneras, como “estatalización” (Grassi, 2003).

En consecuencia, para abordar la evolución del sistema de derechos, y en particular los derechos sociales, es imprescindible considerar las transformaciones estructurales ocurridas en Argentina; y a partir de allí analizar las políticas estatales orientadas a “efectivizar derechos”. Ese análisis no puede partir de una naturalización del sistema de derechos desde la dogmática jurídica, sino que debe avanzar sobre la evolución de las condiciones materiales de vida, situadas históricamente.

En ese sentido, el trabajo se constituye como un punto de partida de una investigación de largo plazo que, a partir de un estudio de las transformaciones de la estructura social y de las políticas estatales, pueda dar cuenta de las transformaciones en el sistema de derechos.

En esta oportunidad se enfoca en el marco jurídico, la jurisprudencia y los principales programas de asistencia social desplegados en el período 2003-2015, y se introduce en la discusión con las posiciones dominantes sobre la relación entre políticas sociales y derechos.

Comienza con un somero encuadre histórico y teórico sobre las políticas sociales en Argentina, recogiendo los principales debates vigentes. Luego se propone delimitar el marco jurídico que da forma y en el que se encuadran las políticas de asistencia social, la jurisprudencia más relevante sobre la materia, y analiza los programas más importantes del período. Concluye con algunas consideraciones sobre los aspectos analizados.

II. Las políticas sociales en Argentina.

Es difícil definir con precisión cuáles políticas estatales deben encuadrarse dentro de las “políticas sociales”. Danani (2003), las define como

Aquellas específicas intervenciones sociales del Estado que se orientan (en el sentido de que producen y moldean) *directamente* a las condiciones de vida y de reproducción de la vida de distintos sectores y grupos sociales, y que lo hacen operando especialmente en el momento de la *distribución secundaria del ingreso* (...) Lo que las distingue es que ese proceso de *configuración* no obra en el circuito de la distribución del ingreso directamente derivada del proceso de producción, por la vía de la retribución a los factores (*distribución primaria*), sino por mecanismos de redistribución que se le superponen (...) Esto me permite postular la (siempre relativa, pero creo que analíticamente necesaria) discriminación entre políticas sociales y aquellas políticas inmediata y tradicionalmente reconocidas como económicas” (p. 11)

A juzgar por el “Gasto Social” del Estado argentino, ellas comprenderían: 1) salud, 2) educación y cultura, 3) promoción y asistencia social, 4) seguridad social, 5) trabajo, 6) vivienda y urbanismo, 7) agua potable y alcantarillado y, 8) otros servicios urbanos” (Cristeche, 2013).

Existe un consenso entre los especialistas en políticas sociales, que las mismas se han expandido sustancialmente desde comienzos del siglo XXI, no solo en Argentina sino en toda Latinoamérica.

“Si se considera solamente la nueva matriz de protección social que se ha creado en los países, especialmente en aquellos que históricamente venían rezagados o tardíos en el desarrollo de sus sistemas protectorios, la transformación es evidente, particularmente en la primera década y media del siglo XXI (CEPAL, 2014)”. (Pautassi, 2016, 44).

Un poco más discutida es la caracterización de que la expansión viene desde más atrás, por aquella idea muy difundida en los años 90 y comienzos del siglo XXI sobre una supuesta “desaparición” o “retirada” del Estado.

“Está ampliamente difundida la noción que la década del noventa produjo en Argentina una contracción estatal generalizada (...) Si bien ello sucedió en el campo de la economía, no aconteció lo mismo en las diversas áreas de la política social. De esta forma mientras privatizaciones y flexibilidad laboral desmantelaban el edificio Keynesiano, los componentes del denominado Estado de Bienestar (EB) experimentaban un notable crecimiento”. (Isuani, 2009: 32)

Según Cortés y Marshall (1991), es precisamente en la década del 90 que se consolidaría un nuevo modelo de política social. La “crisis del Estado de Bienestar” (Isuani, 1991), como se le suele denominar a ese período en que se deterioraron sostenidamente las condiciones de vida de la clase obrera, al expandir la desocupación y la informalidad, habría obligado a virar de estrategia, antes basada en el mercado formal

de trabajo –por eso también se habla de “crisis de la sociedad salarial” (Isuani, 2009)-, y ahora de neto corte asistencial y compensatorio.

Una pregunta válida es si estos países requerían el nivel de protección que requieren en la actualidad. Dicho de otra manera, cuál es la relación entre las necesidades sociales insatisfechas y la capacidad protectoria desplegada por el Estado. Entonces, podría ser que “la transformación” sea “evidente”. Pero cuál es el contenido de esa transformación. ¿Los Estados de esos países son más protectorios que en el pasado? ¿Contienen en mayor medida las necesidades sociales insatisfechas? En definitiva, ¿se ha expandido con mayor velocidad la protección estatal que las necesidades sociales insatisfechas o el fenómeno es el inverso?

La propia autora citada anteriormente da un indicio de posible respuesta al afirmar que:

“Los esfuerzos por expandir la cobertura en materia de transferencias de ingresos a sectores informales, acompañados por importantes esfuerzos en el campo de la salud y de la educación, donde se suma la incorporación de la problemática del cuidado en la agenda de políticas sociales, y en menor medida, la implementación de políticas activas en el mercado de trabajo en el marco de un importante crecimiento económico experimentado a nivel regional, contrastan con la persistencia de niveles de desigualdad como característica saliente de este continente”. (Pautassi, 2015, 44)

Esto nos lleva a la necesidad de preguntarnos por causas explicativas de estas transformaciones y cuál es su contenido, cuál es la tendencia.

Argentina es un país cuyo proceso nacional de acumulación se basa en la producción de mercancías primarias con destino al mercado mundial (que incluye, según el caso, su procesamiento industrial en origen), y un menor grado de producción industrial para el mercado interno (Iñigo Carrera, 2008; Rapoport, 2013; Astarita, 2013).¹ Es un país con sectores productivos muy desiguales: el sector agrario es muy competitivo a nivel internacional y genera mucha riqueza (y divisas), frente a una industria relativamente débil y a un mercado interno pequeño. Su reproducción como recorte nacional ha tenido siempre como condición la “transferencia” de riqueza que brota del agro a otros sectores de la economía (Kicillof, 2008; Peralta Ramos, 2007).

Luego, su mercado laboral ha ido experimentando una fragmentación cada vez más profunda (Grassi y Danani, 2009; Torrado, 2007) con diferenciaciones evidentes, cuya expresión más profunda es la creciente producción de sobrepoblación relativa: desocupados, subocupados y todo tipo de formas laborales precarias que expresan la imposibilidad de una reproducción normal de la vida a través del salario (Sartelli, 2012; Iñigo Carrera, 2008). Esto se torna muy evidente en las últimas décadas.

En consecuencia, si bien la estructura económica argentina ha requerido siempre, como condición para su reproducción, de una intervención estatal activa, esa tarea “redistribucionista” (Roba y Francina, 2011), que en definitiva está dirigida a

1 Un desarrollo más extenso de esta caracterización sobre la evolución de la estructura económica argentina en las últimas décadas en Cristeche, 2013.

modelar la relación capital/trabajo (Cortes y Marshal, 1991), se ha profundizado en las últimas décadas.

En ese contexto, las transformaciones en el mercado laboral, también aceleradas a partir de la década del '70, han llevado al Estado a desarrollar y extender 'políticas públicas' imprescindibles para la reproducción social. De ahí que se observa un incremento y consolidación del gasto público social -y en particular el de asistencia social- a partir de la década del '90 (Cristeche, 2015; Seiffer 2012). El crecimiento relativo del gasto social en el consumo de la clase obrera en relación a la evolución del salario real ha sido muy marcado (Seiffer, 2013).

Tomando el período 1980-2010, el gasto en Promoción y asistencia social es el rubro que más se ha expandido en términos relativos, en el orden del 250% en su participación en el PBI. Lo ha hecho sostenidamente en todos los gobiernos, y no sintiendo tanto como otros rubros las consecuencias de la crisis. Su crecimiento se emparenta con una tendencia a la caída del valor de la fuerza de trabajo a partir de mediados de la década del 70 -que se convierte en condición del proceso de acumulación de capital-, cuyas características salientes son la fragmentación laboral, la precarización y la desocupación, y la reproducción del colectivo obrero a partir de la baratura de la fuerza de trabajo.

“... Lejos de ser expresión de un cambio en la forma de atendimento de la “cuestión social”, del fin de la etapa neoliberal y del retorno del Estado, su existencia es parte de una tendencia previa de expansión del componente asistencial de la política social que expresa los límites de un capitalismo que se sostiene de manera sostenida en el aumento de la tasa de explotación por la vía de abaratar los costos de una fuerza de trabajo que se constituye en sobrante con empleo precario y bajos salarios”. (Seiffer, 2015, 268)

En definitiva, la degradación del mercado de trabajo va convirtiendo a la asistencia social estatal en una necesidad para la reproducción social. Es por ello que el análisis de estas políticas no puede partir de una naturalización del sistema de derechos. Hay que avanzar en las relaciones sociales que lo determinan y configuran, en particular las condiciones de trabajo.

III. Marco jurídico de las políticas de asistencia social en Argentina.

Durante el siglo XX -y sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial-, se asistió a una internacionalización del derecho, al auge de los “derechos humanos”, a una superproducción normativa de reconocimiento y consagración de derechos “inherentes a la condición humana”. En ese marco, se colocó al Estado como garante y responsable inexcusable de su ejercicio efectivo, lo que significó un importante cambio de paradigma constitucional respecto del entonces constitucionalismo clásico, por cuanto este último fue inspirado en la desconfianza hacia los poderes constituidos (razón por lo cual se esforzó en limitarlos) mientras que novedosa constitucionalización de derechos sociales fue diseñada posteriormente sobre la exigencia de un Estado activo garante de la prestación de diversos derechos. En otros términos, se registró una dife-

rencia sustancial entre la vieja doctrina liberal de los derechos humanos que surge con la Revolución Francesa y la que se expresó a partir de la proliferación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Ambas de impronta iusnaturalista, la primera reconoció la igualdad ante la ley y la titularidad de todos los derechos por la mera condición de personas, pero en el marco de un capitalismo naciente en el que sería el mercado el garante de su cumplimiento, mientras que para el Estado se reservaban atribuciones mínimas –la administración de justicia, la seguridad-. A lo largo del siglo XX se consagran jurídicamente la igualdad material y la universalidad y operatividad de todos los derechos.

Este proceso fue particularmente relevante en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), y al papel del Estado en su efectivización.

De esta tendencia surgieron distintas corrientes derechohumanistas, como la del “enfoque de derechos”:

“es precisamente una metodología que considera que los derechos incorporados en los Pactos y Tratados de Derechos Humanos, de los cuales la mayoría de los países han ratificado e incluido en sus marcos constitucionales y por lo tanto son de cumplimiento obligatorio, sumado a la existencia de un corpus interpretativo realizado por los mecanismos de contralor y protección internacional de derechos humanos (...) que define el alcance, contenido y dictan recomendaciones sobre las mejores formas de cumplir con las obligaciones positivas y negativas contenidas en cada derecho, deben ser aplicados a las políticas públicas. Es decir, se trata de un conjunto de estándares interpretativos del alcance de los derechos humanos que deben estar obligatoriamente incorporados en las políticas públicas en general, y en las sociales en particular, de modo de cumplir con los mandatos pero además efectivizar las garantías contenidas en cada derecho.

A modo de ejemplo, cada poder del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) debe fundar sus políticas, acciones, planes, leyes y sentencias judiciales en derechos, los que deben ser interpretados en consonancia con la Constitución política y el contenido de los Tratados internacionales, para lo cual el “enfoque” de derechos otorga el prisma, la mirada transversal, para incorporarlo. En otros términos, no basta señalar que se garantiza un derecho, o que se restituyen otros, sino que tales garantías deben necesariamente cumplimentar con los estándares necesarios para que no sea una mención “retórica” sino efectiva”. (Pautassi, 2016, 45).

Pero la centralidad del Estado como “garante” de los derechos: ¿encuentra su base en el paradigma de los derechos humanos, o viene de un en el fenómeno más profundo? El derecho ha naturalizado el proceso de incremento sostenido de la intervención estatal, que se venía registrando con fuerza desde comienzos del siglo XX, y lo ha vaciado de contenido, como si esa intervención hubiera tenido como motor y como finalidad satisfacer el ejercicio universal de todos los derechos y no la reproducción del

proceso de acumulación de capital. Sin dudas no ha sido el derecho el que ha obligado a los estados a mutar, sino las necesidades de reproducción del capital.

Lo que se observa en este fenómeno es un proceso contradictorio. Por un lado, un avance en el reconocimiento de derechos: las políticas sociales y los DESC cuentan con una cobertura jurídica muy amplia (tanto es así que se ha llegado a hablar de “saturación normativa”), que comprende no sólo reconocimiento de derechos sino también obligaciones explícitas de los Estados. Por otro lado, asistimos a un proceso de degradación de las condiciones de vida de amplias capas de la población; en consecuencia a una degradación de los derechos, en particular vinculados a la degradación del mercado laboral y las condiciones de trabajo.

“La pobreza sigue siendo una de las principales violaciones de derechos humanos en la mayoría de los países del mundo. La CEPAL (2013) demuestra que si persiste una disminución de sólo diez puntos porcentuales de la pobreza por década, se requieren 50 años para reducir -y no eliminar- la pobreza en el caso de los niños, niñas y adolescentes (NNA) que junto con las mujeres son los más afectados por la pobreza en el continente, lo cual da cuenta no sólo del incumplimiento de obligaciones de los Estados sino de la violación del deber de protección de los derechos humanos.” (Pautassi, 2016, 46).

En el mismo orden de ideas, los “avances institucionales” en la materia han demostrado serias contradicciones o inconsistencias y el caso argentino es una clara muestra de ello. Basta con recordar que la reforma constitucional de 1994 no sólo asignó jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos sino que también, a la par, incorporó al texto constitucional la figura del Defensor del Pueblo, órgano independiente cuya misión primordial es la defensa y protección de esos derechos ante hechos, actos u omisiones de la Administración (art. 86 CN), función que se encuentra vacante desde el año 2009.²

IV. La jurisprudencia argentina relativa a la asistencia

El nuevo rol constitucional del Estado frente a la referida superproducción normativa de reconocimiento y consagración de derechos, ha generado dos consecuencias inseparables la una de la otra: a) desde un plano netamente normativo no sólo se ha complementado la parte dogmática de la Constitución, sino que también se ha condicionado a todos los poderes públicos, incluido el judicial, al pleno respeto y garantía de estos derechos. Por ende, la violación a un Tratado no sólo conlleva a la responsabilidad internacional del Estado sino que también a la violación de la Constitución misma (Abramovich y Courtis, 1997); b) desde un plano fáctico se ha asistido a un incumplimiento sistemático de las obligaciones asumidas constitucionalmente por el Estado bajo los siguientes pretextos: 1) el de la programaticidad de esos derechos, lo

2 En el reciente fallo sobre los “tarifazos”, la Corte Suprema haya exhortado al Congreso de la Nación para que proceda a la designación del Defensor del Pueblo, por cuanto su ausencia repercute severamente en los derechos que por manda constitucional el órgano debe resguardar.

cual carece de claridad por cuanto todo derecho constitucional se ejerce conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (Etchichury, 2011); y 2) el de la escasez de recursos económicos para cubrirlos, argumento que contraría la doctrina de “donde hay un derecho, hay un remedio” y todos los derechos son costosos porque sus remedios lo son (Holmes, Sustain, 2010).

Frente a esta clara tensión entre las derivaciones jurídicas y fácticas generadas por la superproducción normativa, la “justiciabilidad” de los derechos sociales se ha convertido en una cuestión inevitable.

Así, se generó la necesidad de que los ciudadanos perjudicados por la inacción estatal acudan a un juez que ordene una reparación, tal como ocurre con la violación de un derecho civil y político, o bien el cumplimiento de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho: ‘Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida’ (Artigas, 2005: 24) (...) Es decir, la otra faceta de la obligación del Estado es la posibilidad de que los titulares de los derechos sociales puedan exigir su cumplimiento apelando a un tribunal de justicia” (Arcidiácono y Gamallo, 2015, 71).

En este marco, la justiciabilidad se alza como un concepto ligado al de “exigibilidad”. Si la exigibilidad pretende la realización de un derecho, la justiciabilidad busca que tal realización se haga por la vía de su reclamación ante instancias que administran justicia. En el fondo, se trata de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante las herramientas que puede ofrecer la justicia distributiva. La justiciabilidad supone, por tanto, una pretensión formulada por un reclamo en contra de un sujeto obligado por el derecho y al mismo tiempo un ente decisor que, satisfechas determinadas circunstancias, resuelve la controversia (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009).

Ante el panorama descripto precedentemente cabe referir, particularmente, al rol asumido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ante el incumplimiento estatal de distintas obligaciones de asistencia social.

A nivel general, la CSJN ha aplicado en forma directa -fundamentalmente desde el año 1994- los distintos Tratados que protegen derechos económicos y sociales para complementar, de esa manera, normas constitucionales. Las decisiones de la CSJN -en mayor o menor medida y en el marco la “doctrina del seguimiento nacional”-, se han *aggiornado* a distintos estándares internacionales. Así, por ejemplo, ha procedido el Tribunal reiteradamente en materia de salud, seguridad social, trabajo, derechos de los niños, etc. Ha apelado también a las decisiones e informes de los órganos de protección del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano para interpretar textos internacionales o la propia Constitución. Por ejemplo, ha considerado las Observaciones Generales y las Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) y las sentencias y Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuentes de inter-

pretación. Además, ha declarado que el Comité DESC es el órgano autorizado para la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y en general ha estipulado que las decisiones de la Corte Interamericana resultan vinculantes para los tribunales de justicia nacionales (Rossi y Filippini, 2008). A modo de ejemplo pueden citarse algunas sentencias relevantes de la CSJN en la materia:³

-En “Asociación Benghalensis y otros c/Estado Nacional” (CSJN, 1/6/2000), las organizaciones sociales demandaban que el Estado nacional cumpla con la obligación legal de asistencia, tratamiento, rehabilitación y suministro de medicamentos. La Corte confirmó, por un lado, la legitimación de las organizaciones para accionar no sólo en razón de su interés difuso en que se cumpla la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud. Luego, adoptó un remedio de tipo general, ya que obligó al Ministerio de Salud a cumplir con la Ley Nacional de SIDA cuyas prestaciones deben alcanzar a todas las personas que viven con VIH.

-En el caso “Sánchez” (CSJN, 17/5/2005), la Corte deja de lado el criterio sentado en “Chocobar” y resuelve que los haberes jubilatorios como prestaciones previsionales poseen naturaleza sustitutiva del salario percibido en actividad y rechaza toda interpretación restrictiva de su movilidad de acuerdo con el art. 14 bis de la Constitución. Afirma la Corte que:

“Los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el art. 75 inc. 23 de la Ley Fundamental, reformada en 1994, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos”.

-En “Badaro” (CSJN, 8/8/2006) la Corte ratifica el criterio expuesto en “Sanchez”. De tal manera expresa que:

“la movilidad de que se trata no es un reajuste por inflación... sino que es una previsión con profundo contenido social referente a la índole sustitutiva de la prestación jubilatoria, para la cual es menester que su cuantía, que puede ser establecida de modo diferente según las épocas, mantenga una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores”.

-En el caso “Reyes Aguilera” (CSJN, 4/9/2007), la Corte consideró que algunas prestaciones sociales no contributivas también están regidas por las obligaciones constitucionales del Estado en materia de seguridad social, en especial cuando esas prestaciones tienden a la protección del derecho a una vida digna de personas con discapacidades físicas.

-En el caso “Defensor del Pueblo” (CSJN, 18/9/2007), la Corte dispuso medidas cau-

telares ordenando al Estado nacional y a la provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas Tobas, en el marco de una acción de conocimiento promovida, contra ambos Estados, por el Defensor del Pueblo de la Nación en representación de los derechos colectivos de las comunidades indígenas afectadas por una situación de extrema pobreza.

- En “Badaro II” (CSJN, 26/11/2007), consecuencia del incumplimiento reiterado de lo resulto en “Badaro”, la Corte sostuvo que

“se ha reconocido el derecho a la movilidad no con un enunciado vacío que el legislador puede llenar de cualquier modo, sino que debe obrar con el objeto de darle toda su plenitud, que no es otra que la de asegurar a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo”.

Ahora bien, más allá de estas interesantes sentencias, debe recordarse que la justiciabilidad de los derechos sociales ha encontrado obstáculos de diversa índole. Así, por ejemplo, una constante limitación en el asunto se deriva del bajo índice de cumplimiento de sentencias que ordenan al Estado a cubrir la asistencia omitida o las múltiples trabas y demoras que se registran durante los procesos de implementación de las sentencias en su contra (Rossi y Filippini, 2008).

Además, como una cuestión previa, la justiciabilidad de los derechos sociales encuentra otro obstáculo de difícil sorteo. En el marco de nuestra ingeniería constitucional y de la jurisprudencia de la CSJN, el Poder Judicial se encuentra en principio inhibido de ejercer su función jurisdiccional para determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno, ya que (también según doctrina del Tribunal) no se desconocen las facultades que la Constitución asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas y hacer operativos los derechos sociales.

En el marco de esta última limitación a la justiciabilidad de los derechos sociales importa detenerse con alguna precisión en el caso “Quisberth Castro” (CSJN, 24/4/2012). Al resolver sobre cuestiones atinentes al derecho a la vivienda digna, el Tribunal ha establecido parámetros concretos en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales. En dicha sentencia la CSJN resolvió que los derechos sociales reconocidos en la Constitución detentan “operatividad derivada” en la medida que implican obligaciones de hacer a cargo del Estado, lo que exige que su implementación requiera de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Así, en un claro posicionamiento institucional frente al cumplimiento de los derechos sociales la CSJN ha sentado un rígido principio: es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno, por lo que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado no están sujetos al control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial, sino que se encuentran en la esfera de la discrecionalidad de los restantes poderes públicos. Ello, según sostiene la CSJN, obedece a que

“existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros,

así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos”.

Sin embargo, el rígido principio ha encontrado una limitada y hasta imprecisa, excepción: los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, debiendo acreditarse en cada caso sometido a su jurisdicción “una amenaza grave para la existencia de la persona”, por cuanto los restantes poderes constituidos “deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”.

Por su parte, una manera interesante de resolver la cuestión de la escasez de recursos por parte del Estado para cubrir los deberes de asistencia, surge del voto de Petracchi, quien expone que frente a las prioridades presupuestarias del Estado que colocan en situación de vulnerabilidad a determinado grupo de personas, “se impone la presunción de que *prima facie* no ha implementado políticas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido por el art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Dicha presunción implica que es el Estado quien debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, carga probatoria que se encuentra justificada por la referida presunción de inconstitucionalidad y por la realidad de que es el Estado (y no el habitante) quien tiene y produce la información presupuestaria, cuyo acceso resulta notoriamente dificultoso. Otro aspecto a considerar es el alcance que puede tener una estrategia judicial para lograr el cumplimiento de derechos postergados. En este punto, coincidimos con Arcidiácono y Gamallo:

“Los jueces pueden convertirse en actores relevantes dentro del proceso de formación de la política pública, con un peso institucional extraordinario en la agenda pública, en especial cuando promueven y facilitan la interrelación con los otros poderes del Estado. Sin embargo, podrán continuar las sentencias ejemplares, de alcance individual o colectivo, pero difícilmente se adviertan cambios sustanciales en la dinámica y orientación de la política pública únicamente a través de esos medios”.

(Arcidiácono y Gamallo, 2015, 77)

En fin, la tensión generada entre las consecuencias jurídicas y fácticas ocasionadas por la superproducción normativa de reconocimiento y consagración de derechos, derivó inevitablemente en el sometimiento de este complejo problema para su resolución en el Poder Judicial. La CSJN ha emitido distintos precedentes que podrían calificarse de ejemplares ante casos concretos, pero también ha establecido (en “Quisberth Castro”) lineamientos rígidos y poco precisos a tener en cuenta ante la judicialización de los incumplimientos estatales a los deberes constitucionales de asistencia.

V. Los principales programas de asistencia social

Los programas de asistencia social se enrolan dentro de las denominadas “Políticas de Ingreso” o “políticas de transferencias condicionadas”. Generalmente esas políticas se manifiestan en el gasto público en el rubro “Promoción y asistencia social”, dirigido a la reproducción directa o indirecta de la población obrera más empobrecida, sin trabajo o altamente precarizada. También alcanza a personas discapacitadas, indígenas y pequeños productores rurales. Comprende también las prestaciones sociales del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJyP) y de las obras sociales.

El gasto en este rubro ha ganado un peso sustancial en relación con el salario dentro del consumo obrero. Esta situación empieza a estar marcadamente presente a partir de la década del 90, y si bien hay períodos de leve reversión, éstos son cortos y la tendencia es siempre creciente. Luego de la caída de ambos por la crisis de 2001, hay una tendencia creciente del gasto asistencial frente al salario, que no sólo se ha estancado sino que ha caído.

A pesar de la expansión de estas políticas, el gasto representa una fracción todavía pequeña del PBI. El porcentaje que se destina a “programas sociales” depende de la definición que se utilice. Tomando programas destacados como la AUH, el seguro de desempleo, Conectar Igualdad, Argentina Trabaja, Familias, Manos a la Obra, Acciones de capacitación laboral, Seguridad Alimentaria y Atención de la Madre y el Niño, en el año 2011 significó el 1,2% del PIB.⁴

Con el Programa Alimentario Nacional (PAN), en mayo de 1984, el gobierno radical de Alfonsín implementó el primer gran programa de atención a amplios sectores de la población por carencias alimenticias, inaugurando la estrategia de focalización que luego se expandiría durante los ‘90.

En los dos años de gobierno aliancista el gasto en promoción y asistencia social fue importante. Si bien el nivel del año 2000 es inferior al del año anterior, en 2001 se recupera. En el momento más álgido de la crisis social durante 2002, Duhalde lanzó el Programa de Emergencia Alimentaria (PEA), cuyo presupuesto en 2003 equivalió al 6,4% del presupuesto de Promoción y asistencia social. La medida más importante por parte del Gobierno nacional fue el lanzamiento del Plan Jefas y Jefes de Hogar Desocupados.

A partir de 2003 la tendencia es a un crecimiento acelerado. De ahí al 2010 creció el 100%. En 2005 logra superar el 1,5% y en 2009 el 2%. En 2010 significó el 2,44% del PBI.

Se incluye dentro de ese concepto programas de distinta magnitud, en términos de calidad y cantidad de beneficiarios. Entre los más importantes se destacan la Asignación Universal por Hijo (AUH) y Embarazo (AUE), las asignaciones familiares, el Plan PROGRESAR, las jubilaciones y pensiones contributivas y no contributivas, y el Plan Argentina Trabaja.

4 Cfr. Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), en base al presupuesto ejecutado de 2011.

Asignación Universal por Hijo (AUH)

El decreto N° 1602/09 extendió al sector informal los beneficios de la asignación por hijo (contemplado en la Ley N° 24.714) que el Estado otorgaba a los trabajadores formales. La población destinataria es mayormente pobre, llegando al 70,4% promedio y profundizándose en regiones como el NOA y el NEA, con el 78% y 84% de destinatarios pobres. El 43,6% de los beneficiarios corresponde a población ocupada, el 50,5% a obreros inactivos y el 5,9% a desocupados. De los inactivos, el 87% son mujeres y, de ellas, solo el 21% es “jefe de hogar”.

Según datos aportados por el Observatorio Social de la ANSES,⁵ el programa cubre a unas 1,9 millones de familias (casi el 16% de los hogares), y más de 3,8 millones de niños y niñas; el 49% corresponde a niñas y el 51% restante a varones.

En cuanto a la distribución geográfica, un poco más del 50% de los beneficios corresponden a la región pampeana, seguidos por las regiones del Noreste (NOA) y Nordeste argentino (NEA) (18% y 14%, respectivamente). Las regiones del NOA y NEA son las que presentan los mayores porcentajes (superior al 30%), mientras que en la Patagonia el indicador ronda el 20%. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la cifra asciende al 18,5% de los niños cubiertos. Son las poblaciones de las provincias más vulnerables (sobre todo las provincias del norte argentino) las que más se benefician con la prestación. Al comparar la participación porcentual de las erogaciones por provincia entre el sistema tradicional de Asignaciones Familiares (Activos y Pasivos) y la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, se destaca que en general la distribución del gasto de la AUH favorece relativamente más a las jurisdicciones de menores recursos con relación al Sistema de Asignaciones Familiares convencional.

Asignación Universal por Embarazo (AUE)

La AUE se lanzó en mayo de 2011. Según datos recabados por la Auditoría General de la Nación,⁶ la cantidad de beneficiarios fue de 68.579 en 2011, mientras que en 2012 fueron 69.024. En junio de 2015 el número de beneficiarios ascendió a 74.523 según datos de ANSES.⁷

La AUE otorga prestaciones desde la semana 12 del embarazo hasta el parto, en un programa que en el 2011 ofreció cobertura al 22 por ciento de los nacimientos.⁸

La distribución geográfica del beneficio, al menos para fines de 2012, fue la siguiente: CABA 1.266 (2%); Conurbano y Provincia de Buenos Aires 25.240 (36%), Interior 42.518 (62%).

Asignaciones Familiares

En esta categoría se incluyen un conjunto de prestaciones diferenciando entre trabajadores activos e inactivos, contempladas en la Ley N° 24.714.

Según datos publicados por ANSES,⁹ los programas para trabajadores activos son:

5 Cfr. Observatorio Social de ANSES. Documento disponible en su web.

6 http://www.agn.gov.ar/files/informes/2014_170info.pdf

7 <http://www.transparencia.anses.gob.ar/anses-numeros/estadisticas>

8 Cfr. OIT: “Protección social para los niños: principales tendencias políticas y estadísticas”.

9 <http://www.transparencia.anses.gob.ar/anses-numeros/estadisticas>

1) Adopción; 2) Ayuda Escolar; 3) Asignación por hijo; 4) Hijo con discapacidad; 5) Maternidad; 6) Matrimonio; 7) Nacimiento; 8) Prenatal.

Por su parte, las prestaciones para pasivos son:

1) Ayuda Anual Escolar; 2) Cónyuge; 3) Hijo; 4) Hijo Discapacitado.

En cuanto a las prestaciones por desempleo, la evolución de la cantidad de perceptores ha sido la siguiente: 2009: 131.505; 2010: 140.534; 2011: 112.426; 2012: 98.024; 2013: 92.323; 2014: 86.117;

2015: 77.735. Hay una tasa mayor en las mujeres; y se registra el mayor número entre la franja de 30-34 años.

PROGRESAR

Se trata de una asistencia a los jóvenes entre los 18 y los 24 años que no trabajan, trabajan informalmente o tienen una remuneración menor al salario mínimo vital y móvil (y su grupo familiar está en iguales condiciones) para iniciar o completar sus estudios en cualquier nivel educativo, para acceder a cursos de introducción al trabajo y a cursos de formación profesional en instituciones reconocidas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y/o el Ministerio de Educación.

Está dirigido a un segmento de la población argentina donde las estadísticas demuestran que existe el mayor índice de desocupación (18,2 %). El 78% de los jóvenes que carecen de empleo están en los niveles más bajos de pobreza. Se trata de personas que están en el primer y segundo quintil.¹⁰

Según los datos de Anses¹¹ la distribución del beneficio por edad es la siguiente: 19 años 22%; 20 años 19%; 21 años 15%; 22 años 12%; 23 años 10% y 24 años 7%.

El nivel universitario representa el 19% del beneficio; el terciario el 16,4%; talleres/cursos 17,3%; secundaria 42%; primaria 1,8%; y Plan fines 3,3%.

Los casos liquidados en febrero de 2014 fueron 217.766, mientras que en febrero de 2015 418.795, llegando en octubre de ese año a 958.747.

Argentina Trabaja

Lanzado en 2009 mediante Res. 3182 del Ministerio de Desarrollo Social. El plan implica el cobro de un ingreso mensual por persona por tareas en obras y mantenimiento del espacio público, y sólo pueden acceder a él las personas desocupadas que no perciban ningún tipo de subsidio social, excepto la asignación universal por hijo.

En un principio, el plan preveía la inscripción de 70 mil cooperativistas en los municipios del Conurbano bonaerense, que a principios de 2010 se amplió a 100 mil inscriptos; y se extendió al resto del país. En octubre de 2011, según el informe "Protección de derechos sociales a través de la transparencia y el acceso a la información" realizado por la Fundación Poder Ciudadano, la cantidad de incorporados llegó a casi 200 mil personas. Actualmente cuenta con 120.000 beneficiarios.

Por otra parte, la cantidad de cooperativas vinculadas con el programa creció de 1790 en 2010 a 2107 en 2011. Del total de su presupuesto, el 70% está destinado a

10 fuente de medición de los índices de pobreza que desglosa los índices de pobreza en cinco unidades que atañen al veinte por ciento cada uno hasta completar todo el universo del sector

11 <http://www.transparencia.anses.gov.ar/gobierno-abierto/progresar>

garantizar los ingresos monetarios de los cooperativistas, quienes reciben 1200 pesos mensuales, y el 30% restante se utiliza para los materiales de las obras y los gastos administrativos de las cooperativas y municipios.

Según datos del Ministerio de Desarrollo Social¹² el 30% de los beneficiarios lo representan personas de entre 18 a 24 años (con más de 6 meses de inactividad), por lo que involucra la primera experiencia laboral, tratándose en un 53% de mujeres. El nivel de instrucción de los beneficiarios es de 83% con secundario incompleto.

VI. Consideraciones finales

Se ha procurado proponer un análisis del sistema de derechos, en particular a los derechos sociales, considerando las transformaciones estructurales producidas en Argentina en las últimas décadas, que han significado un cambio profundo en las condiciones de vida de la sociedad y sus clases sociales, y han obligado a una transformación de las políticas sociales, sobre todo a partir de la década del 90.

El deterioro sostenido de las condiciones de vida de la clase obrera y el crecimiento de la pobreza a partir del deterioro del mercado de trabajo y la expansión de la desocupación y la informalidad, implicaron el viraje de una estrategia basada en el mercado formal de trabajo a otra de neto corte asistencial y compensatorio.

La expansión relativa del gasto en Promoción y asistencia social materializado en políticas sociales, precisamente se emparenta con la tendencia a la caída del valor de la fuerza de trabajo que se inicia a mediados de la década del 70 —y que se convierte en condición del proceso de acumulación de capital—.

En cuanto al marco jurídico, se observa un proceso contradictorio. Por un lado, un avance en la consagración de derechos: las políticas sociales y los DESC cuentan con una cobertura jurídica muy amplia, que comprende no sólo reconocimiento de derechos sino también obligaciones explícitas de los Estados. Por otro lado, un proceso de deterioro de las condiciones de vida de amplias capas de la población, vinculado a cambios en el mercado laboral; en consecuencia una degradación de los derechos en la vida real. En definitiva, un progreso formal y un retroceso material.

La creciente intervención estatal no ha sido el resultado de la superproducción normativa que amplió el plexo de derechos humanos y colocó al Estado como “garante” de su ejercicio. Ha sido el resultado de una transformación histórica que se viene registrando desde hace décadas. Esa intervención no ha tenido por finalidad satisfacer el ejercicio universal de todos los derechos, sino la reproducción del proceso de acumulación de capital a partir del abaratamiento de la fuerza de trabajo y, en consecuencia, del deterioro de los niveles de vida.

En cuanto a la intervención de la Justicia, la incorporación de instrumentos internacionales de derechos humanos también ha condicionado al poder judicial a “garantizar” los derechos; al tiempo que hay un incumplimiento sistemático de las obligaciones asumidas constitucionalmente por el Estado bajo el pretexto de la programaticidad de esos derechos y/o de la escasez de recursos económicos para cubrirlos.

12

http://www.siglen.gov.ar/red_federal/pdfs_red/argentina_trabaja.pdf

Si bien ha habido interesantes sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, la justiciabilidad de los derechos sociales ha encontrado obstáculos de diversa índole: un índice bajo de cumplimiento de sentencias que ordenan al Estado a cubrir la asistencia omitida o las múltiples trabas y demoras que se registran durante los procesos de implementación de las sentencias en su contra. Además, la justiciabilidad de los derechos sociales encuentra otro obstáculo de difícil sorteo: el Poder Judicial se encuentra en principio inhibido de ejercer su función jurisdiccional para determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno.

Con todo, es importante no perder de vista la naturaleza del Poder Judicial como poder del Estado que, siendo garante de la efectivización de los derechos, los vulnera cotidianamente; y el hecho de que la dimensión de las problemáticas sociales sobrepasa cualquier posibilidad de canalización efectiva en ese ámbito.

El gasto en asistencia social en el período ha ganado un peso sustancial en relación con el salario dentro del consumo obrero. Esta situación empieza a estar marcadamente presente a partir de la década del 90, y se consolida luego de la crisis de 2001. Las políticas de asistencia social desplegadas alcanzan tanto a la población desocupada como a la activa. El deterioro del mercado de trabajo ha consolidado en la pobreza también a vastos sectores de la población ocupada. Al sumar las jubilaciones, pensiones, seguro de desempleo, asignaciones familiares, Asignación por Hijo (AUH) y por embarazo, en 2015 más de 17 millones de personas recibían todos los meses pagos de la ANSeS.

Es necesario seguir explorando la relación entre las transformaciones sociales acaecidas en Argentina como consecuencia del desarrollo capitalista y la naturaleza, desarrollo y extensión de las ‘políticas públicas’ implementadas por el Estado. Hay que profundizar en las determinaciones de esa intervención estatal para comprender las transformaciones del sistema de derechos. Avanzar en la relación entre la capacidad protectora desplegada por el Estado y las necesidades sociales insatisfechas podría contribuir a enfrentar una serie de interrogantes. ¿Se ha expandido con mayor velocidad la protección estatal que las necesidades sociales insatisfechas o el fenómeno es el inverso? ¿Estamos en presencia de un proceso de “ampliación y universalización” de derechos o bien ante el sometimiento cada vez más agudo de las condiciones de vida a las necesidades del capital?

VII. Bibliografía

- Abramovich, V. y C. Courtis (1997). “*Los derechos sociales como derechos exigibles*”, en Abregu, M, y Courtis, C., La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires
- Arcidiácono, P. y G. Gamallo (2011). *Política social y judicialización de los derechos sociales*. Revista Temas y debates, Núm. 22, año 15.
- Astarita, R. (2013). *Economía política de la dependencia y el subdesarrollo*. Bernal, Universidad Nacional de Quilmes.
- Cortés, R. y A. Marshall (1991). *Estrategias económicas, intervención social del Estado y regulación de la fuerza de trabajo: Argentina 1890-1990*. Buenos Aires, Estudios del Trabajo, N° 1.
- Cristeche, M. (2015).
- Cristeche, M. (2013). *Estado y reproducción social en Argentina. Gasto Público, políticas públicas y derechos en la dinámica de la acumulación de capital*. Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires.
- Danani, C. (2003). *Política social y economía social. Debates fundamentales*. Buenos Aires, UNGS.
- Etchichury, H. (2011). *Poder judicial, democracia y derechos sociales*. En Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja” - Año V, Número 7, Invierno 2011.
- Grassi, E. (2003). *Políticas y problemas sociales en la sociedad neoliberal*. La otra década infame. Espacio Editorial, Buenos Aires.
- Grassi, E. y C. Danani (2009). *El mundo del trabajo y los caminos de la vida*. Buenos Aires, Espacio.
- Holmes y Sustain (2010). *El costo de los derechos*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2009). *La Justicialidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*.
- Iñigo Carrera, J. (2007). *La formación económica de la sociedad argentina. Volumen I. Renta agraria, ganancia industrial y deuda externa. 1882-2004*. Buenos Aires, Imago Mundi.
- Isuani, A. (2009). *El estado de bienestar argentino, un rígido bien durable*. En Revista Politikos: estudios políticos e internacionales, N° 12, Universidad Católica de Santa Fé.
- Isuani, A. (1991). *El Estado Benefactor: Crisis de un Paradigma*. CIEPP, Miño y Dávila, Buenos Aires
- Kicillof, A. (2008). *Fundamentos de la teoría general*. Las consecuencias teóricas de Lord Keynes. Buenos Aires, EUDEBA.
- Pautassi, L. (2015). *Los derechos en las políticas sociales Desafíos teóricos y opciones estratégicas*. Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social. Año V, Núm. 10, 2015
- Pautassi, L. (2010). *Perspectiva de Derechos, políticas públicas e inclusión social*.

Debates actuales en la Argentina. Buenos Aires, Biblos.

- Peralta Ramos, M. (2007). *La economía política argentina: poder y clases sociales (1930-2006)*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Rapoport, M. (2013). *En el ojo de la tormenta. La economía política argentina y mundial frente a la crisis*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Robba, A. y J. Fraschina (comps.) (2011). *Los dos modelos económicos en disputa*. Buenos Aires, Prometeo. Rossi y Filippini, 2008
- Sartelli, E. (Comp.) (2011). *La crisis orgánica de la sociedad argentina*. Buenos Aires, Editorial de la Fac. de Filosofía y Letras.
- Seiffer, T. (2015): “*Asignación Universal por Hijo y PROGRESAR: ¿un cambio en la forma estatal de atendimento de la “cuestión social” en Argentina?*”, en Rossi, A., E. Fernández y M.P. Musso (comp.): *Política asistencial, programas de transferencias monetarias condicionadas y Organismos Internacionales de Crédito en América Latina y el Caribe*, Dynamis, La Plata.
- Seiffer, T. (2012). *Bases de la asistencialización de la Política Social en Argentina. (1980-2010)*. Revista Documentos de Trabajo Social, nº51, Málaga.
- Torrado, S. (Comp.) (2007). *Población y bienestar en la Argentina del primero al segundo Centenario. Una historia social del siglo XX*. EDHASA, Buenos Aires.

La pérdida de “confianza en salud pública”: Un problema ético-social complejo

Por Graciela De Ortuzar

INTRODUCCIÓN- “La pérdida de confianza en salud”

La confianza es la base de las relaciones humanas; y, muy especialmente, de aquellas relaciones en donde uno deposita la vida misma, como lo es la relación planteada entre el profesional de la salud y el paciente. Le confiamos nuestra intimidad, privacidad, nuestros valores, nuestros miedos, nuestros dolores, nuestro cuerpo, nuestras necesidades. En el marco de fragilidad que se encuentra la mayoría de los pacientes del hospital público –fragilidad debida a la enfermedad, pero agravada por el contexto social-; depositar confianza en el profesional sanitario es un elemento esencial para alcanzar la etapa final de la recuperación de la salud (el “éxito” del tratamiento). Por ello, el quiebre de confianza entre los pacientes y los profesionales, y la pérdida de confianza general hacia el mismo sistema de salud, constituye un grave problema de salud pública que demanda un análisis profundo y urgente.

La citada ruptura de las relaciones de confianza (hacia el profesional y hacia el sistema) ha sido expresada, en la práctica sanitaria de nuestros hospitales públicos, bajo formas diferentes. Por lo general, se expresa a través de situaciones violentas (gritos de pacientes y familiares, agresiones psicológicas y físicas, amenazas hacia los profesionales sanitarios, destrucción de las instalaciones, robos, entre otros). Esto no es casual, debido a que la queja asentada en un libro hospitalario, o expresada en un trámite presentado ante un abogado, no sería propio de los sectores que acuden a los hospitales públicos. Se trata de un “grito de indignación” en el sistema sanitario. La gravedad del citado problema suscitó la atención de los comités de ética, las organizaciones de profesionales y los miembros de las instituciones de salud, quienes han intentado dar una solución rápida al mismo, sin analizar sus causas de fondo.

En términos generales, las respuestas teóricas han sido las siguientes: 1-la reducción del citado problema a un “problema de comunicación/información”; 2- la creencia de que el problema se soluciona educando al paciente (educación sobre sus derechos y obligaciones); y 3- la creencia de que el problema se cierra, en forma definitiva, solicitando más seguridad para los profesionales (presencia de fuerzas policiales en la institución). Estas respuestas son claramente insuficientes, debido a que no se han respetado los pasos necesarios para orientar la superación del conflicto, comenzando por la correcta identificación de las raíces del problema. La pérdida de confianza en salud no puede reducirse, como pretende hacerse, a un problema de “manejo de la información” o falta de educación del paciente sobre sus derechos y obligaciones (“consentimiento informado”, “reglamento de derechos y obligaciones”, “acceso a la información”, entre otros).

El problema de la falta de confianza en el sistema sanitario tampoco se soluciona, como se ha propuesto, exportando modelos sanitarios como el modelo de

“gobernanza en salud”¹. Dicho modelo se basa en la autonomía y en la responsabilidad individual del paciente en su salud, pero es producto de una realidad social y una historia que nos es ajena². *¿Puede extrapolarse el citado modelo a sociedades como la nuestra, donde los niveles de desigualdad se acrecientan, existiendo gran diversidad cultural e inequidad en la atención de la salud? ¿Constituye esta solución burocrática y estética la solución del problema?*

Para responder las diferentes preguntas planteadas, en el presente trabajo analizaremos el origen del problema de la desconfianza en salud; desde la historia de la lógica de sospecha (Epele, M; 2007 y 2010). Proponemos considerar el quiebre de confianza en salud como un problema complejo, debido a que su superación no se reduce sólo a “cambios estéticos/burocráticos” en las relaciones sanitarias, sino que exige cambios en el nivel macro de justicia distributiva (distribución de ingresos) y en la misma concepción de igualdad subyacente. Para su justificación nos detendremos a analizar el “enfoque de los determinantes sico-sociales de la salud” (Wilkinson, 2009); destacando su rol prioritario actual en políticas públicas sanitarias (prevención de nuevas enfermedades sicosociales). Mostraremos porqué la información no puede ser considerada aisladamente a los restantes factores estructurales (económicos y sociales); y porqué el problema de desconfianza en salud no puede reducirse a un problema administrativo, burocrático y educativo.

Nuestra hipótesis general se centra en afirmar que la “desconfianza en salud” es un problema ético-social complejo, generado por la desigualdad social, y las consiguientes desigualdades en salud, que no pueden ser abordadas desde el nivel hospitalario. Si queremos revertir la desconfianza general hacia y en el sistema de salud, no basta con realizar “cambios estéticos/burocráticos al modelo sanitario”. Se trata de generar igualdad social para fortalecer las “relaciones sociales”, debido a que la pérdida de las mismas provoca la desconfianza por diferencias de estatus, jerarquías, estigmatización e humillación social.³

I. El porqué de la desconfianza y la lógica de la sospecha en salud

El problema de desconfianza en salud nos plantea el desafío de rastrear sus raíces históricas, es decir los hechos o razones que hicieron de la desconfianza uno de

1 Estas respuestas “burocráticas”, que giran en torno a la autonomía, la confidencialidad y el manejo de la información, son extrapoladas de modelos sanitarios desarrollados, como el modelo de “gobernanza en salud” de Europa y Estados Unidos. Este modelo de “gobernanza en salud” se basa en corresponsabilizar al paciente en las decisiones de salud, priorizando la responsabilidad individual y no la responsabilidad social en salud pública. Al respecto véase Autor (2014, 2015 y 2016)

2 Sobre la historia del surgimiento del modelo de gobernanza, a partir de la crítica del Estado de Bienestar, (véase Autor (2015 y 2016)

3 En sociedades no igualitarias la desconfianza aumenta por las jerarquías. El médico se presente como un juez/ policía para las clases marginadas y estigmatizadas. Pero, ante la persona que no identificamos como un igual no desarrollamos empatía. Por el contrario, lo percibimos como un enemigo, una figura jerárquica que nos humilla, estigmatiza y daña.

los problemas principales en el sistema sanitario de la sociedad actual. En ese proceso es también necesario atender la “lógica de la sospecha”. Esta expresa *relaciones conflictivas* en el sistema de salud entre los profesionales y los enfermos, y muestra el carácter estigmatizador de los programas sanitarios (drogadicción, alcoholismo, salud mental, salud reproductiva, entre otros), que no sólo criminalizan al enfermo, sino que lo sancionan socialmente, promoviendo prácticas activas de estigmatización y expulsión en un contexto de desigualdad que los margina y reprime. En este sentido, la desconfianza responden a hechos históricos aberrantes y no a ficciones en el imaginario de los pacientes/las comunidades de países no desarrollados⁴.

Los estudios epidemiológicos actuales (Wilkinson, 2009) muestran que en sociedades no igualitarias, crece la desconfianza generalizada hacia el sistema de salud en razón a la *criminalización del paciente* (Ej. consumo de drogas, abortos, salud mental, entre otros). Nos referimos al paciente de sectores humildes y vulnerables, y no a cualquier paciente. Ante dicha práctica, los enfermos/necesitados no acuden a los centros de salud si no es ante riesgo de vida; porque saben que se los va a denunciar. Los médicos se convierten en “policías o jueces”, dejando de lado su deber prioritario de brindar atención igualitaria al paciente, y violando su secreto profesional. Más allá del tema de la confidencialidad, es importante reconocer el daño que se ocasiona a los mismos pacientes vulnerables (en este caso, daño psicológico por estigmatización; y, daño físico, por no atención apropiada a su salud). En este sentido, se viola el juramento hipocrático de no dañar y se abandona al paciente que necesita de su atención sanitaria igualitaria (derecho a la salud). Para ejemplificar estas afirmaciones, analizaremos dos casos paradigmáticos, actuales y acuciantes de la salud pública en Argentina.

I.1. “Aborto criminalizado “no punible” (¿?)”

En Argentina el aborto se encuentra penalizando -a excepción de riesgo de vida de la madre o en caso de violación-. Pero, aun en esos casos de abortos no punibles, las mujeres de sectores pobres que acuden a salitas u hospitales públicos son denunciadas, estigmatizadas, y criminalizadas por realizarse el aborto, o simplemente se ven impedidas de hacerlo. Si una mujer llega a un hospital público con complicaciones por un aborto, por ejemplo, hemorragias, puede terminar con una denuncia penal en su contra y la amenaza de ir presa. Poco importa si se trató de un aborto espontáneo, punible o no punible. La violación del secreto médico es una práctica recurrente (Alvarez y Deza, 2016).

Un caso paradigmático fue el de Marta, una mujer humilde quien acudió al Hospital Público, donde le diagnosticaron cáncer maxilar. Marta se encontraba en su primer semestre de embarazo, sin embargo se negaron a practicarle el aborto solicitado por ella para poder tratarse el cáncer, y murió. Los médicos del hospital no cumplieron con su deber, judicializando un caso que no era judicializable (el aborto

4 Por razones de espacio, no hemos desarrollado aquí el problema de la desconfianza en el nivel de investigación, el cual ha sido analizado en otra publicación (AUTOR, 2016)

estaba permitido por la ley), y postergando el tratamiento que era vital para atender la salud de Marta (violando su derecho a la salud).

Si pensamos en casos de abortos naturales, espontáneos, no podemos imaginar una judicialización de los mismos. Pero, en los sectores pobres, también en dichas situaciones son criminalizadas las mujeres humildes. Así lo demuestra una investigación sobre las causas iniciadas por aborto en los últimos 20 años en Tucumán, Argentina. El caso de Belén, la joven encarcelada desde hace más de dos años tras sufrir un aborto espontáneo, es parte de un patrón que refleja un acuerdo tácito entre el sistema de salud y el judicial, para criminalizar a las mujeres frente a la interrupción de un embarazo, aun cuando se trate de un hecho natural, que no configure un delito.⁵

De acuerdo a Alvarez y Deza, abogadas de Tucumán que analizaron las causas penales iniciadas por aborto en la jurisdicción que corresponde a la capital tucumana y sus alrededores entre 1992 y 2012 (605 casos), la atención sanitaria de urgencia:

“... aparece mediada por la posibilidad de la persecución penal, aun en los casos en que no se trata siquiera de una figura tipificada en la ley de fondo. El derecho a la salud de las mujeres se presenta como una cuestión de suerte, de buena voluntad del personal sanitario. El Estado no puede servirse de un hecho ilícito, como es la violación del secreto médico, para someter a investigación a una persona, sobre todo cuando recurre a un servicio de salud para salvar su vida o resguardar su salud” clandestinidad de esta práctica”,

Por lo tanto, a partir de la violación del secreto profesional – y consiguiente ruptura de la relación de confianza paciente-médico-, se procede a denunciar y penalizar a la paciente/víctima, maltratándola, negándole su derecho a la salud, discriminando y estigmatizando:

“La estigmatización de hallarse sometida a un proceso penal por un aborto, que ni siquiera termina en sobreseimiento, tiene consecuencias en diversas esferas para las mujeres, por ejemplo, no pueden obtener un certificado de buena conducta, o bien si piden un certificado de antecedentes penales/policiales en una solicitud de trabajo o de plan social, surgirá el registro de la causa penal por aborto”, indicó. Además, del

5 La propia corte provincial rechazó investigar a dos médicas de la Maternidad Nuestra Señora de las Mercedes, que depende del gobierno de Tucumán, que llamaron a la policía para denunciar a una mujer pobre, identificada como María Magdalena, ante la sospecha de que se había provocado el aborto y dejaron ingresar a la madrugada a la sala de partos comunitaria –donde había parturientas y sus familiares– a dos uniformados para tomarle declaración mientras permanecía internada, acostada en una cama del hospital. Pero antes la sometieron a un interrogatorio cargado de maltrato y le practicaron un legrado sin anestesia, según denunció la paciente. El caso está ahora en la Corte Suprema de la Nación, que tiene en sus manos la oportunidad de dictar un fallo ejemplar para que las y los médicos dejen de atentar contra el derecho a la salud de las mujeres. Llama la atención las carátulas de muchas de las causas: aborto espontáneo (sic), aborto espontáneo, aborto natural, aborto incompleto, aborto en grado de tentativa. Ninguna de esas figuras son punibles

temor de terminar presas. O condenadas injusta y arbitrariamente, sin pruebas. Como Belén.”⁶

Pero aquí no podemos olvidar el problema de fondo. La confidencialidad se viola en el hospital público, donde acuden por su vida mujeres de sectores humildes, llevando a criminalizar y a estigmatizar a las mismas aun cuando no hay delito (muchos son abortos no punibles). Esta confidencialidad no se viola en las clínicas privadas, donde se practica el aborto a quienes puedan pagarlo. No obstante, si bien la ruptura de la confidencialidad lleva a la ruptura de la “confianza” en el sistema, queda claro que esta ruptura se produce por los *dobles estándares* practicados por los profesionales de acuerdo a los sectores e instituciones demandantes. El problema de fondo es mayor, *se trata de la negación del derecho igualitario a la atención de la salud para los sectores más vulnerables.*

Seguidamente plantearemos otro problema de criminalización, originado en los mismos programas estigmatizadores de atención del enfermo alcohólico y drogadicto en la salud pública argentina.

I.2 Drogadicción y alcoholismo criminalizados

Es importante resaltar que en el contexto social actual argentino, la situación de drogadicción se han agravado debido a la ausencia de presupuestos para Programas Preventivos contra la Drogadicción (Sedonar); el crecimiento del desempleo –y, con este, el crecimiento de alcoholismo, drogadicción y violencia–; la deserción escolar; la falta de recursos en salud pública y de personal capacitado; la creciente represión

6 Si se toman los expedientes abiertos en el período 2008-2012, un 95 por ciento corresponde a mujeres denunciadas por aborto propio y en las mismas se puede apreciar una falta de uniformidad para caratular los expedientes: aborto espontáneo, aborto natural, aborto incompleto, aborto en grado de tentativa. Ninguna de esas figuras constituye un delito. Otro hallazgo interesante fue una marcada diferencia de género en la distribución de las causas. Del total de 76 causas iniciadas por aborto entre 2008 y 2012, 70 corresponden a la figura de aborto auto provocado, mientras que sólo 6 se refieren a denuncias contra terceros, 4 por la práctica de un aborto con el consentimiento de la mujer, mientras que dos fueron por abortos forzados o provocados sin el consentimiento de la mujer. Mientras que aquellos que colaboran o facilitan el aborto a mujeres que lo solicitan como las y los profesionales de la salud, parteras, enfermeros o curanderas, solo 4 casos han sido judicializados en los últimos cuatro años cuando se sabe que son cientos y son uno de los eslabones más beneficiados del negocio montado gracias a la clandestinidad. Véase Álvarez, Alejandra Iriarte y Soledad Deza, *Jaque a la Reina: Salud, autonomía y libertad reproductiva en Tucumán*, coedición de Editorial Cienflore y la Universidad de Tucumán San Pablo-T. Los principales hallazgos del extenso estudio fueron detallados en dos *amicus curiae* que presentó la APDH, uno ante la Corte Suprema de Nación, por el caso de María Magdalena y otro por el caso de Belén, ante la corte tucumana, donde otras diez organizaciones comprometidas con los derechos humanos también recurrieron a la misma figura para pedir por su libertad. Hay jurisprudencia de la Corte Suprema ya en ese sentido (fallo Baldivieso)

hacia el vulnerable por parte del Estado (“disciplinamiento”); y el manejo financiero del narcotráfico en diferentes niveles sociales.⁷

En un interesante trabajo titulado “*Sobre barreras invisibles y fracturas sociales: criminalización del uso de drogas y Atención Primaria de la Salud*”, María Epele sostiene (Epele, M, 2007, p.154):

“Cuando nos preguntamos sobre las barreras y la accesibilidad al sistema de salud, generalmente nuestra mirada se dirige a la disponibilidad de la información, las diferencias sociales y simbólicas, los medios económicos y geográficos de acceso... Aun en aquellos modelos de salud pública que en la actualidad tienen en cuenta la desigualdad y las condiciones estructurales como paradigma para establecer programas preventivos y de intervención en salud, sólo en contadas ocasiones se incluyen las formas en que la violencia cotidiana erosiona las bases de la realidad social compartida y las características de los vínculos entre grupos minoritarios y los representantes de las instituciones de la sociedad dominante.”

A modo de ejemplo de estas relaciones, Epele nos ilustra cómo en el vecindario “La Cantera” se puede identificar la desconfianza en las siguientes afirmaciones de los pacientes referidas a programas de atención (Epele, 2007, p.p.150-155):

1. *“Que en ciertos centros de salud y hospitales han llevado a cabo prácticas curativas abusivas (abscesos sin anestesia) y los profesionales han indagado si el consumo de drogas es actual o del pasado, con el objetivo de obligarlos a hacer tratamientos*

2. *Que la medicación que reciben en los centros de salud es para pobres y no genera el mismo efecto, o tiene efectos secundarios de los que carece la administrada al resto de la población,*

3. *Otros ... refieren que cuando empezó la epidemia del SIDA los profesionales no sólo no les informaron de los riesgos de utilizar la vía inyectable sino que los dejaron morir porque eran pobres y marginales*

4. *Que en determinados lugares reparten jeringas para hacer que otra vez los jóvenes se inyecten*

7 “Un millón de pibes no estudian ni trabajan”... “la respuesta que se sigue dando es con un fuerte enfoque en la represión a los sectores más vulnerables, basta con comparar el presupuesto del ministerio de Seguridad con el de la Sedronar (Prevención Drogadicción); si no ofrecemos oportunidades no alcanza con perseguir al narcotráfico, sobre todo hay que cuidar a los pibes”. “No queremos la droga en nuestros lugares y apoyamos todos los esfuerzos para erradicar el narcotráfico, pero sería bueno poner el foco en los circuitos financieros, porque el narcotráfico también tiene CEOs que saben tanto de drogas como de comunicación y lobby”, Véase Documento sobre la pastoral social sobre drogadicción, 6 de Noviembre de 2016, Argentina

5. *Que los cambios en la pureza y toxicidad de la cocaína en los noventa en los barrios pobres del sur del conurbano eran realizados de modo intencional, con el objetivo de producir diversos daños, lesiones y sobredosis;*

6. *Que los retrasos o faltantes en la medicación antiretroviral se deben a que los funcionarios se la roban*

7. *Que el paco o pasta base es parte de un plan de aniquilación de jóvenes pobres*

8. *Que son obligados a ingresar en tratamientos y granjas con internación para que los que dirigen estas organizaciones hagan un negocio y se queden con el dinero de las becas del Estado.”*

Para la perspectiva epistemológica tradicional estas afirmaciones son ficcionales y desechables, debido a que responden al carácter autoinfligido del consumo de drogas y sus daños:

“La sospecha (en términos de narrativa de complot) supone un desdoblamiento de la realidad entre lo aparente y lo oculto. Incluye la desconfianza, la cual se constituye en una de las barreras más importantes entre los que consumen drogas y los profesionales de salud. Usualmente no se considera una barrera, ya que es entendida como propiedades de los vínculos sociales. Es desmentida por considerarla una caricatura del pensamiento o un efecto paranoide del uso de drogas.” (Epele, 2007)

Sin embargo, esta lógica de la sospecha explica una parte importante del porqué de la desconfianza: la criminalización del paciente que consume drogas/alcohol y el carácter estigmatizante de los programas de salud. En el citado ejemplo no constituyen “ficciones desechables”, sino la misma realidad del marginado que acude a un centro de salud para su atención y termina en una cárcel a partir del cambio de rol del profesional de la salud: de médico a policía. En los contextos cotidianos, los usuarios viven en constante amenaza, persecución y peligros por el hecho de ser consumidores de drogas y marginados. *¿Cómo confiar, entonces, en el médico/en la sistema de salud?*

Experiencias reiteradas de malestar, enfermedad y muerte son sufridas por los conjuntos sociales oprimidos. De acuerdo a Epele (Epele, 2007), esta lógica se extiende en salud en una las siguientes dimensiones:

1. *postergación o rechazo a recurrir a los centros de atención de la salud frente a malestares, enfermedades o situaciones críticas;*
2. *negación y ocultamiento de su adicción;*
3. *desarrollo de prácticas de curación autorreferenciales o llevados por terceros;*

4. transmisión de experiencias y fortalecimiento de vínculos entre los pacientes mediante prácticas alternativas al sistema de atención de la salud;

5. rechazo y modificación del sentido de mensajes, práctica, y campaña preventiva de cuidado y atención ligados a las instituciones de salud-enfermedad

La criminalización y la estigmatización se originan en los problemas de desigualdad social y de fuerte comercialización de la salud. Las personas de clase alta, con poder adquisitivo suficiente, se internan en clínicas para drogadicción o asisten a clínicas privadas para practicarse abortos tempranos; y no sufren la violación del secreto profesional/ confidencialidad, o una potencial criminalización o estigmatización de su accionar o decisión libre. Se presentan aquí los “dobles estándares” en la atención de la salud, que llevan a negar el mismo carácter universal del “derecho a la salud”.

II-De cómo las estructuras inciden en nuestras relaciones sociales: desigualdad, relaciones débiles y ruptura de confianza en salud

La confianza en las relaciones humanas se origina a partir de las mismas necesidades humanas de cooperación social; y, muy especialmente, a partir de la necesidad del cuidado del otro ante situaciones de enfermedad/vulnerabilidad social.

La naturaleza humana es esencialmente social: los seres humanos dependemos de las relaciones sociales para vivir. Las relaciones sociales fuertes, los amigos, la contención en nuestros primeros años de vida, nos permite generar lazos sociales y afectivos para desarrollarnos y combatir la soledad, el aislamiento y la marginación que impide el nuestro bienestar sico social. Ejemplo de ello se ha evidenciado en el cambio de la pediatría a partir de la detección del “hospitalismo” (Spitz, 1945)⁸ y del reconocimiento de la “Teoría del Apego” (Bowlby, 1998)⁹. El primero de ellos mues-

8 El hospitalismo es un conjunto de alteraciones físicas y psíquicas que padecen los niños como consecuencia de un prolongado internamiento en instituciones sanitarias u hospicios, privados de la afectividad de sus madres. Fue descrito en 1946 por el psiquiatra René Spitz, que estudió el desarrollo psicoafectivo de 100 pequeños que vivían en un orfanato cercano a Nueva York, durante la II Guerra Mundial. A pesar de estar bien cuidados, los niños entraban en un estado de aletargamiento y estupor que podía llevarles a la muerte. Los afectados volvían a la normalidad al ver a sus madres.

9 El apego es el vínculo emocional que desarrolla el niño con sus padres (o cuidadores) y que le proporciona la seguridad emocional indispensable para un buen desarrollo de la personalidad. La tesis fundamental de la Teoría del Apego es que el estado de seguridad, ansiedad o temor de un niño es determinado en gran medida por la accesibilidad y capacidad de respuesta de su principal figura de afecto (persona con que se establece el vínculo). El trabajo de Bowlby estuvo influenciado por Konrad Lorenz (1903-1989) quien en sus estudios con gansos y patos en los años 50, reveló que las aves podían desarrollar un fuerte vínculo con la madre (teoría instintiva) sin que el alimento estuviera por medio. Pero fue Harry Harlow (1905-1981) y su descubrimiento de la necesidad universal de contacto quien le encaminó de manera decisiva en la construcción de la Teoría del Apego.

tra, en términos generales, que los niños que no tenían contacto emocional humano, es decir abrazos y cariño directo, no podían sobrevivir al tratamiento hospitalario. Sin embargo, los que recibían el contacto humano o se reconectaban con sus madres, sobrevivían sin problemas. Tan importante es la dimensión afectiva y las relaciones sociales fuertes en la niñez que inciden en el desarrollo de enfermedades futuras, y en nuestras probabilidades de sobrevivir. He aquí, también, la importancia del apego del niño con su madre y las experiencias tempranas en los primeros años de vida para determinar las oportunidades del desarrollo del niño (Ej. el crecimiento, la diabetes, retraso cognitivo, letargo, enfermedad sico sociales, propensión a adicciones, entre otras).

La explicación de cómo la estructura social, más precisamente las desigualdades económicas y sociales, inciden en la salud mental del individuo ha sido estudiada desde la epidemiología política por Wilkinson (Wilkinson, 2009). Según Wilkinson, los “*determinantes sociales de la salud*”, es decir aquellos factores ambientales y de la estructura social que afectan nuestras vidas y nuestra salud por la interacción del individuo con su medio¹⁰, muestran que *las diferencias en salud no son*

10 Los determinantes sico sociales constituyen los factores centrales para comprender la salud del individuo y la comunidad. A diferencia de los factores materiales, actúan en tanto somos conscientes de las diferencias sociales y jerarquías, ocasionando sentimientos que dañan la salud del individuo. Estos factores afectan la calidad de nuestras relaciones sociales, el grado de control que tenemos sobre nuestras vidas, ocasionando nuevas enfermedades, y la extensión de enfermedades de los países ricos a los países pobres (enfermedades sico-sociales, cardiovasculares, cáncer, obesidad, drogadicción, etc) por emulación de hábitos de consumo. Wilkinson distingue tres factores prioritarios: 1-el estatus social bajo generado por la diferencia de ingresos y la posición jerárquica inferior de subordinación, implica la falta de autonomía del individuo y su alienación. El ciudadano marginado no posee control sobre su trabajo y sus circunstancias. La emoción central es la vergüenza. Justamente el bajo estatus social, el sentimiento de no respeto a su dignidad, genera violencia, discriminación y racismo. Este tipo de violencia fue expresado por Adorno en 1950 como “Reacción bicicleta” (reverencia a los superiores y patadas a los subordinados). Los humillados tienden a humillar, demostrando su superioridad ante otros grupos vulnerables. En la cultura machista de sociedades no igualitarias, la desigualdad se traduce en drogadicción, alcoholismo, violencia doméstica. En las mujeres se suma la depresión y el embarazo adolescente; y en los niños el déficit de atención y los problemas de comportamiento. 2-la pobreza de relaciones sociales y grupos de contención está dada por la marginación, las relaciones sociales débiles, hecho que se acompaña con falta de participación en la comunidad y la falta de valoración y respeto. En un contexto de relaciones jerárquicas el juicio de los otros afecta nuestra seguridad porque nos experimentamos a través del ojo de los otros, produciendo stress crónico, ansiedad, rivalidad por la necesidad de ser reconocidos. Estos sentimientos no surgen en comunidades cooperativas, basadas en la reciprocidad y ayuda mutua. 3- las experiencias en la niñez, aún el stress pre y post natal, nos prepara para el conflicto o la cooperación, y genera consecuentes enfermedades futuras producidas por el bajo peso al nacer. Ej. Diabetes. En contraposición, el desarrollo en los primeros años de vida, apoyado en lazos de contención familiar y social fuertes, junto con la educación, produce una tasa de retorno en el capital social, en el trabajo y la productividad en la economía. los factores sico-sociales. , es decir aquellos que afectan nuestra salud sólo si estamos conscientes de ellos, ya que suponen sentimientos que dañan la salud.

reflejo de las diferencias de acceso hospitalario, sino producto de las desigualdades sociales. Wilkinson sostiene que la salud está dividida en grados por el estatus social (gradiente socio económico: ingreso, educación, ocupación). Por cada rango de ejecutivos senior hacia abajo, hasta ejecutivos rasos, hay más anginas, más diabetes y más bronquitis.¹¹ Pero no se trata sólo del riesgo individual. *La salud no se reduce al acceso a la atención de la salud en servicios hospitalarios, sino que debe ser considerada en un sentido amplio.* La misma concepción de salud no se reduce a lo biológico, sino a la consideración positiva de la salud desde la promoción de la salud sico social y la reducción de las desigualdades sociales.

Esta visión de los determinantes sociales coincide, en lo fundamental, con la medicina social impulsada desde América Latina, donde se propone una concepción de la salud colectiva o social (Breihl, 2013). De acuerdo a Breihl, se requieren modos de producción no insanos y relaciones sociales armónicas con la naturaleza¹². Por ejemplo, para actuar preventivamente contra el dengue no bastan con campañas educativas y reparto de repelentes gratuitos. El dengue es mayor en lugares donde la tala de árboles y monocultivos ha provocado el calentamiento de la tierra, el aumento de temperaturas y, consiguientemente, de mosquitos; donde el agua potable es escasa, y, por lo tanto, se junta en baldes; donde los trabajadores trabajan más horas que en sociedades desarrolladas, y en condiciones precarias y hacinados; donde las poblaciones se encuentran con menos acceso a la atención de la salud temprana o a su vacunación. Frente a dicho esquema complejo, no basta con responsabilizar al individuo por su enfermedad. Es necesario actuar en el entorno social.

En sociedades no igualitarias, los marginados y excluidos del sistema no puede construir relaciones sociales fuertes ni alcanzar su bienestar. Las diferencias de estatus y poder generan relaciones sociales débiles (Wilkinson, 2009) y mayor desconfianza. Sólo desarrollamos empatía con aquellos que vemos como iguales. Por lo tanto, la confianza depende también de las relaciones de igualdad, y la desconfianza se profundiza por las desigualdades sociales y jerarquías. La desigualdad característica de la sociedad moderna no se centra en la privación material, sino en la *privación relativa* que produce jerarquías y *ciudadanos subordinados*. Esta condición de subordinación genera humillación, y nuevos determinantes sico sociales que inciden en la salud de la población. La “pobreza relativa” se *vincula con el estatus social bajo*, la relación entre individuos y clases, y la exclusión social (AUTOR, 2016).

11 El Informe Black de 1980, Inglaterra y Gales, muestra también una fuerte correlación entre salud y clase social, pero la asociación entre la posición en el trabajo y el estado de salud era más fuerte que la asociación entre la clase social y el estado de salud.

12 Para salud es colectiva, de acuerdo con Breihl, es preciso incidir en los modos de producción insanos (sistemas laborales que destruyen masivamente la salud en los espacios de trabajo, modelos consumistas que degradan los modos de vivir, lógica extractivista de la industria que degrada también la relación sociedad-naturaleza). *Es preciso trabajar, mediante una investigación intercultural, interdisciplinaria y basada en la comunidad, en la construcción de una sociedad centrada en la vida, la equidad y la plena bioseguridad (socio-biocéntrica).*

Wilkinson concluye que el éxito material *no* produce más bienestar, sino más *stress* y nuevas enfermedades vinculadas al mismo (depresión, ansiedad, dependencia a drogas, violencia, entre otras). El éxito material de la sociedad moderna se transformó en un *fracaso social*, fracaso expresado en la *calidad de las relaciones sociales y en la destrucción ecológica ocasionada por los niveles de consumo insostenible*.

En dicho contexto, resulta claro que la desigualdad socava la confianza y separa a las personas por estatus sociales (“...*la desigualdad socava la confianza y separa a las personas, al gobierno de los ciudadanos, a los ricos de los pobres, a las minorías de las mayorías...*” (Wilkinson, 2009,71)). Desarrollamos empatía sólo hacia aquellos que vemos como iguales, aquellos que “viven como nosotros”. Ante la ruptura de relaciones sociales, rigen las jerarquías sociales y, a partir de ellas, un mundo de violencia y exclusión.

En síntesis, en un contexto de creciente comercialización de la salud y de la vida misma, la desconfianza y la lógica de la sospecha del vulnerable será inevitable si no se atienden los orígenes de la misma, y si se continúa criminalizando a las víctimas y no a sus responsables. La “justicia en salud” (derecho a la salud) implica actuar sobre la complejidad de problemas que inciden en la salud, incluyendo la interculturalidad, y conlleva la misma transformación del entorno social que daña a la naturaleza humana, la naturaleza general; pero muy especialmente, daña a las comunidades vulnerables y a los excluidos.

-CONCLUSIÓN

El análisis de las causas de la erosión de la confianza nos llevó a estudiar las relaciones sociales entre el ciudadano y las instituciones de la atención de la salud, entre el ciudadano y los profesionales de la salud, entre el profesional de la salud y las instituciones y el modelo productivo. Dichas relaciones, las formas de construir las y plantearlas, constituyen las bases para la generación de la confianza (construir confianza) o para la generación del conflicto (ruptura de la confianza). Resulta evidente que si las mismas se plantean como relaciones jerárquicas y asimétricas en un contexto de desigualdades sociales, sólo reforzarán la exclusión del oprimido y la negación del acceso igualitario al sistema de salud (derecho básico universal).

Las raíces del problema de desconfianza responden a las desigualdades presentes en la estructura social. Por ello, para atender el problema de justicia en salud, no podemos ignorar las desigualdades sociales que originan jerarquías, diferencias en salud y pobreza relativa. Frente a la creciente marginación, exclusión y estigmatización social de los más necesitados de su ejercicio del derecho a la salud, las jerarquías (médico juez y policía) refuerzan la desigualdad. Si las situaciones históricas de injusticia, violencia institucional, marginalidad se agravan, es lógico y esperable que se susciten situaciones de violencia frente a la indignidad. En este sentido, las recomendaciones para evitar el conflicto y restaurar la confianza implican un cambio en la misma concepción de salud pública: la atención de la salud no se reduce a la tardía y deficiente atención hospitalaria, y, menos aún, se reduce a un modelo de salud extrapolado de otras realidades y centrado en la información-

La salud pública exige la temprana prevención de las desigualdades generadas a nivel de los determinantes sico sociales. La atención de la salud no puede reducirse a la dimensión biológica, como tampoco el modelo de salud puede reducirse a un modelo burocrático. En una sociedad no igualitaria, no sólo se requieren enfoques intersectoriales que promuevan entornos saludables. El individuo aislado no puede cambiar su situación de marginación y enfermedad. En este sentido, la responsabilidad en la atención de la salud es social, y no recae en “estilos de vida individuales” o soluciones burocráticas centradas en los derechos individuales. La responsabilidad social en salud descansa en un Estado no mínimo ni gendarme, que intervenga tempranamente en el entorno social para eliminar o disminuir las desigualdades sociales, y que proteja al vulnerable para que éste pueda ejercer su derecho a la salud y constituirse en un ciudadano participativo.

La construcción de redes sociales de confianza no es posible a través de ilusiones de transparencia e información para la toma de decisiones autónomas, que sólo constituyen un cambio estético de modelos. La construcción de confianza no es posible si se criminaliza a las víctimas y no respetan sus derechos humanos elementales, como lo es la salud.

Sólo a través de la eliminación de desigualdades sociales será posible desarrollar confianza y empatía con aquellos que vemos como iguales, con nuestros conciudadanos; reconociendo los derechos sociales y no sólo los derechos individuales.

Referencias

- ALVAREZ, I; y DEZA, S, (2016) *Jaque a la Reina: Salud, autonomía y libertad reproductiva en Tucumán*, coedición de Editorial Cienflores y la Universidad de Tucumán San Pablo-T
- BECK, Ulrick (1998), *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Ediciones Paidós, Barcelona.
- BOWLBY, J, (1998) *El apego y la perdida*, Edit. Paidos Barcelona.
- BREILH J. (2013) La determinación social de la salud como herramienta de transformación hacia una nueva salud pública (salud colectiva), *Rev. Fac. Nac. Salud Pública* 2013; 31(supl 1): S13-S27.
- CASTELLS; M;(2002) *La Era de la Información. Vol. I: La Sociedad Red*. México, Distrito Federal: Siglo XXI Editores.
- AUTOR----- (2004), “El uso no médico de la información genética individual” en Bergel, S et.al, *Genoma humano*, Santa Fe, edit. Rubinzal Culzoni, 2004, ISBN 950-727-584-3. pp. 283-299
- (2006) “Análisis crítico del concepto de enfermedad como criterio de acceso a la atención de la salud: naturalismo vs. normativismo”, *Revista Latinoamericana de Filosofía, op.cit*
- (2008) “Hacia un enfoque integral en los criterios de acceso y distribución de recursos...”, *Interdependencia: del bienestar a la dignidad*, Editores: T. Ausin-R. Aramayo, ISBN 978-84-96780-46-0, Madrid, Plaza y Valdés editis, 2008, p p.165-189,
- (2009), “Igualdad de acceso a la tele-sanidad en zonas rurales y aisladas.

- Propuesta de un marco ético normativo...”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, Colombia, vol. 9, Nro.1, edic. 16, p.p. 76-93, ISBN 1657-4702, 2009
- (2011) “Igualdad social, Justicia y Políticas de Salud”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, ISSN 1657 4702; edic.20, vol.11, Nro.1, pp.68-7
- (2013), “Un análisis crítico de la Paradoja de Easterlin desde la Teoría Del Bienestar Subjetivo”, en *IX Jornadas de Investigadores de Filosofía*, UNLP;
- (2014), “Gobernaza” y “Gobernanza en salud”: ¿Una nueva forma de privatizar el poder político? *OXÍMORA Revista Internacional de Ética y Política No 5*, ISSN 2014-7708, p.p.63-86-<http://revistes.ub.edu/index.php/oximora/issue/view/1050->
- (2015), “Equidad y distribución de recursos en salud”, en Álvarez Díaz, J, comp.; *Ensayo sobre ética de la salud. Aspectos sociales*, Cap. I; pp 9-39; Editorial de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México.
- (2015), ¿Equidad y gobernanza en salud?... Pensar lo Propio, *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, FLACSO, ISSN 0328-5634., Año 19, Nro 37-38;
- (2016) “Responsabilidad social vs. responsabilidad individual en salud”, *Revista de Bioética y Derecho*, ISSN 18865887, Barcelona, Nro. 36, pp 23-36;
- (2016), “Las “teoría de justicia liberales igualitarias” ante los desafíos en salud de una sociedad compleja”, *Revista Las Torres de Lucca*, Madrid, UCM; próximo número (aceptado)
- DOYAL, L; GOUGH, I, (1991) *Teoría de las necesidades humanas*, Guilford, NY; p.182
- EASTERLIN, R (1974). “Does Economic Growth Improve the Human Lot?” *Nations and Households in Economic Growth: Essays in Honor of Moses Abramovitz*, P. A. David and M. W. Reder (eds.), New York: Academic Press.
- (2005). “Building a Better Theory of Well-Being,” *Economics and Happiness*, L. Bruni and P. L. Porta (eds.), New York: Oxford, 29-65.
- ENGELHARDT, T (1986), *The foundation of Bioethics*, New York, Oxford University Press;
- EVERS, K (2010), *Neuroética*, Madrid, Katz.
- EPELE, M (2007) “Sobre barreras invisibles y fracturas sociales: criminalización del uso de drogas y Atención Primaria de la Salud”, en Maceira, *Atención primaria de la salud. Enfoques interdisciplinarios*, Paidós, Bs As.
- , *Sujetar por la herida*, Paidós, Bs As, 2010
- FERNANDEZ MANZANO, J (2015), *Pluralismo y Justicia*, Videoconferencia FAHCE; UNLP.
- FILHO AP (2001), “Inequities in access to information and inequities in health”, *Rev. Panamericana de Salud Pública*, May-June 11, 409-12
- FLOREAL FERRARA FA et. al (1972) *Medicina de la comunidad*, Buenos Aires: Inter-Médica.
- HAIDT, J, (2006) *The Happiness Hypothesis: Finding Modern Truth in Ancient Wisdom*, Basic Books
- (2001). “The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment,” *Psychological Review*, 108(4): 814–834.

- HARRIS, MARVIN Y JOHNSON, ORNA (2007) *Cultural Anthropology*, Boston, Pearson, p. 2
- GLOBALIZACIÓN Y SALUD (2009), Fund. Sindical de Estudios, Edic. GPS Madrid.(Cap. 8-12)
- HONNETH, A; FRASER, N (2006), *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Morata.
- INFORME DEL BANCO MUNDIAL (1993), “*Invertir en Salud*”
- INGLEHART, R., R. FOA, C. PETERSON AND C. WELZEL (2008). “Development, freedom, and rising happiness: A global perspective (1981–2007),” *Perspectives on Psychological Science*, 3(4): 264–285.
- INGLEHART, R. AND H.-D. KLINGEMANN (2000). “Genes, Culture, Democracy, and Happiness,” *Culture and Subjective Well-Being*, E. Diener and E. M. Suh (eds.), Cambridge, MA: MIT Press: 165-183.
- NOZICK, R (1974), *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, (Versión española Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, Bs As, FCE, 1991)
- NUSSBAUM, M, (1992) “Human Functioning and Social Justice”, *Political Theory*, vol.20, nro.2, 1992; p.p.203-246
- (2002) “Genética y justicia: tratar la enfermedad, respetar la diferencia”, *Isegoría*, 27, 5-17
- (2007) *Las fronteras de la justicia*, Paidós, p. 34. (278)
- OLIN WRIGHT (1997), *Class counts: comparative studies in class analysis*, Cambridge University
- OMS /WHO (1946) Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, International Health Conference, New York, 19 Jun-22 July 1946, firmado en julio 1946
- ONU (2008), *El derecho a la salud. Folleto informativo N0 31*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 3
- POGGE, T, (1989) *Realizing Rawls*, Ithaca, Cornell University Press;
- (2001) Erradicating Systemic Poverty: brief for a global resources dividend. *Journal of Human Development* Vol. 2 No. 1;
- (2004), “Assisting the global poor”, in *The ethics of Assistance*, Cambridge University Press, p.260;
- (2005) *World Poverty and Human Rights*, Cambridge University Press,
- RAWLS, J, (1971); *A Theory of Justice*, Cambridge, MA, Harvard University Press (Versión en español Rawls, J, (1993), *Teoría de Justicia*, FCE, México)
- , (1980) “Kantian constructivism in moral theory”, *Journal of Philosophy* 77,159-185;
- , (1995) *Liberalismo político*, México, FCE (----- (1996) *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press)
- RODRIGUEZ ZOYA, L, Epistemología y política de la metodología interdisciplinaria, *Revista Latinoamericana de Metodología de las Ciencias Sociales*, Vol. 4, Nr. 1, 2014
- SANDEL (1982); *Liberalism and the limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press

- SEN, A, (1995) *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza;
- (1997), *Bienestar, justicia y mercado*, Barcelona, Paidós;
- (2000). *Desarrollo y libertad*. Barcelona: Planeta;
- (2004). *Why health equity?* , en Anand, S., Peter, F. y Sen, A. (eds.) *Public health, ethics and equity*. New York: Oxford University Press;
- (2010), *La idea de la Justicia*, Taurus ;
- SPITZ; R.A. (1945). Hospitalism Solicitud de la Génesis de Condiciones Psiquiátricas en Temprana Niñez. Estudio Psicoanalítico de Niño, 1, 53-74
- TOMASELLO, M, (2009) *¿Por qué cooperamos?*, Madrid, Katz, 2009
- VAN PARIJS, (1996), *Libertad real para todos*, Madrid, Paidós.
- WILKINSON, R (2005), *The impact of inequality*, NY, The New Press;
- -----, R, PICKETT, K,(2009) *Desigualdad*, Turner Noema.
- YOUNG, I.M (2001), “Pushing for inclusion: Justice and the politics of difference”, in Tercek, Ronald J.; Conte, Thomas C., *Theories of democracy: a reader*, Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers.

Algunas líneas sobre el trabajo migrante en el ámbito del Mercosur

Por Adolfo Nicolás Balbín¹

1.- Introducción

En general, podemos decir que todos los procesos de integración tienen -sobretudo-, un doble orden de incidencias. Y es que, de un lado, determinan nuevas pautas para el andar político del país adherente en orden a una nueva amalgama de derechos y obligaciones que lo vinculan con terceras naciones y determinan parte de su agenda futura. Pero por otro lado, y en un orden de contenido más humano, los procesos de integración inciden en la vida de las personas, desde el momento en que crean nuevas categorías de derechos que ya no dependen tanto de las negociaciones internas, sino más bien de necesidades a gran escala. En este último entramado hacemos mención a la dimensión social naciente a partir de nuevas relaciones entre países (MANSUETTI, 2009), o a lo que otros autores identifican como el rostro humano de la integración (BARRETTO GHIONE, 2000).

El nacimiento del MERCOSUR ha cumplido con los dos parámetros de consecuencias que se enuncian *supra*, sobre todo en materia laboral, encargándonos aquí del estudio somero de la situación del trabajador y la trabajadora migrante en medio de ese proceso de integración, ello a partir de la definición del marco conceptual general, la exposición de la normativa tanto de corte supranacional como nacional existente, y que se constituyen como claras herramientas de lucha social, analizando también ciertos componentes más de índole social que surge del terreno anterior.

Según datos que nos proporciona la OIT, los trabajadores migrantes representan 150,3 millones de los estimados 244 millones de migrantes del mundo, agregándose también que la globalización, los cambios demográficos, los conflictos, las desigualdades de los ingresos y el cambio climático impulsarán cada vez a más trabajadores y sus familias a cruzar las fronteras en busca de empleo y seguridad. En la temática ha dicho el mismo organismo especializado que el proceso de migración implica desafíos complejos en términos de gobernanza, de protección de los trabajadores migrantes, de vínculos entre migración y desarrollo, y de cooperación internacional².

En este marco, cobra especial relevancia el trabajo de investigación tendiente a estudiar el marco normativo del trabajador extranjero y sus consecuencias, en orden a determinar los efectos humanos del proceso de integración denominado MERCOSUR a la luz del paradigma actual de los derechos humanos fundamentales.

1 Abogado (UNLP). Profesor Adjunto en Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Correo electrónico: nicolasbalbin@hotmail.com.

2 Datos sustraídos del sitio oficial de la Organización Internacional del Trabajo, disponible en el siguiente enlace: <http://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/lang-es/index.htm> (fecha de consulta 1 de mayo de 2016).

2.- Libre circulación de personas e integración

Como se sabe, una de las características que nos distingue a las personas de las simples cosas como objetos inanimados, es la movilidad, es decir, la posibilidad de trasladarnos de un sitio a otro ya sea de manera voluntaria como involuntaria (dependiendo del motivo), y es ese el núcleo elemental sobre el que versará el presente trabajo.

Sobre el punto, podemos distinguir entre lo que se denomina por la doctrina como una mera libertad de locomoción -cuyo campo de aplicación se limita a la circunscripción de un Estado determinado-, de la llamada libre circulación de las personas (concepto que a nosotros nos interesa en esta ocasión), lo que da origen a la emigración e inmigración internacionales.

Sobre la última noción mencionada – libre circulación-, advertimos que la misma puede tener origen en causas diferentes y ser enmarcadas en normativa de dispar carácter.

Así encontramos dos núcleos, el primero de los cuales resulta directamente encuadrable por el Derecho Internacional Público, y que da lugar a dos casos especiales de movilidad. En este conjunto, ubicamos el movimiento de personas afectadas al cumplimiento de tareas en las representaciones diplomáticas o consulares de sus Estados (casos de los embajadores), o los casos de las personas desarraigadas que escapan de sus países por razones políticas, étnicas o religiosas, o por catástrofes ambientales, es decir, los que el ordenamiento internacional le asigna la condición de refugiados.

En el segundo núcleo, y con cierta distancia de los anteriores conceptos, nos encontramos con la circulación voluntaria de personas con fines laborales que, sobrepasando los márgenes de los países de los cuales son nacionales, se agrupan dentro de lo que la comunidad científica –y los sectores gobernantes también-, han designado con el nombre de “empleo migrante” como forma de identificar a ese fenómeno social (MANSUETI, 2009).

En este marco conceptual, desde siempre se han advertido los riesgos que conlleva la coexistencia de territorios con desigual desarrollo económico que signifique diversidad de oportunidades de empleo y remuneración.

Sin embargo, los procesos de integración regional resultan al parecer los ámbitos aptos para manejar adecuadamente los traslados por razones de trabajo; por otra parte, según cierto sector de la doctrina, los problemas mayores de inequidad y explotación no se dan respecto de los “ciudadanos intrabloque”, sino respecto de quienes se trasladan desde fuera de los espacios integrados (BARRETTO GHIONE, 2000).

Es necesario advertir aquí que el trabajo como fenómeno social implica en su desenvolvimiento y desarrollo no solo elementos de índole económica, sino también social, política y psicológica, elementos estos que cualifican el proceso de trabajo en el marco de lo que Ricardo Cornaglia a denominado muchas veces como tránsito apropiativo de la energía corporal ajena (CORNAGLIA, 2001).

Y es que la movilización con fines laborales siempre ha resultado traumática, rememorando en esta ocasión los viejos movimientos migratorios del campo a la ciudad producto del nuevo industrialismo pujante sobre todo hacia los siglos XVII,

XVIII e incluso los siglos XIX y XX, que motivaron al nacimiento posterior de lo que se ha denominado conciencia de clase.

Si hacemos una mirada retrospectiva respecto de la posición de los Estados en las últimas décadas, podremos advertir fácilmente como ha ido reformulándose la posición que los mismos han adoptado respecto de eso que abstractamente se denomina comunidad internacional, lo que ha dado origen a una serie de consecuencias muchas veces positivas, más algunas otras de índole negativa, todo tipificado en base a un acuerdo de las naciones dentro del proceso denominado como “globalización”. Aquí es donde divisamos el concepto de integración, que ha sido conceptualizado como un proceso dinámico (que avanza a través del tiempo), voluntario, pues resulta de los acuerdos entre diversos Estados, y cuyos tratados como forma de manifestación formal, tienen por objetivo alcanzar un desarrollo económico, social y político entre los países involucrados, definiéndose así su carácter multidimensional.

Dentro de lo que resulta ser este proceso identificado como integración, tres son los caracteres que se pueden tomar en cuenta para cualificarlo:

- a.- desregulación aduanera;
- b.- libre circulación de capitales;
- c.- libre circulación de personas.

Los tres “factores” inciden tanto de manera positiva como negativa tal cual lo hemos destacado en el párrafo que precede cuando definimos el proceso de integración. En efecto, la flexibilización sobre todo económica llevada a cabo en el seno de los países firmantes de un tratado puede tener variados efectos, en relación sobre todo a las características sobresalientes de cada uno de ellos y a su potencialidad económica y política, básicamente.

Y es que si bien se busca el aumento en el desarrollo de los países firmantes a partir de la potenciación de sus procesos productivos y niveles de intercambio, detrás de los Estados como instituciones oficiales y sujetos principales del Derecho Internacional, nos encontramos con las grandes empresas y firmas económicas –muchas veces de capitales y niveles de reserva muy superior a su país natural o en donde se ha instalado-, las que persiguen a través de diferentes negociados siempre objetivos poco altruistas y despreciables en la época actual, aprovechándose muchas veces de las condiciones más beneficiosas desde el punto de vista macroeconómico que rodean a un proceso de integración: claramente quienes aquí lucen siempre como sujetos mayormente perjudicados son los trabajadores, subsumidos muchas veces dentro de un proceso de especulación económica del que quizá nunca logren salir.

3.- El MERCOSUR y la libre circulación de personas

El Tratado de Asunción enuncia en su artículo 1: *“Este Mercado Común implica: La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de las mercaderías y de cualquier otra medida equivalente”*.

Más allá de posteriores instrumentos de notable trascendencia, lo cierto es que desde el origen del proceso de integración denominado Mercado Común Del Sur, no se ha puesto el resalto suficiente en la definición del gran protagonista de ese “mercado” aludido, cual es el trabajador³.

Seguramente esa omisión fue directa consecuencia de la ideología económica imperante por entonces (y que persiste en gran medida, o al menos se ha acentuado en los últimos años.) en cuanto a la reproducción de ciertos discursos neoliberales.

Podemos ubicar al trabajador dentro de lo que se identificó en Asunción como “factores productivos”, y de hecho lo están junto con el capital y la tierra, pero esto contraría de palmaria manera la verdadera interpretación que hubiera merecido ese elemento trascendental dentro del intercambio buscado, dentro de la integración institucionalizada, pues ya desde Versalles se remarcó a nivel internacional que el trabajo no podía ser considerado como una mercancía, a la vez que se impuso esa nueva idea a los países vencedores y vencidos de la Primera Guerra Mundial. Después de todo, como bien lo destaca Paula Sardenga, *“la legalidad migratoria no hace al cumplimiento de la norma sino también al cumplimiento de los principios que las sociedades contemporáneas han asumido como valores básicos”* (SARDENGA, 2001).

En otra opinión señala Corti Varela que dentro del concepto de factores productivos evidentemente se incluía la libre circulación de las personas para realizar o recibir prestaciones económicas y, por tal razón, las primeras manifestaciones del Consejo del MERCOSUR ya manifestaban la voluntad de construir un espacio regional donde puedan circular los ciudadanos y residentes de los Estados partes así como sus bienes, servicios y factores productivos aunque siempre con el fin de aumentar “el intercambio económico y comercial y, en especial, turístico”, aclarando finalmente el autor de cita que el objetivo inicial más bien estaba dirigido a fomentar la entrada de personas para una estancia corta, aún cuando la durabilidad en la circulación entre trabajador migrante y país receptor muy pronto se iba a destacar como cualidad elemental (CORTI VARELA, 2011).

En el año 1991 cuando Brasil, Uruguay, Paraguay y Argentina⁴ se unen luego de variadas tratativas formalizadas hacia finales de la década de los años 80, en esto que se denominó Mercado Común del Sur, dando nacimiento a las nuevas expectativas de los gobiernos locales alguna de las cuales se han ido cumpliendo –aumento de flujo de dinero y de las mercancías-, más otras han quedado en el camino producto de acontecimientos individuales o plurales que han afectado el inicial proyecto de diversa manera⁵.

3 La palabra trabajador se utiliza en el presente con un sentido eminentemente antropológico, incluyéndose dentro de su significado a todos los sexos y variedades del trabajo voluntario.

4 Proyecto al que luego se sumarán con diferente grado de compromiso Bolivia y Chile.

5 En efecto, a 2016, y a 25 años desde la formalización del Mercado Común, ideas tales como la unificación monetaria, entre otras, han quedado atrás (incluso peligra la continuidad de algunos de los miembros fundantes, como Brasil), aunque aquellas deben ser siempre líneas sobre las que hay que seguir trabajando de manera contextualizada si es que se quiere en verdad fortalecer el proceso de regionalización local.

Como ha sido destacado en líneas supra, además de movilizarse mercancías y capitales, los nuevos canales abiertos por el MERCOSUR crearon las condiciones –a veces positivas, otras negativas-, para la circulación de trabajadores, advirtiéndose en los diversos países integrantes fenómenos migratorios peculiares.

Como bien lo destacan Ezequiel Texidó y Gladys Baer, el fenómeno de las migraciones ha significado uno de los elementos más importantes que ha incidido en el crecimiento y desarrollo del mercado regional, así como también de su población (TEXIDÓ- BAER, 2003). También destacan estos autores que los fenómenos migratorios se dieron en nuestra región sobre todo producto de las notables desigualdades económicas existentes, lo que ha motivado a miles de trabajadores a abandonar su país natal en búsqueda de nueva oportunidades de trabajo y mejora en la calidad de vida propia y familiar.

Se observa además que el crecimiento que experimentó el sector de la economía terciaria y la creación de nuevos puestos de trabajo flexibilizados, fueron dos factores que incidieron notablemente en la circulación de trabajadores a nivel local.

Por otra parte, Texidó y Baer, hacen referencia a tres fenómenos a destacar:

a- la feminización de la migración;

b- la sectorización de los trabajadores migrantes.

c- la fronterización migratoria

Sobre lo primero, se destaca que la mujer fue y aún sigue siendo el estandarte fundamental que encabeza en la región el proceso de migración laboral, encargándose sobre todo de las actividades económicas vinculadas con el trabajo de casas particulares o las últimas variantes en el proceso de producción.

En el punto, Enrique Catani –analizando datos locales- ha destacado este fenómeno, señalando que el 97% de los integrantes activos en tareas destinadas al hogar –trabajo en casas particulares, o también denominado peyorativamente como servicio doméstico-, lo constituyen las mujeres, de las cuales la mayoría resultan ser no por casualidad trabajadoras pobres, migrantes y de bajo nivel educativo (CATANI, 2014)⁶.

A lo dispuesto en el apartado b- y en complemento con lo anterior, debe señalarse que los trabajadores migrantes tienen una especie de tareas pre-destinadas en las cuales laboran, y que son creadas por los propios grupos sociales y sistemas económicos, como por ejemplo las tareas de construcción, en las que muchas veces las empresas constructoras deciden contratar a obreros provenientes de otros países con el fin de limitar sus obligaciones patronales, y abusándose muchas veces de la precariedad documental de los mismos, quienes por estas circunstancias quedan de lleno sometidos al riesgo empresario que de por sí le es ajeno. O el trabajo en talleres

6 Entre otros datos, el autor señalado indica que el colectivo de trabajadoras hogareñas, más allá de quienes consideran a este grupo como de dimensiones minoritarias, llega al 8% del total de ocupados en Argentina y al 10,4% del total de trabajadores dependientes. Se destaca que en Argentina, este universo laboral ha sido recientemente reformado en su totalidad por la Ley 26.844, superando la anterior regulación totalmente desprotectoria brindada por el Decreto Ley 326 de 1956.

de confección de indumentaria⁷ o verdulerías⁸, entre los cuales se ha advertido claramente el fenómeno de la discriminación laboral en atención a la nacionalidad de los trabajadores. Se señalan ciertos casos de jurisprudencia vinculada.

Finalmente, a lo destacado en el punto c, se debe señalar el crecimiento que ha experimentado el universo de trabajadores migrantes en las zonas fronterizas, tanto rurales como en los típicos urbanas, donde proliferan variados mercados y que ha dado cabida en los últimos años el flujo de trabajadores y la permanencia mayormente duradera de los mismos en dichos lugares.

No obstante el marco anterior, la libre circulación de personas en el ámbito del MERCOSUR presenta hasta el momento diferencias notorias en comparación con el espacio regional de mayor desarrollo hasta nuestros días como es la Unión Europea. Al respecto, Caresa Salmann destaca que el marco normativo de este aún joven proceso de integración dista en buena medida del contorno jurídico con que se engloba el fenómeno del desplazamiento de personas en el ámbito de la U.E donde la libre circulación de personas está desprovista del condicionante del ejercicio de una actividad económica, no exigiéndose más que la posesión de un documento que acredite la identidad personal, desenvolviéndose todo en un marco denominado Espacio de libertad, seguridad y justicia (CARESA SALMANN, s.f).

4.- Algunas normas de circulación de trabajadores en el ámbito del MERCOSUR

Es interesante destacar que en el proceso de regionalización bajo estudio, se ha desarrollado un notable el crecimiento normativo en lo referente a la circulación de trabajadores, dictándose una gran cantidad de normativas vinculada al trabajo, de manera directa como indirecta, otorgándole ciertos beneficios también de índole civil.

Así, en el ámbito de la educación, se han dictado diferentes protocolos tendientes a convalidar en los diferentes países los títulos y certificados de enseñanza primaria⁹, secundaria o media técnica¹⁰ y de grado universitario¹¹.

En materia de asistencia jurisdiccional también se han llegado a algunos acuerdos de importancia, distinguiéndose las materias de índole civil, comercial, laboral

7 Cám. Nac. Crim. y Correc. Federal, “L. H., E. J. y otro”, sent. del 23/08/2011.

8 Cám. Nac. Crim. y Correc. Federal, Sala II, “Guarachi Mamami, Tito y otros”, sent. Del 20/11/2007; Juz. Nac. rim. y Correc. Federal n° 5, Sec. 10, “Sánchez Alterino, Néstor Alejandro y otros”, sent. del 08/04/2008.

9 Buenos Aires, 5 de agosto de 1994, ratificado por Argentina mediante ley 24.676.

10 Asunción, 5 de agosto de 1995, ratificado por Argentina mediante la ley 24.839.

11 Fortaleza, Brasil, 16 de diciembre de 1996, ratificado por argentina mediante ley 24.997.

y administrativa¹², medidas cautelares¹³ o jurisdicción internacional en materia de incumplimientos contractuales¹⁴.

Se ha aprobado también el denominado Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercosur y el Acuerdo Administrativo para su aplicación¹⁵. A través de los mismos, se implementa un sistema de reconocimiento recíproco de las cotizaciones efectuadas entre los países integrantes por los trabajadores nacionales o extranjeros habitantes –provenientes de su puesta a disposición laboral-, a los fines de que cualquier Estado miembro pueda efectivizar el pago de los beneficios en caso de ser cumplidas las condiciones de ley.

En el mismo sentido protectorio, y ampliando la red de nuevos derechos, desde la creación del MERCOSUR se han sucedido una serie de decisiones en relación a los trabajadores fronterizos.

Entre ellas podemos referenciar a título ilustrativo las siguientes: 18/99, 19/99, 14/00, 15/00, mediante las cuales lograron aprobación los siguientes instrumentos:

~*Acuerdo de Ministros N° 17/99 Sobre Tránsito Vecinal Fronterizo Entre los Estados Parte del Mercosur* (Decisión C.M.C. N° 18/99);

~*Reglamentación del Régimen de Tránsito Vecinal Fronterizo Entre los Estados Parte del Mercosur* (Decisión C.M.C. N° 14/2000);

~*Entendimiento Sobre Tránsito Vecinal Fronterizo Entre los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile* (Decisión C.M.C. N° 19/99);

~*Reglamentación del Régimen de Tránsito Vecinal Fronterizo Entre los Estados Parte del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile* (Decisión C.M.C. N° 15/2000).

En términos generales, mediante estas normas se aprueba un régimen identificatorio y de circulación especial a favor de los residentes de un Estado miembro, que se domicilien en localidades próximas o contiguas de dos Estados parte, permitiendo que los trabajadores beneficiados puedan obtener una credencial denominada “Tránsito Vecinal Fronterizo”¹⁶ (T.V.F) que les permite poder transitar en los límites internacionales precisados con destino a alguna localidad contigua sin necesidad de atravesar los muchas veces complicados procedimientos migratorios. La credencial es expedida por el Estado parte de ingreso y refiere a un permiso de localización extensivo por 72 horas.

12 Valle de las Leñas, Mendoza, 27 de junio de 1992, ratificado por la Argentina mediante la ley 24.578, con más el acuerdo complementario, firmado en Asunción, el 19 de junio de 1997, ratificado por la Argentina mediante la ley 25.222.

13 Ouro Preto, 16 de diciembre de 1994, ratificado por la Argentina mediante la ley 24.579.

14 Buenos Aires, 5 de agosto de 1994, ratificado por la Argentina mediante la ley 24.669.

15 La Argentina recientemente aprobó ambos instrumentos mediante la ley 25.655.

16 Ver sitio oficial, disponible en el siguiente enlace: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79358/norma.htm>.

5.- La Declaración Socio Laboral del MERCOSUR

Como bien lo destaca la mejor doctrina, la D.SL.M permite instrumentalizar en la región el paradigma del Trabajo Decente, lanzado al ruedo doctrinario y político por la OIT (CAPÓN FILAS, 2005).

Este instrumento fue firmado con fecha 10 de diciembre de 1998 en la ciudad de Río de Janeiro y como su nombre lo indica –en el marco de las previsiones el protocolo de Ouro Preto-, no reviste ipso facto la calidad de derecho directamente vinculante para los Estados miembros del bloque, sino que más bien aparecería en la escena internacional como una serie de propuestas vinculadas a diversas cuestiones del mundo del trabajo.

No obstante lo anterior, desde su creación y sobre todo ante los nuevos roles que han ido asumiendo los Estados en los últimos años –nutrido de notables políticas de contenido social-, han hecho de la mencionada Declaración más que un texto de proyectos a largo plazo.

En efecto, anualmente los países miembros presentan a la Comisión Sociolaboral Regional (órgano encargado de su aplicación y control), una memoria en donde detallan el grado de cumplimiento especial para cada uno de los países en las materias allí reguladas.

Respecto del contenido de este instrumento jurídico, vale señalar que el mismo cuenta con tres partes: los considerandos y los derechos individuales (artículos 1 a 6 para el trabajador y 7 para el empleador); los derechos colectivos (artículos 8 a 12); política social (arts. 13 a 19); normas relativas a su aplicación y seguimiento a través de una comisión sociolaboral de composición tripartita (arts. 20 a 25).

Por el art. 1° de la *Declaración*, referido a la *no discriminación*, reza que los Estados Parte garantizan a favor de los trabajadores, *“la igualdad efectiva de derechos, tratos y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional”*...

El art. 4° se ocupa en especial de los así denominados *“Trabajadores migrantes y fronterizos”*, y señala en cuanto a ellos que :*“1.- Todo trabajador migrante, independientemente de su nacionalidad, tiene derecho a ayuda, información, protección e igualdad de derechos y condiciones de trabajo reconocidos a los nacionales del país en el que estuviere ejerciendo sus actividades, de conformidad con las reglamentaciones profesionales de cada país.- 2.- Los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera y a llevar a cabo las acciones necesarias a fin de mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores”*.

Hay dos partes en este art. 4° de la D.SL.M., y que abordan de manera muy distinta al trabajador migrante en comparación con el fronterizo. Si bien la Declaración omite definir ambas categorías, corresponde precisar que la nota distintiva entre el trabajador fronterizo y el migrante clásico, pasa por el hecho de residir en un Estado y trabajar en otro. Así, mientras el migrante abandona por completo su país de origen, con o sin familia, para residir y trabajar en un país distinto, el trabajador fronte-

rizo tiene una doble vinculación nacional, en función de sus lugares de residencia y de trabajo.

Sobre el punto, los autores han discutido el alcance que corresponde atribuirle a los derechos consagrados por el artículo cuarto antes transcrito, en relación con esa especial categoría de trabajadores. De esta manera, mientras algunos sostienen la idea de que los derechos considerados en primer término para los trabajadores migrantes podría recibir la categoría de derechos plenamente operativos en contraste a los del segundo apartado –derecho de los trabajadores fronterizos- siendo éstos últimos de carácter eminentemente programáticos (conf. MANSUETI, 2009), otro sector de la doctrina en el cual nos enrolamos, piensa que los derechos sociales en ninguna medida pueden recibir la categorización como derechos de contenido de programáticos, en tanto su reconocimiento siempre debe resultar acorde con los principios laborales que de manera permanente le sirven de sustento, como los de progresividad, protectorio e indemnidad, y ninguna regla interna o regional puede hacer caer esa cualidad elemental que cualifica al trabajo como fenómeno humano y centro de especial protección constitucional.

A su vez es dable señalar que en el marco de la Declaración Sociolaboral, se han creado una serie de organismos tendiente a colaborar con los objetivos del mentado instrumento internacional. En tal sentido podemos señalar la existencia de la Comisión SocioLaboral del MERCOSUR (CSL), que se irgue como un órgano con tripe representación –Estado, trabajadores y empleadores-, entre cuyas funciones se encuentra la elaboración de informes o memorias sobre el nivel de desarrollo de cada uno de los derechos consagrados en el instrumento principal, y de su cumplimiento en cada uno de los países miembros.

Asimismo, contamos en la región con el Foro Consultivo Económico y Social (FCES), como órgano de representación de los sectores económicos de los Estados Parte. En este, a diferencia del anterior organismo, su funcionamiento excluye a los sectores gubernamentales, encontrándose constituida por las representaciones empresariales y sindicales, a las que se agregan también organizaciones no gubernamentales, centros de investigación, y otras organizaciones sociales.

No obstante la existencia de las instancias anteriores, parte de la doctrina, a cuya idea adherimos en parte, entiende que a pesar de la multiplicidad de organismos dentro del MERCOSUR encargados de trabajar sobre la temática referente a la movilidad de trabajadores, no se han garantizado avances sustantivos en los años que llevan aplicándose (VICHICH, 2005).

6.-Algunas propuestas de cambio a la D.SL.M

A través de la decisión 64/10¹⁷ (12) se han planteado dentro de la temática de trabajo y empleo la necesidad de revisar el anterior instrumento, con el propósito de incrementar el fortalecimiento en el funcionamiento de la Comisión Sociolaboral

17 Decisión MERCOSUR/CMC/EC. N° 64/10, aprobada el 16 de diciembre del 2010 en la ciudad de Foz Iguazú.

y del Observatorio del Mercado de Trabajo, el desarrollo de directrices sobre empleo y de planes regionales en materia de trabajo infantil e inspección de trabajo, así como también la facilitación en la circulación de los trabajadores.

En este punto, y siguiendo lo explicado por CERNADAS, vale señalar que la decisión no menciona explícitamente la cuestión de la igualdad de derechos laborales, ni tampoco alude a la situación migratoria de la persona, o en su caso la necesidad o no de contar con una autorización de residencia para trabajar (CERIANI CERNADAS, 2012).

En lo relativo a la Seguridad Social, se propone la ampliación de los registros de información previsional y laboral de los Estados Parte a los fines de simplificar los trámites y brindar mayor seguridad a las informaciones personales, formulación de políticas públicas y agilización en la concesión de los beneficios. En este sentido, sin embargo, se ha avanzado un buen trecho desde la aprobación del Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR, el que se encuentra en vigencia desde el 1 de junio de 2005, y que se aplica a los trabajadores con aportes posteriores a la entrada en vigencia del mismo, reemplazando a los acuerdos bilaterales con la República Federativa del Brasil y la República Oriental del Uruguay. En líneas generales, aquí podemos señalar que dicho instrumento consagra el derecho de los trabajadores que, habiendo prestado servicios en dos Estados parte del MERCOSUR, no tuvieran reunido el derecho a las prestaciones, aclarando en esto que podrán computar los servicios prestados en otro Estado que hubiera celebrado convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social con cualquiera de los Estados partes¹⁸.

7.- Ampliación de derechos consagrados en la D.SL.M: la ley migratoria nacional nro. 25.871.

El artículo 1° de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR dispone que: *“Todo trabajador tiene **garantizada** la igualdad efectiva de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión por motivo de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideológica, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con la disposiciones legales vigentes. Los Estados Partes se comprometen a garantizar la **vigencia de este principio de no discriminación**. En particular, se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación en lo que refiere a los grupos en situación desventajosa en el mercado de trabajo”* (el destacado no pertenece al original).

Coincidiendo con buena doctrina, de la simple lectura del artículo antes señalado, se advierte que desde instancias supranacionales se exige a los Estados un claro rol activo en el cumplimiento de las garantías proyectadas, otorgando además

¹⁸ Vale señalar que el primer beneficiario del sistema en comentario fue el Sr. Sebastián LEITE, de nacionalidad paraguaya, que registraba aportes en el IPS de Paraguay y en el Sistema Argentino, desempeñando tareas laborales en nuestro país en la por entonces Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL).

un claro derecho de peticionar para los trabajadores que fueran víctimas de conductas calificadas como disvaliosas (TOSELLI, 2012).

En este marco, debemos señalar la vigencia en nuestro país de la Ley 25.871¹⁹ que regula los derechos y obligaciones de los extranjeros, estableciendo en su Título IV el régimen de permanencia de éstos en el país, así como también sus derechos laborales.

Vale destacar que entre los objetivos de la ley, se encuentra el de promover la inserción e integración laboral de los inmigrantes que residan en forma legal para el mejor aprovechamiento de sus capacidades personales y laborales, a fin de contribuir al desarrollo económico y social del país (art. 3º, inc. h), estableciendo además que el Estado, en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social (art. 6º).

Consagra cuatro categorías de trabajadores:

a. -los residentes permanentes: son los que tienen la intención de instalarse definitivamente en el país y obtienen la admisión de la autoridad de aplicación (Dirección Nacional de Migraciones), pudiendo estos desarrollar toda tarea remunerada o lucrativa, por cuenta propia o en relación de dependencia.

b.- los residentes temporarios: ingresan al país como trabajadores migrantes (art. 23 inc. a ley cit.), los que pueden ser autorizados a permanecer en el país por un plazo máximo de tres años (prorrogables con entradas y salidas múltiples), con permiso para trabajar bajo relación de dependencia.

c.- los residentes transitorios: quienes no podrán realizar tareas lucrativas o remuneradas con excepción de las incluidas en la sub categoría de trabajadores migrantes estacionales o cuando fueran expresamente autorizados por la Dirección nacional de migraciones.

d.- personas migrantes a quienes se le ha concedido la residencia precaria: podrán ser habilitados para trabajar por el plazo y en las modalidades que establezca la autoridad de aplicación.

Importante además es destacar que la ley bajo estudio consagra además el principio de nacionalidad –que toma del Acuerdo Regional del MERCOSUR-, produciendo aquí un cambio sustancial en los criterios para la obtención de la residencia para trabajar, debiendo solamente el trabajador del MERCOSUR acreditar su identidad y la documentación personal de rigor para acceder, sin necesidad de dar cuenta de la relación laboral, ni acreditar documentación adicional alguna.

A pesar de los buenos carriles construidos por la ley de cita, y como bien lo destacara Carlos Toselli, se puede advertir una cuestión patológica contextual en la aplicación y entendimiento de la disposición en tratamiento destacándose que, bajo el pretexto de las dificultades migratorias que poseen los extranjeros, en muchas ocasiones se producen situaciones que lindan con la esclavitud y reducción a servidumbre de dichas personas, más allá de las disposiciones que surgen del texto de la ley

19

B.O del 21-1-2004.

migratoria 25.871 que asegura la protección y el ejercicio de los derechos a todos los migrantes, independientemente de su condición regular o irregular (art. 40), y sigue el criterio de la Ley laboral de Contrato de Trabajo sancionando el incumplimiento del empleador al contratar a un trabajador irregular, como un supuesto de contrato de objeto prohibido (TOSELLI, 2012).

Como se advierte, estas situaciones, además de contrariar las mismas disposiciones de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, irían en contra de lo que preceptúa el Convenio nro. 11 de la OIT (ratificado por Argentina) y las bases de establecidas por la ley anti discriminatoria nacional nro. 23.592²⁰, además de la interpretación amplia que de tales instrumentos efectuó nuestra CSJN en el fallo “Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de Amparo”²¹.

8.- Conclusiones

A 25 años del tratado de Asunción por el que se constituye el MERCOSUR, el proceso de integración regional nos plantea interesantes cuestiones para sumar al debate de las políticas migratorias internacionales.

Actualmente el concepto de frontera ha sido modificado desde la geografía y geopolítica, pasándose de una mirada clásica que la entendía como una especie de muralla que separaba dos o más países (Rey Balmaceda), a un espacio de encuentro, relaciones y colaboración (Benedetti).

La relación misma entre los países ha variado, sobretodo en nuestra región desde la instauración del denominado mercado común que, como se señaló en las primeras páginas del presente trabajo, ha traído además de consecuencias económicas y políticas de trascendencia, efectos de índole social y humana, entre ellos el que impactó de lleno en la condición misma de los y las trabajadoras migrantes.

Ha dicho Juan Somavía –Director de la Organización Internacional del Trabajo al conmemorarse el primer año de la designación del día internacional del migrante por parte de la ONU, el 18 de diciembre de 2001- que *“los migrantes representan un capital para cada país al que llevan su trabajo. Démosle la dignidad que se merecen como seres humanos y el respeto que se merecen como trabajadores”*.

Aún con cita de un organismo ajeno al que se ha desarrollado en el presente trabajo, nos pareció del todo oportuno su invocación por el profundo sentido con el que se identifica en la frase transcrita al trabajo de las personas migrantes.

De creación internacional y de reiterado impacto en la jurisprudencia local, la noción de trabajo decente es plenamente aplicable al ámbito del MERCOSUR, pues lo que define ese instituto no son los organismos protagonistas en la escena internacional, sino el fenómeno del trabajo en relación de dependencia.

Vimos a lo largo del presente trabajo como se ha desenvuelto el tema en la Región, sobre todo desde los aspectos jurídicos, pudiendo advertir un notable

20 B.O. 5-9-1988.

21 CSJN, “Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de Amparo”, sent. Del 07/12/2010.

desarrollo desde Asunción hasta nuestros días, al influjo sin duda de las nuevas interpretaciones sobre la noción de trabajo, y las renovadas formas de protección del mismo.

Se puede decir a grandes rasgos que en el seno del MERCOSUR han sabido idearse instrumentos de gran utilidad que sirven para dignificar a los seres humanos que por diversas razones –económicas, políticas, sociales o culturales, etc–, tuvieron que sobrepasar los límites de sus países natales en búsqueda de nuevas tierras y nuevas oportunidades. Ciertamente que como se advirtió en algunos párrafos anteriores, muchos instrumentos requieren de un engranaje más aceitado y de mayor compromiso entre los Estados miembros, más creemos que existe actualmente una base seria para seguir trabajando.

Desprestigiando la importancia del alcance de muchas herramientas construidas, a diario advertimos la existencia de muchos tratos discriminatorios por razones de nacionalidad. Muchas veces avalamos la diferencia arbitraria y la reproducimos, olvidando nuestra esencia común como seres humanos y titulares del mayor respeto y dignidad.

Identificamos muchas veces criterios de nacionalidad con conceptos peyorativos, infravalorando el concepto de ciudadanía y sobre todo el de comunidad.

Todo esto involucra el trabajo como fenómenos social en el nuevo milenio, creando la situación necesaria para el desarrollo de instituciones de protección no solamente de alcance nacional sino también regional.

En este proceso nos propusimos estudiar el fenómeno de los trabajadores migrantes desde la óptica del MERCOSUR, y advertimos numerosos instrumentos de tutela, los que han ido apareciendo a lo largo de los años luego de la constitución de esta nueva etapa en la regionalización de América del Sur.

A 25 años de Asunción la tarea no está terminada. Debemos seguir trabajando para lograr, día a día, mayores y mejores derechos para los trabajadores migrantes, realizando en cada esfuerzo la bandera de la cooperación, la unión y la justicia social.

9.- Bibliografía

Barreto Ghione, Hugo. (2000). “Libre circulación de trabajadores en el Mercosur: un imaginario de la dimensión humana de la integración”, Serie documentos sindicales del Mercosur. Montevideo: Electronic ed.: Bonn: FES Library. Disponible en web: <http://library.fes.de/fulltext/bueros/uruguay/00858.htm>.

Capón Finas, Rodolfo. (2005). “El empleo decente y la Declaración Socio Laboral del MERCOSUR”, HOLOGRAMÁTICA – Facultad de Ciencias Sociales – UNLZ - Año II, Número 3.

Caresa Salmann, Antonio. (2012). en “El desarrollo de una libre circulación de personas en el MERCOSUR: balance y perspectivas”, citado por CERIANI CERNADAS Pablo “Apuntes críticos sobre derechos humanos, migraciones y libre circulación en el MECOSUR”, en *Revista Derechos Humanos*, Infojus, Edit. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires.

Catani, Enrique. (2014). “La indemnización por despido del personal de casas

particulares”, en *Revista Derecho del Trabajo* Año II, Número 7, Infojus, Edit. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires.

Ceriani Cernadas, Pablo. (2012) “Apuntes críticos sobre derechos humanos, migraciones y libre circulación en el MECOSUR”, en *Revista Derechos Humanos*, Infojus, Edit. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires.

Cornaglia, Ricardo Jesús. (2001), “Reforma Laboral. Análisis Crítico. Aportes para una teoría general del derecho el trabajo en la crisis”, Buenos Aires: La Ley.

Corti Varela, Justo (2012). “La libre circulación de personas en el MERCOSUR: evolución”, en artículo de CERIANI CERNADAS Pablo “Apuntes críticos sobre derechos humanos, migraciones y libre circulación en el MECOSUR”, en *Revista Derechos Humanos*, Infojus, Edit. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires.

Mansueti, Hugo Roberto. (2009). “Los trabajadores migrantes y el derecho del MERCOSUR”, en *Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* Dr. Guillermo Cabanellas, página oficial www.ajjtssgc.org.

Sardenga, Paula Constanza. (2012). en “La Trabajadora migrante en el MERCOSUR”, Edit. Lexis Nexis, Buenos Aires 2001, citado por CERIANI CERNADAS, Pablo “Apuntes críticos sobre derechos humanos, migraciones y libre circulación en el MECOSUR”, en *Revista Derechos Humanos*, Infojus, Edit. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires.

Texido, Ezequiel, BAER, Gladys, PEREZ VICHICH, Nora, SANTESTEVAN, Ana María, GOMES, Carles P. en *Estudios sobre migraciones internacionales* nro. 63- Migraciones laborales en Sudamérica: el MERCOSUR ampliado. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra.

Toselli, Carlos (2012). “El empleo decente del trabajador extranjero”, publicado en “*Revista de Derecho del Trabajo*”, nro. 3. Buenos Aires: Infojus.

Vichici, Nora (2005). “El Mercosur y la migración internacional”. Expert group meeting on international migration and development in Latin America and the Caribbean. Department of Economic and Social Affairs. United Nations Secretariat.

Legislación



El daño al proyecto de vida en el nuevo Código Civil y Comercial

Por Dr. Eduardo E Curutchet

I. Introducción

A partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, analizaremos en el presente las normas relacionadas con la reparación de los daños por violación a la integridad psicofísica o fallecimiento, deteniéndonos en particular en “el daño al proyecto de vida”.

Pretendemos interpretar esas disposiciones del nuevo código unificado a la luz de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular sobre los alcances del concepto del daño al proyecto de vida.

II. Daño al proyecto de vida. Formas de reparación:

Su concepto y recepción normativa

El artículo 1738 del nuevo Código dispone: “Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la **interferencia en su proyecto de vida.**” (el destacado me corresponde)

La norma, claramente inspirada en las enseñanzas del moderno derecho de daños, atiende a la persona humana como ser integral y ordena indemnizar las consecuencias perjudiciales que podrían producirse en su patrimonio, y sobre otros valores de naturaleza inmateriales.

Reconoce claramente el daño emergente, el lucro cesante, la pérdida de chances, por un lado, y por el otro el daño las afecciones espirituales (tradicionalmente abordado por la doctrina como daño moral), así como la violación de derechos inherentes a la persona humana, quedando englobados por los derechos personalísimos el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a la libertad, al honor, a un trato digno, igual y no discriminatorio, la intimidad, a la imagen, a la identidad personal, etc.

Mas allá del problemático encuadre de estas categorías dentro de las dos grandes “avenidas” que tradicionalmente encorsetaron los daños como pertenecientes al ámbito patrimonial o extrapatrimonial¹, lo que da lugar a intensos y a veces poco útil debates doctrinarios, es interesante analizar los alcances que podría tener el reconocimiento del daño al proyecto de vida en el nuevo código.²

1 Clasificación que tiene el defecto distinguir los daños a las personas desde un perspectiva que hace eje en la cuestión patrimonial.

2 En el Proyecto de código civil de 1998 se encasillaba claramente este daño como daño extrapa-

Detrás de este reconocimiento, impulsando el mismo, está presente una corriente iusfilosófica existencialista que promueve una nueva concepción del hombre al considerarlo como una unidad psicosomática sustentada en su libertad.

El concepto de proyecto de vida “se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino”³

Enseña Fernández Sessarego que se habla de la libertad, en su vertiente subjetiva, como la “capacidad de decisión del ser humano para proyectar su vida. Esta íntima decisión, generada en el mundo de la subjetividad, supone preferir - luego de valorar - una determinada opción entre un abanico de posibilidades existenciales que se le ofrecen a la persona. Esta opción es el “proyecto de vida” que se concreta en actos, comportamientos, conductas. Es decir, en libertad objetiva o fenoménica.”⁴

III. Los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Conviene precisar en primer lugar que esta categoría de daños se ha asociado en su tratamiento jurisprudencial por la C.I.D.H. principalmente, aunque no en forma exclusiva, a las personas que han sobrevivido a las violaciones de sus derechos fundamentales. El potencial del concepto como herramienta de reparación está enfocado a la persona misma que sufre el daño, puesto que se trata de un derecho personalísimo que en principio no se transmite a los herederos. Por eso no es casual que los primeros precedentes de la CIDH que abordan el tema tratan invariablemente sobre víctimas sobrevivientes a violaciones de sus derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó el tema por primera vez en el conocido caso “Loayza Tamayo Vs. Perú” en su sentencia de 27 de noviembre de 1998 sobre *Reparaciones y Costas*.

Deslindando conceptos la Corte establece allí que el daño al proyecto de vida “ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el daño emergente”. Y, en lo que hace al “lucro cesante”, se señala en la sentencia que “mientras éste último daño se refiere en

trimonial en su art. 1600 que textualmente decía: SECCIÓN TERCERA. Daño.

ARTÍCULO 1600.- Alcances.- En este Código: a) El daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por daño emergente la pérdida o la disminución de bienes o de intereses no contrarios a la ley; y por lucro cesante, la frustración de ganancias, en su caso, en razón de la mengua o la privación de la aptitud para realizar actividades remunerables. b) El daño extrapatrimonial comprende al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas.... “

3 Del voto razonado conjunto de los magistrados Cançado Trindade y Abreu Burelli, en el caso C.I.D.H., “Loayza Tamayo”, que mas abajo se cita.

4 Carlos Fernández Sessarego, “El Daño al Proyecto de Vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0532498043eb964c941df40365e6754e/El_da%C3%B1o_al_proyecto_de_vida_Carlos_Fern%C3%A1ndez_Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0532498043eb964c941df40365e6754e

forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”⁵.

A su vez sostiene Fernández Sessarego que “el “daño al proyecto de vida” lesiona el ejercicio mismo de la libertad ontológica del ser humano mientras que el daño denominado “moral”, en cuanto pretium doloris, incide en el aspecto psíquico de la persona, más precisamente en el emocional”⁶.

Expresa la CIDH que “El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.”⁷

La CIDH entiende que el “daño al proyecto de vida”, como “una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable.”⁸

Acerca del modo de reparación de las violaciones o “interferencias”⁹ al “proyecto de vida” la Corte I.D.H. ha dicho en el caso Loayza Tamayo que “es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la *restitutio in integrum*.”¹⁰

5 CIDH, caso “Loayza Tamayo Vs. Perú” en su sentencia de 27 de noviembre de 1998 sobre Reparaciones y Costas, párrafo 147

6 Obra citada supra

7 CIDH, caso Loayza Tamayo, párr 148

8 CIDH, caso Loayza Tamayo, párr 150

9 De acuerdo a la Real Academia el termino “interferencia” (que emplea el nuevo Código unificado para referirse al daño al proyecto de vida) significa, en su primer acepción, “ Acción y efecto de interferir”. Pero para la descripción del fenómeno intersubjetivo que pretende regular la norma resulta más ilustrativa su segunda acepción, como “Acción recíproca de las ondas, de la cual puede resultar, en ciertas condiciones, aumento, disminución o anulación del movimiento ondulatorio.” La conducta ajena que interfiere en el proyecto de vida propio tiene un efecto similar, distorsionando el movimiento o avance de nuestras proyecciones y aspiraciones personales.

10 CIDH, caso Loayza Tamayo, párr 151

Sin embargo en el caso concreto y en una decisión que no ha estado exenta de críticas, la CIDH sostuvo que "... la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo. Advierte, no obstante, que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente implican un principio de satisfacción en este orden de consideraciones."¹¹

En el caso *Gutiérrez Soler Vs Colombia*, Sentencia de 12 de septiembre de 2005, la Corte I.D.H ha procedido de la misma manera, al decidir "no cuantificarlo en términos económicos, ya que la condena que se hace en otros puntos de la presente Sentencia contribuye a compensar al señor Wilson Gutiérrez Soler por sus daños materiales e inmateriales." Y agregó "La naturaleza compleja e íntegra del daño al "proyecto de vida" exige medidas de satisfacción y garantías de no repetición que van más allá de la esfera económica. Sin perjuicio de ello, el Tribunal estima que ninguna forma de reparación podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privado el señor Wilson Gutiérrez Soler." (parr. 98)

En cambio en el caso "*Cantoral Benavides Vs. Perú*" en su sentencia del 3 de diciembre de 2001, sobre Reparaciones y Costas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sí dictó una medida específica de reparación por el grave menoscabo al proyecto de vida que había sufrido la víctima.

En dicho caso los representantes de la víctima habían alegado que "la reconstrucción del proyecto de vida de la víctima se encuentra íntimamente relacionada con su educación profesional, y debe ser garantizada por el Estado... En consecuencia, solicitan una cantidad similar a la compensación del daño moral, de US\$80.000,00 como indemnización por pérdida del proyecto de vida, suma que, dada la juventud y potencialidad de la víctima, garantizaría sus estudios y su permanencia en el Brasil".

La Corte I.D.H. consideró acreditado que los hechos de este caso ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional. Todo esto ha representado un serio menoscabo para su "proyecto de vida"¹².

Asimismo ordenó al Estado de Perú que para restablecer el proyecto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides, "le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija -así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios- en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado."¹³

11 CIDH, caso *Loayza Tamayo*, párr 153

12 CIDH, caso "*Cantoral Benavides Vs. Perú*", párrafo 60.

13 CIDH, caso "*Cantoral Benavides Vs. Perú*", párrafo 80.

Como se advierte, la medida de reparación otorgada por CIDH se acerca bastante al principio de la *in integrum restitutio*, como forma de reparación prioritaria, por sobre la alternativa meramente indemnizatoria.

IV. El proyecto de vida la doctrina laboral de la CSJN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido al daño al proyecto de vida en varios casos relacionados, principalmente, con distintos cuestionamientos al sistema de reparación previsto en las leyes especiales de riesgos del trabajo.

Así, en el caso “**Milone**”¹⁴ al decidir sobre la invalidez constitucional del pago en forma de renta previsto en el art. 14.2 “b” de la ley 24.557 que regula el supuesto de las incapacidad parciales permanentes graves (entre 50 y 65 %) sostuvo que “Un trance de tamaña gravedad como una discapacidad, sobre todo de las comprendidas por el art. 14.2.b de la ley 24.557, llevará seguramente al trabajador -y, en su caso, a la familia de éste a una profunda reformulación de su proyecto de vida, para lo cual la indemnización a la que tenga derecho se presentará como un dato de importancia inocultable por mayúsculo y es precisamente por ello que el medio reparador, de ser inadecuado, puede añadir a la mentada frustración, una nueva, tal como sucede con el sistema originariamente previsto por la ley mencionada.” Y luego agrega” lo decisivo es que el ámbito de libertad constitucionalmente protegido en el que se inserta el proyecto de vida, es objeto de una injerencia reglamentaria irrazonable al no encontrar sustento en ningún fin tutelar legítimo.”

Es decir, la CSJN se refiere a la afectación del proyecto de vida de la víctima como un argumento coadyuvante para invalidar constitucionalmente una norma que disponía el pago de la indemnización debida por el accidente en forma de renta.

En el caso “**Suárez Guimbard**”¹⁵ se reiteran los conceptos del precedente Milone, pero esta vez para declarar la inconstitucionalidad del pago en forma de renta previsto la ley 24557 para el caso de fallecimiento del trabajador, de modo que la referencia al cercenamiento del proyecto de vida esta dirigida ahora a los derechohabientes al disponer que “Corresponde confirmar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 15, inc. 2º, 18 y 19 de la ley 24.557, si no obstante percibir los derechohabientes por muerte del damnificado la compensación dineraria adicional de pago único prevista en el art. 11, apartado 4 de aquélla, quedó demostrado que el régimen indemnizatorio complementario de renta periódica contemplado en él conduce a un pago mensual que no satisface el objetivo reparador que la norma predica, e impide a quienes reclaman en un pago único el capital depositado, el ejercicio de un ámbito de libertad constitucionalmente protegido, en el que se inserta la formulación de su proyecto de vida, ya modificado traumáticamente por la muerte del trabajador.”

14 CSJN “Milone, Juan Antonio c/ Asociat S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente - ley 9688.”, sentencia del 26/10/2004, Fallos 327:4607

15 CSJN “Suárez Guimbard, Luordes c/Siembra A.F.J.P. S.A. “, sentencia del 24/06/2008, Fallos 331:1510.

En el caso “Arostegui”¹⁶ la Corte vuelve a referirse al proyecto de vida para evidenciar el absurdo en que había incurrido el a quo (sala III Cámara Nacional del Trabajo) al declarar la validez constitucional del art. 39.1 de la ley 24557, luego de realizar una deficiente comparación entre las prestaciones a las que el trabajador tendría derecho a acceder en el marco tarifario de la ley 24557 y la indemnización integral a la que podría acceder de acuerdo al derecho común.

Finalmente, y sin perjuicio de otros precedentes, en el caso “Ascua”¹⁷ al analizar la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio del art. 8 de la ley 9688 hizo mérito de la importancia de la indemnización para el trabajador accidentado, respecto de su “reformulación del proyecto de vida” (considerando 8), de modo que aquí se utilizó el concepto, otra vez, como argumento coadyuvante en la declaración de inconstitucionalidad de una norma que limitaba la indemnización tarifada de la LRT, en el caso, por aplicación de un tope.

Es decir que el proyecto de vida tiene para la CSJN un valor trascendental al momento de juzgar la validez o invalidez constitucional de las normas que interfieren irrazonablemente en la “reformulación del proyecto de vida” de la persona lesionada o sus derechohabientes.

V. Conclusiones preliminares sobre la reparación del daño al proyecto de vida:

Se ha discutido en la doctrina, e incluso en el seno de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, si el daño al proyecto de vida, amerita una reparación indemnizatoria o si admite otras formas de reparación en especie, in natura.

El valor que se pretende tutelar bajo la expresión “proyecto de vida” es esencialmente la *libertad* de las personas. Libertad de conducir su vida, fijar sus legítimas aspiraciones y perseguir su realización.

El daño al proyecto de vida consiste en una interferencia ilegítima a esas aspiraciones personales, que adquieren en el concierto del derecho moderno, el estatus de un interés legítimo jurídicamente protegido.

Esta “interferencia”, a su vez, reconoce distintos grados, que van desde un mero “retardo” hasta un severo “menoscabo” y finalmente su “frustración”. De acuerdo a la entidad de la lesión, la técnica jurídica deberá proveer distintas herramientas de reparación, que pueden actuar articuladamente, sin excluirse.

Hay que tener presente que existe siempre una *dimensión temporal* que se encuentra afectada por el daño al proyecto de vida. La persona tiene solo una vida para realizar sus legítimos proyectos y aspiraciones y cuando se trunca, menoscaba o retarda esas aspiraciones ilegítimamente, el sujeto es herido en su libertad personal y en sus posibilidades temporales de realizarlas.

16 CSJN “Arostegui, Pablo Martín c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.”, sentencia del 08-04-2008; Fallos 331:570

17 CSJN “Ascua, Luis Ricardo c/SOMOSA s/Cobro de pesos” sentencia del 10/08/2010, Fallos 333:1361.

Cuando se trata de un retardo o un menoscabo, pero sin llegar al punto de la supresión definitiva del proyecto de vida y la víctima se encuentra con vida, pareciera lógico que deba analizarse prioritariamente las alternativas de reparación in natura, “la *restitutio in integrum*, como forma *par excellence* de reparación”. Cuando se ha truncado definitivamente el proyecto de vida, la única alternativa posible es la solución indemnizatoria.

Ahora bien, esta indemnización, destinada a reparar un daño producido esencialmente sobre la libertad de la persona, no debería quedar subsumida en la reparación de los daños patrimoniales ni en la reparación del daño moral, por cuanto cada reparación tiene un ámbito de protección específico y diferenciados (el patrimonio, las afecciones espirituales y la libertad).

En este sentido cabe destacar que el nuevo Código trata el daño al proyecto de vida en el art. 1738 bajo el título de “Indemnización”, lo que tiene una significación técnica jurídica específica, como una de las formas de reparación¹.

Esta apreciación, (i) relativa a la cuestión de la técnica jurídica, sumada a (ii) una adecuada consideración del factor temporal truncado en la afectación al proyecto de vida, y (iii) a los distintos valores que están tutelados detrás de cada indemnización en particular, debería llevar a considerar que el daño al proyecto de vida es siempre indemnizable, en el derecho argentino, sin perjuicio de que en ocasiones, esa indemnización pueda ser acompañada de alguna forma de reparación en especie, no dineraria, cuando ello fuere posible, lo que lógicamente podría tener una incidencia en la evaluación de la indemnización, dado que no es igual la entidad del daño al proyecto de vida cuando se ha producido un retardo reparable, que cuando se trata de un grave menoscabo de difícil reparación o una frustración definitiva del mismo.

Sin embargo, la cuestión de la reparación de las afectaciones al proyecto de vida trasciende el debate de la preferencia por la indemnización dinerario o la reparación en especie, y se ha asociado también en la jurisprudencia de la CSJN al control de constitucionalidad de las leyes, en especial de aquellas que regulan la reparación de los infortunios del trabajo, de modo que juega un rol importante en el escrutinio de constitucionalidad de las leyes que interfieren irrazonablemente ese ámbito de libertad de las personas.

La paridad como un principio social. A propósito de la sanción de la Ley 14.848

Por Agustina Cuerda

I. Introducción

En la actualidad un nuevo paradigma desde donde mirar la realidad viene avanzando: la perspectiva de género. Esta categoría social, fue aportada por el feminismo militante del siglo pasado, con el fin de explicar la desigualdad entre varones y mujeres. Hoy en día, el análisis se ha complejizado aun mas. Esperamos con este humilde aporte contribuir a la discusión analítica y su correlato en la actualidad.

II. El camino hacia la Paridad en la representación política

Comenzaremos haciendo un recorrido histórico para intentar delimitar de alguna manera, de que hablamos -dentro del mundo jurídico- cuando hablamos de paridad, cupo u acciones positivas.

1. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer

Con el retorno a la democracia se inicia un proceso de incorporación al orden jurídico argentino de diferentes Convenciones Internacionales como la ley 23.179 del año 1985 de aprobación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Esta convención afirma la obligación de los Poderes Públicos de adoptar medidas adecuadas, entre ellas legislativas y de otro carácter como abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer. Concretamente obliga a impulsar medidas positivas tendientes a lograr la igualdad efectiva y real de oportunidades entre los hombres y las mujeres, lo que claramente incluye los ámbitos políticos estatales como así también partidarios en aras de eliminar la discriminación contra la mujer.

2. Ley de Cupo Femenino

En año 1991 Argentina se convirtió en el primer país del mundo en modificar su régimen electoral sancionando la ley 24.012—modificatoria del Código Nacional Electoral- denominada Ley de Cupo Femenino¹. La misma dispuso que *“las listas de postulantes que se presenten —para las elecciones nacionales— deberán tener mujeres en un mínimo del 30 % de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas”*. Como dijimos, fue sancionada con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994 y sostenía su constitucionalidad en tanto era el resultado de la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que permite esta discriminación positiva y temporal. Ahora bien, su aplicación no fue tan sencilla, los propios partidos políticos, alianzas electorales e incluso decisiones judiciales interpretaron la norma de manera

1 Ver <https://goo.gl/iao6Z0>

discordante, pero las discusiones desde la perspectiva constitucional concluyeron con la reforma constitucional de 1994 y la sanción de los arts. 37 y 75, inc. 23.

3. Las cláusulas constitucionales. Los artículos 37 y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional y la Cláusula Transitoria Segunda

Artículo 37.- Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

Es decir, se incorpora expresamente a nuestro ordenamiento jurídico y dentro del rango de mayor jerarquía –constitucional- el derecho a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos. A su vez, en su segundo párrafo cuando refiere a la igualdad establece que la misma “(...) se garantizará por acciones positivas”.

Es la consagración del principio de *igualdad real* en materia política, es decir, tanto para el acceso a los cargos electivos, como a los partidarios, y también expresamente en materia de género siendo un artículo claramente operativo, que “ordena” (manda a hacer algo) al poder público –Estado- a impulsar acciones positivas para garantizar esa igualdad.²

Clausula Segunda. Las acciones positivas a que alude el Artículo 37 en su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine.

Lo que establece la clausula es el piso mínimo e inderogable de igualdad desde donde deberán partir las acciones positivas para mejorar de manera progresiva el derecho como así también la temporalidad de la acción positiva concreta.

Una de las más importantes modificaciones de la reforma constitucional de 1994 fue que tratados internacionales de Derechos Humanos entre ellos la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer” pasaron a tener jerarquía normativa constitucional.

Por último, el Artículo 75.- *Corresponde al Congreso: (...) 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.*

Aquí se determina las competencias del congreso en el sentido de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real –nuevamente-

2 En la Convención Constituyente el convencional santafesino Iván Cullen, sostuvo con motivo de tratarse este artículo, que las acciones positivas consisten en “...desigualar para igualar; colocar a todos —o tratar de hacerlo— en el mismo punto de partida, porque es la única forma de obtener la igualdad sustancial..”

de oportunidades entre hombres y mujeres. Y entonces aparecen las acciones positivas o medidas de diferenciación o discriminación positiva. Herramientas de diferenciación para igualar a los desiguales, para garantizar derechos a ciertos grupos y convertir la igualdad formal en igualdad real (art. 37 CN). Estas medidas se enmarcan en la “redistribución de oportunidades” que opera para grupos que son negativamente discriminados promoviendo la diversidad y pluralidad.

Por último, como resultado de un debate mayor que atraviesa nuestra sociedad en torno a la igualdad real entre hombres y mujeres en nuestro país, en octubre pasado la legislatura bonaerense sancionó la ley 14.848 de paridad de género para cargos públicos electivos colegiados en la provincia de Buenos Aires elevando al cincuenta por ciento (50%) la cuota de representación³.

III. Sobre el cupo femenino en la conformación de los cuerpos colegiados. El caso ‘ROBUSTELLI’⁴.

En el año 2013, en la provincia de Santa Fe, fallece la diputada provincial por el PJ Silvia De Césarís. A raíz de la necesidad de cubrir su banca se desencadena una serie de inconvenientes que culminan con un fallo de la Corte Suprema de Justicia santafecina.

Lo que sucede es que según el orden de la lista de diputados electos por el PJ, el lugar correspondería al Sr. Julio Roberto López quien solicita incluso se le tome juramento para asumir en el cargo. Sin embargo, la dirigente Mariana Robustelli que se encontraba dos lugares posteriores del Sr. López, solicita a la Cámara de Diputados asumir ella en la banca para evitar así que se diluya la representación femenina en el cuerpo deliberante.

La Comisión de Asuntos Constitucionales emitió un dictamen mayoritario aconsejando al cuerpo incorporar a la Sra. Robustelli y rechazar el pedido del diputado electo López.

La Cámara de Diputados en sesión plenaria consideró la cobertura del cargo vacante y luego de la votación resolvió incorporar como diputada a la Sra. Mariana Robustelli. Posteriormente, el Sr. López inició una acción de amparo contra la Cámara de Diputados. El caso resulta de gran interés puesto es la primera vez en el país en que una Cámara de Diputados busca intervención procesal por sí misma, pero más importante, se resuelve saltar a un hombre sin su asentimiento para que asuma una mujer en la banca vacante.

Ahora bien, iremos directamente a los puntos y consideraciones destacables del Dictamen de la comisión de Asuntos Constitucionales de la HCD.

El sistema de cupo femenino regulado por la ley provincial 10.802 tiene igual jerarquía que la ley electoral (N° 12.367). Ambas normativas nutren con idéntica fuerza jurídica el mismo bien jurídico: la voluntad popular. El sistema electoral

3 Texto del proyecto aprobado por ambas cámaras <https://doc.co/2ump4y>

4 Un desarrollo más extendido de este tema se puede encontrar en el blog del constitucionalista santafecino Domingo Rondina. www.domingorondina.com.ar -

provincial está compuesto por la ley electoral y por la ley de cupo femenino: ambas de igual jerarquía y de aplicación indivisible e interdependiente.

Es taxativo el principio establecido en la ley provincial 10.802 de obligación de composición política femenina de la lista de candidatos de la tercera parte como mínimo (art. 1). Este principio no deja entrever que el cupo femenino rige solamente hasta la oficialización de las listas, sino antes, durante y después del proceso electoral. Es incorrecto el argumento que afirma que -de asumir Robustelli- se violaría la voluntad popular. Dicha fundamentación está basada en la interpretación restrictiva de aplicar un criterio de seguimiento en corrimiento de la lista. La fórmula legal del art. 19 de la ley 12.367, prevé el sistema de corrimiento. Pero -con justa inteligencia y método legal-, la validez surte efectos una vez cumplimentado el requisito del cupo femenino, como lo prevé la ley 10.802 (*“en toda lista de candidatos... la tercera parte estará compuesta por mujeres en forma intercalada y/o sucesiva...”*). La violación a la voluntad popular subyace en el orden de prelación que administra un ingreso preeminente de hombres sobre el de mujeres.

La voluntad popular organizó un sistema constitucionalmente receptado: acciones positivas para asegurar participación femenina en los cargos electivos. Este mandato constitucional surge como regla organizativa también de la voluntad popular. Luego, la expresión electoral del pueblo debe distribuirse respetando aquella regla primigenia.

Por ello, el corrimiento de la lista surgida de la elección hacia la próxima mujer, no es violatorio de la voluntad popular, sino que adecua el resultado electoral a la regla de la participación mínima de un tercio en los cargos electivos. La misma tarea que hace el Tribunal Electoral al definir la nómina que surge de la elección debe hacerla esta Cámara cuando admite nuevos miembros, en este caso separando mujeres de varones, respetando el orden dentro del género.

La aplicación del corrimiento de suplencias hacia un varón sería violatoria del cumplimiento del cupo femenino: no opera una intercalación o corrimiento que garantice lo establecido por el decreto n° 358/1993 en su art. 3, 3er párrafo que reglamenta la ley provincial 10.802: *“...en los siguientes lugares de la lista se incluirán regularmente una mujer por cada dos varones, hasta cubrir la tercera parte como mínimo dentro del número total de cargos.”*

Como se ha desarrollado anteriormente, el sistema de corrimiento que prevé el art. 19 de la ley provincial 12.367 surte efectos una vez aplicado el sistema de cupo femenino. La aplicación del cupo hasta la “oficialización” de las Listas, como lo aconseja la interpretación formalista encubre una práctica de flexibilización del cupo femenino y de apartamiento de las mujeres en los circuitos de decisión en los Órganos de la Democracia. Con dicho criterio, la H.C.D. actuaría en clara contradicción a lo que prevé el art. 37 de la Constitución Nacional *“...La igualdad de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y régimen electoral.”*

La interpretación restrictiva de asunción por orden de corrimiento – y no de corrimiento con aplicación de ley de cupo femenino, en menoscabo a la participación

de la mujer en las decisiones políticas- conlleva a legitimar y enquistar en el seno del Poder Legislativo, una práctica de acción negativa contraria a lo que ordena el art. 37 de la Constitución Nacional y el art. 8 de la Constitución Provincial.

El cupo femenino debe materializarse en la Integración del Órgano, único ámbito donde se llevan adelante los decisivos que la voluntad popular ha delegado sobre los legisladores y legisladoras. La participación en el circuito parlamentario – en la toma de decisiones- se produce dentro del Órgano Legislativo.

La interpretación restrictiva y formalista de incorporación por exclusivo orden de suplencia sin aplicación del cupo femenino, se constituiría como una intervención arbitraria del Poder Legislativo. Dicha interpretación pondera una situación obstaculizadora que limita la igualdad de los individuos y se materializa en la incorporación preeminente de diputados varones por sobre el de diputadas mujeres.

La Convención citada, es decir, nuestro derecho constitucional, fulmina cualquier restricción de derechos respecto de la mujer basada en el sexo. El art. 4 de la Convención consagra el principio de Discriminación Positiva que otorga expresamente un trato normativo preferente para la mujer a los fines de morigerar el desequilibrio. Consecuentemente, la ley provincial de cupos o de género impone un tercio de candidatas mujeres, sino no puede oficializarse la lista: el postulado de discriminación positiva es contundente al permitir que exista una lista oficializada de mujeres sin hombres, pero nunca al revés.

En misma dirección, el art. 7 de la Convención, específicamente abraza la razón del presente y reza *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país.”*

La decisión de la Cámara Baja de integración de otra mujer por la vacante femenina suscitada sería la aplicación de las *“medidas apropiadas”* para que se cumplimente lo ordenado por el texto constitucional. De aplicarse un criterio contrario, la Cámara de Diputados convertiría en letra muerta a la Constitución Nacional que tutela expresamente estos casos.

Las pautas restrictivas de aplicación e interpretación de la norma provincial devienen en repulsivas a los tratados internacionales de Derechos Humanos del art. 75. inc. 22, que son letra de nuestra Constitución Nacional. La operatividad –es decir, la aplicación efectiva- de los Tratados de Derechos Humanos insertos en el ordenamiento jurídico constitucional debe ser garantizada por el estamento legislativo provincial, que conforme al principio de no regresividad expuesto anteriormente, no debe someterse a ninguna interpretación reñida con los Derechos Humanos de jerarquía constitucional.

Inclusive, la misma Cámara de Diputados ha dado media sanción a un proyecto de ley que comenzaba a abordar la problemática del cupo femenino en el ámbito legislativo (expte. 26252 HCD). Dicho proyecto se erige como una clara acción positiva que intentaba dar respuesta a algunos mecanismos que menoscaban la participación femenina, aunque no abordaba una solución integral. Expresamente, el cuerpo de la Cámara de Diputados ha otorgado la fórmula legal que el cuerpo debe aplicar en el caso particular de vacancia femenina.

La misma Cámara de Diputados ha dado refrendo en dicho proyecto de ley al concepto de cubrimiento *“por la candidata que le suceda en el orden de oficialización”, a través del “corrimiento ascendente tanto en la lista de titulares como de suplentes sucesivamente, con las restantes candidatas mujeres.”*

Nos hallamos así ante una suerte de aplicación de la Doctrina de los Actos Propios, que establece la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos como consecuencia del principio de buena fe y de las expectativas legítimas creadas.

La Doctrina de los Actos Propios, también se aplica en la reciente adhesión de la Cámara Baja a La Ley Nacional N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollen sus relaciones Interpersonales y su Decreto Reglamentario N° 1011/10.

En sus conclusiones la Cámara de Diputados de Santa Fe expreso en entre otras cosas, que se debe respetar las máximas constitucionales sobre cupo femenino, como también el espíritu de la reglamentación. Las prácticas contrarias a la participación femenina en los canales de decisión se vislumbran detrás de las interpretaciones restrictivas que presuponen el seguimiento de un orden de prelación, en este caso claramente fraudulento a la garantía de cupo femenino, que nutre el sistema electoral, y por ende, la voluntad popular.

Es contrario al sistema constitucional la utilización de una disposición de derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. De no asumir Robustelli, la Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe materializaría una violación de los tratados de derechos humanos, plausibles de responsabilidad internacional. Los legisladores deben aplicar justicia y responsabilidad sobre una situación que sin lugar a dudas genera porosidad y resquebraja la participación de las mujeres en ámbitos legislativos.

Como resultado del dictamen de la HCD, el Sr. López inicia acción de Amparo manifestando arbitrariedad e ilegalidad en la cuestión planteada buscando la nulidad de esa incorporación.

La jueza de primera instancia falló a favor de la Cámara de Diputados, reconociendo que la opción era legítima. La Cámara de Apelaciones también consideró que era constitucional la preferente incorporación de mujeres hasta asegurar el piso. Finalmente el 12 de octubre pasado, a días de la sanción de la norma que incorpora la paridad de género en los cargos electivos colegiados en la provincia de Buenos Aires, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe puso fin al litigio al rechazar la demanda de Sr. López, dejando en claro que no advierte ninguna violación importante a sus derechos amparados constitucionalmente. El fallo consolida una fuerte tendencia en el país: debe asegurarse la participación política de las mujeres en un plano de igualdad con los varones.

IV. Índice de Paridad en participación política

Desde la Asociación IDEA Internacional, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en Argentina y ONU Mujeres se presentó un instrumento que busca incidir y aportar al desarrollo de reformas políticas para el ejercicio igua-

litario de los derechos políticos de las mujeres, tanto a nivel nacional como regional. Argentina midió un 44,7 por ciento en el Índice de participación política -que mide la igualdad entre mujeres y varones en los distintos poderes del Estado- reflejando la deuda pendiente en materia de igualdad existente en nuestra sociedad.⁵

El instrumento presentado trabaja sobre ocho dimensiones prioritarias que se miden a través de 40 indicadores. En este caso, pondremos especial atención en los de relevancia con lo que aquí concierne.

En lo que a cupo y paridad política respecta, el país alcanza un 69 por ciento de participación política. Esto se debe a la Ley Nacional de Cupo Femenino, de la que hemos hablado y a la oleada de leyes locales de paridad política sancionadas en los últimos años en provincias como Santiago del Estero, Córdoba, Río Negro, Buenos Aires y Salta.

Ahora bien, del índice se desprende la ausencia de leyes de paridad en relación a los altos cargos en la administración pública, justamente uno de los aspectos mide la paridad en el Poder Ejecutivo y en la Administración Pública, donde alcanzamos un 46 por ciento. En este punto se mide si el país cuenta con un ámbito específico encargado de los derechos de las mujeres y cuál es su rango. Se espera que tengan rango ministerial, algo que no sucede en Argentina con el Consejo Nacional de las Mujeres (CNM) que perdió el rango ministerial que supo tener, reflejo del nivel de decisiones políticas para que haya o no transversalidad de género en todas las áreas.

También en este punto se mide el porcentaje de cargos de ministras y el dato que arrojó el índice fue bajo: 13,6 por ciento en el gabinete presidencial y 12,5 en los ministerios. En la actualidad solo 3 mujeres ocupan cargos ministeriales.

Con respecto al Poder Legislativo, este alcanzó un 59 por ciento. Encuentran que hay 37,5 senadoras, que el 33 por ciento de las comisiones son presididas por mujeres y el 25 por ciento de los bloques tiene una presidenta. En Diputados, los porcentajes son 36,5, 31, y 35 por ciento respectivamente. En ese punto se observa claramente que son pocas las mujeres en las mesas directivas de las cámaras (25 por ciento en diputados y 10 por ciento en Senado), observándose un estancamiento a la hora de acceder a puestos de poder político, de toma de decisiones. Se cumple con el cupo pero no se llega a la paridad política.

Como abogada, mención aparte merece el Poder Judicial en la Argentina.

Allí es el ámbito donde la paridad está lejos de cumplirse, con un 16,7 por ciento de índice. Para llegar a este porcentaje se evaluó la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Cámara Nacional Electoral. Mientras en la primera este año el gobierno tuvo la oportunidad de avanzar hacia la paridad, decidió retroceder con el envío de las propuestas y hoy la cabeza del poder judicial cuenta con solo una mujer magistrada. En el caso de la Cámara Electoral no hay ninguna mujer y no existen hasta el momento, mecanismos direccionados para que esto pueda ser posible.

Quisiera agregar en este punto la situación de los colegios profesionales, entidades intermedias que detentan el control de la matrícula profesional y aplicación de

5

<https://goo.gl/3cJLjm>.

sanciones disciplinarias. En el caso de los Abogadxs de provincia de Buenos de Aires, de 20 colegios departamentales solo 3 son presididos por mujeres (Avellaneda-Lanús, Lomas de Zamora y Necochea) tan solo 15% de representación. Además, sobre sus estructuras internas como Consejo Directivo, áreas- comisiones y Tribunal de Disciplina se observa claramente como en el primer caso se profundiza la desigualdad en los cargos como espejo del armado de las listas electorales, no siendo así para la dinámica de áreas y comisiones de trabajo donde en varios casos son presididas e integradas mayormente por mujeres. Siendo un claro ejemplo de la división del trabajo: el ámbito público-político reservado en su mayoría a los varones y el ámbito privado-técnico reservado a las mujeres.

En los partidos políticos también el porcentaje alcanzado es bajo, con un 27,5 por ciento. Para llegar a este número se midieron las unidades de mujer en los partidos (37,5 por ciento) y si existían compromisos electorales en relación al género en 2015. Una de las críticas se centra en que de los ocho partidos más importantes solo tres cuentan con unidades de la mujer pero no tienen capacidad de incidencia en las definiciones de las candidaturas. Y no solo hablan de cantidades, sino de cambiar la política; los partidos siguen siendo misóginos. Hechos los pactos políticos, después se ve qué se hace con las mujeres, apuntan las especialistas a cargo de la iniciativa.

“Argentina tiene larga historia, y extraordinaria en la participación de las mujeres, es una marca del país en la región. Este país debe llegar a la paridad, hemos sido pioneros y ahora estamos un poco retrasados. El índice va a permitir contar con un panorama más integral, permanente y comparado de la participación política de las mujeres en los 19 países donde se quiere implantar: Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay, Paraguay y Venezuela.” expresa Dora Barrancos en referencia al Índice.⁶

V. Conclusión

En una sociedad donde desde niñas y/o adolescentes ensayamos especies de protocolos de actuación a la hora de tomar un taxi; donde si estamos de noche y nos cruzamos con un grupo de varones sentimos miedo al imaginar la posibilidad de que de querer hacernos daño, podrían hacerlo; donde si como mujeres tenemos carácter, nos identifican como de “mal carácter”, porque claro, los de carácter y fuerte posicionamiento son los varones.

En una sociedad donde matan a una mujer cada 30 horas, donde cualquier otra elección de identidad sexual como travesti, transexual, o mujer trans que rompa con lo impuesto por el patriarcado y su masculinidad hegemónica sufre una fuerte discriminación social, humillaciones y situaciones violencia extremas, las de acciones positivas consagradas constitucionalmente, traducidas en leyes de cupos femenino, favorecen la emergencia de voces divergentes, de perspectivas sociales novedosas

6 Dora Barrancos es socióloga, historiadora y feminista argentina. Directora del Conicet en representación de las Ciencias Sociales y Humanas.

e instalan nuevos temas en la agenda parlamentaria, particularmente en materia de igualdad de géneros, defensa de derechos y cuestiones sociales que son fundamentales en los procesos de sanciones normativas y entre las cuales se pueden destacar algunas como la ley de cupo sindical femenino o la ley de protección contra la violencia de género donde se conceptualizan distintos tipos de violencia categorizándolas en no solo física, sino sexual, psicológica, simbólica, económica y patrimonial.

A diferencia de las cuotas que son medidas de diferenciación -correctoras y temporarias- la paridad se instala como un *principio permanente* que consagra la igualdad en el ejercicio del poder y reconoce a las mujeres ejerciendo sus derechos en igualdad de oportunidades, es decir en plena democracia. Y yendo todavía más lejos podemos afirmar no solo en la confección o armado de listas sino justamente en la participación efectiva, para el momento en que debe ocuparse la banca legislativa en la formación del cuerpo colegiado.

En las estructuras de la administración pública y poderes del estado, fundamentalmente en el poder judicial y sus sentencias misóginas, en clara violación a la aplicación y cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres; la responsabilidad del Estado en hacer cumplir el derecho de los niños, niñas y adolescentes a recibir Educación Sexual Integral (ESI) en todos los establecimientos educativos públicos de gestión estatal y privada, desde los niveles de educación inicial hasta la formación docente; la aplicación del protocolo sobre Interrupción Legal del Embarazo (ILE), la licencia por paternidad en materia laboral y tantas otras más, son todas deudas pendientes que profundizan la violencia hacia las mujeres, dejándonos a la deriva de caprichos morales que debería reservarse para el ámbito privado de cada persona. Una gran humorista reflexionó alguna vez que si la interrupción del embarazo fuese una posibilidad real para varones tendría la misma carga moral que cortarse el pelo, es decir nula.

Más allá del chiste, las acciones positivas no tendrían sentido sin el objetivo final de cualquier norma en la sociedad: lograr un cambio cultural de tal magnitud donde no sea necesario por parte del Estado ninguna medida que obligue sino que sea la propia sociedad la que reconozca que somos iguales, personas.

Las movilizaciones multitudinarias del Ni Una Menos y el Paro Nacional de Mujeres visibilizan esta deuda pendiente constituyendo un límite y la necesidad de las mujeres de asumir un rol protagónico en la arena pública. El camino sigue siendo pantanoso y el desafío estará en deconstruir uno a uno los mandatos culturales para en definitiva empezar a ser libres y no valientes.-

-Agustina Pilar Cuerda, abogada UNLP, ayudante ad honorem Historia Constitucional Cat. III UNLP.-

Bibliografía general:

-Bibliografía general: Constitución Nacional Comentada, María Angélica Gelli.

Jurisprudencia

12 de octubre

Hola mami cómo estás? Nervosamente hoy estamos con Ulla
En cambio ayer fue un día casi de relax y disfrutamos tanto de estar fuera
de caminar por alguna calle de La Plata.

Ayer recibí 5 cartas de ustedes, me alegraron mucho
ya que durante la semana que pasé no había tenido noticias de ustedes, es
pero que la situación de papá rápidamente se pueda solucionar. Les he escrito a U
ca y a mi suegro para que dispongan del dinero de la venta del auto para
quello que necesitan, tanto a lo que se refiere enfermedad de papá como a
quien otra cosa que consideren conveniente.

El domingo es el día de la madre, es el tercer año que
lo hago sin mis hijos y no puedo hacer llegar un abrazo pero igualmente co
tinúo siendo mamá y tu hija. Quisiera poder decirte muchas cosas en este día
sobre todo, que nada me quitaría más que estar a tu lado, al lado de todos ustedes
para ayudarlos en este momento en que tanto vos necesitamos. Quisiera decirte
que siempre me has dado las mejores cosas de vos misma para que fuera en
bien y, a mi vez, formando hijos, que lo que me enseñaste fue, entre otros
aprendizajes, lo que me permitió desenvolverse en una vida que mucha
veces resultó dura y difícil; entonces mamá en este día de la madre
te abrazo muy fuerte para decirte que te quiero mucho y para pedirte
que recuerdes, cuando te sientas cansada y sin fuerzas, que el cariño
es un lazo que nunca se rompe y que la esperanza y la confianza
que sigamos viviendo aunque el momento que atravesemos sea difícil
muy difícil. Te regalo las Flores más hermosas y la ternura de mis
hijos para que te acompañe siempre. Feliz, muy Feliz día mamá. Te
dos los besos del mundo para vos.

leidy

El servicio público: de la titularidad estatal al derecho de participación de los usuarios. Apostillas al caso “CEPIS”

Por Juan M. González Moras*

I.- Introducción

El fallo de la Corte Suprema nacional en el caso “CEPIS”¹ viene a consolidar la centralidad que el actual régimen jurídico del servicio público reconoce a los usuarios, en la tercera etapa histórica de su regulación en Argentina.²

* Abogado por la Universidad Nacional de La Plata. Master en Governo Regionale e Locale por la Universidad de Bologna. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor adjunto regular de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

1 CSJN, causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016. En el caso, el Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) promovió una acción de amparo colectivo (artículo 43 de la Constitución Nacional y ley 16.986) contra el Ministerio de Energía y Minería de la Nación (MINEM) con el objeto de que se garantizara el derecho constitucional a la participación de los usuarios, previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, y de que, en forma cautelar, se suspendiese la aplicación del nuevo “cuadro tarifario” previsto por la resolución MINEM 28/2016, hasta tanto se diera efectiva participación a la ciudadanía. La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata dispuso, en primer lugar, la acumulación de todas las acciones colectivas que correspondiesen conforme a lo dispuesto en las acordadas 32/2014 y 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En cuanto al fondo de la cuestión planteada, dicho tribunal modificó la sentencia de primera instancia y declaró la nulidad de las resoluciones ministeriales cuestionadas y decidió retrotraer la situación tarifaria a la existente con anterioridad al dictado de las normas privadas de validez. La Corte Suprema nacional, por su parte, resolvió, en lo sustancial: “1) Declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar parcialmente la sentencia apelada en cuanto a la nulidad de las resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, decisión que se circunscribe al colectivo de usuarios residenciales del servicio de gas natural, manteniéndose respecto de ellos, y en la medida en que resulte más beneficiosa, la vigencia de la tarifa social correspondiente al cuadro tarifario aquí examinado...”

2 Tratamos esto en: **González Moras, Juan M.**, “El servicio público como derecho social”, Tesis doctoral, Córdoba, 2016, inédita; como, asimismo: “El servicio público en el actual modelo prestacional mixto. Sus desafíos regulatorios.”, Revista de Derecho Público, Año 2014 - 2. “Las Regulaciones estatales de la economía en la Argentina – II”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 165 y sig. Hemos sostenido allí que las Constituciones nacionales de 1853, 1949 y 1994, inauguran, en cada caso, un modelo o etapa regulatoria del servicio público. En 1853, centrándose en el régimen de potestades estatales (art. 75, incs. 13, 14, 18); en 1949, vinculándolo a la función social de la propiedad (art. 40); y en 1994, a los derechos de los usuarios y consumidores (arts. 41, 42, 43 y 75 inc. 22 y 23). Por su parte, los modelos o esquemas prestacionales que se impondrán en cada caso, si bien estarán moldeados por cada uno de dichos períodos regulatorios, se encontrarán sujetos a avatares propios y distintivos, lo que nos lleva a considerarlos por

La reforma constitucional de 1994 es la que señala el inicio de esta tercera etapa en la regulación del servicio público, en la que –superando la idea del modelo de servicio público liberalizado que intentó imponer la denominada “reforma del Estado”– cambió su eje discursivo y anclaje jurídico.

Ello, fundamentalmente, por la reintroducción constitucional del servicio público a partir de la figura del usuario (arts. 41, 42 y 43 de la Constitución nacional) y la modificación del sistema de fuentes internacionales.³

separado. En conclusión, visualizamos tres períodos o etapas regulatorias (cada uno de ellos haciendo centro en las constituciones de 1853; 1949 y 1994) y cuatro modelos o esquemas prestacionales (sucesivamente: concesional, de 1853 a 1949; estatal, de 1949 a 1989; liberalizado, de 1989 a 2002; y mixto, público y privado, de 2002 en adelante). Por su parte, Salomoni, entendía que podían visualizarse tres períodos: 1) 1853 a 1945; 2) 1945 a 1989; y 3) 1989 en adelante; conf. **Salomoni, Jorge L.**, “Teoría general de los servicios públicos”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999). En tanto Cassagne y Bianchi han propuesto la existencia de cuatro períodos. Cassagne señala los siguientes períodos: 1) 1880-1930; 2) 1930-1943; 3) 1946-1989; y 4) 1989 en adelante; conf. **Cassagne, Juan Carlos**, “El surgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción)”, Revista de Administración Pública, Núm. 140, Mayo-agosto de 1996, pág. 108; y Bianchi, si bien coincide con la apreciación de cuatro períodos, los diferencia en el tiempo, ubicándolos de la siguiente manera: 1) finales del siglo XIX hasta mediados del XX; 2) 1940-1989; 3) 1989-2002; y 4) 2002 en adelante; conf. **Bianchi, Alberto B.**, “Una noción restringida del servicio público (aportes para su cuarta etapa)”, en **Cassagne, Juan Carlos** (Director), “Servicio Público y Policía”, El Derecho, Buenos Aires, 2006, pág. 79 y 80. En ningún caso, sin embargo, se toma como hito o punto de partida de una nueva etapa regulatoria a la reforma constitución de 1994.

3 Hemos abordado el tema del nuevo sistema de fuentes internacionales, al menos, en: González Moras, Juan M., “La Internacionalización del Derecho Administrativo argentino. Principales causas y consecuencias”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXIX – 348, “XXXII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. ‘El derecho administrativo argentino. Actualidad y perspectivas’”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, pág. 15 y sig.; “El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del derecho internacional de los derechos humanos.”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXVIII – 336, “XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. ‘El proceso contencioso administrativo’”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, pág. 115 y sig.; “Los Tratados de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo Argentino”, Revista Documentación Administrativa N°267-268, Madrid, 2004; “La responsabilidad internacional del Estado por omisión en materia de derechos humanos”, en “El Derecho administrativo hoy. 16 años después”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2013, pág. 447 y sig. En relación con su impacto en materia de servicio público, ver: González Moras, Juan M. “El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales”, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXI – 361, “XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2008, pág. 395 y sig. Y, desde otra perspectiva, ver: Salomoni, Jorge Luis, “Sistema Jurídico, Emergencia, Conflicto de Derechos y Revisión de las Tarifas de los servicios Públicos”, en Lorenzetti, Ricardo Luis, “Emergencia Pública y Reforma del Régimen Monetario”, La Ley, Buenos Aires, 2002

Normas que impiden seguir considerando al servicio público como mero título de intervención (potestas) o, por el contrario, como un derecho vinculado a la idea de propiedad privada (y, por ende, de regulación de actividades económicas privadas).

El régimen actual del servicio público (a nivel constitucional) prevé un eje normativo que pone en el centro al usuario, a partir de un claro mandato: la necesidad de su tutela jurídica y económica como medio de garantizar otros derechos fundamentales y, en el fondo, su dignidad como persona humana.

Dentro de este marco normativo y conceptual, el caso “CEPIS” alienta la idea de que podemos superar la visualización del actual “estado de cosas” como un cúmulo de “anomalías”, y entrever algo que, en realidad, puede ser el germen de un nuevo servicio público.

II.- La reafirmación de la titularidad estatal del servicio público como medio para garantizar derechos fundamentales

En el ordenamiento argentino (constitucional, legal y reglamentario), la titularidad del servicio público corresponde (tanto en la Constitución del 1853 como en la Constitución de 1994) al Estado (nacional o provincial, según la jurisdicción de que se trate).⁴

La titularidad estatal del servicio público (o, mejor, de la actividad económica que, en cada caso, sea objeto de la prestación de un servicio público) ha sido reconocida, desde el mismo origen de nuestro régimen jurídico nacional, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

En la actualidad, dichos conceptos no sólo han sido mantenidos sino que, hay que señalarlo, han sido reforzados con posteridad a la “reforma” del Estado, desarrollada a partir de 1989.

En primer lugar, cobra especial significado que la Corte Suprema nacional afirme que: “...*todo servicio público reconoce un titular, pero nada más que uno: el Estado o poder concedente, que tan sólo delega la prestación. El servicio, pues, se halla bajo la inspección y el control de ese poder concedente, con exclusión de toda voluntad extraña, lo cual resulta comprensible o, más bien, inevitable, por cuanto*

4 Dentro de las distintas categorías normativas y dogmáticas, y a los efectos del presente, nos circunscribimos al concepto de “servicio público económico”, definiéndolo como: “*Toda actividad económica desarrollada con obligatoriedad por parte del Estado o por sujetos particulares especialmente habilitados, en un régimen de derecho público subordinado al cumplimiento efectivo de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional, que tiene por objeto la prestación o erogación de servicios en forma continua y de acuerdo con las condiciones de cantidad y calidad que legalmente se impongan, a precios controlados y accesibles, con el fin de satisfacer necesidades materiales que por su incidencia económica o social se constituyan en medio, directo o indirecto, para alcanzar el bienestar general de la colectividad, y cuyo sujeto acreedor es el usuario actual o potencial del mismo, en el marco de una relación de consumo.*”, ver: **González Moras, Juan M.**, “El servicio público en el actual modelo prestacional mixto. Sus desafíos regulatorios.”, *Revista de Derecho Público*, Año 2014 - 2. “Las Regulaciones estatales de la economía en la Argentina – II”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 165 y sig.

dentro de la coordinación armónica de intereses entre concedente -o titular- y concesionario -o delegado- no cabe la intromisión de otra autoridad soberana (Fallos: 188:247; 183:429; 189:272, y 316:2892, considerando 6º)...”⁵

La Corte Suprema ratifica, así, que el modelo regulatorio constitucional se basa, desde el punto de vista de las potestades, en los conceptos de: 1) titularidad estatal del servicio público; 2) el concesionario como delegado del Estado; 3) la delegación que incluye sólo la prestación del servicio, no su titularidad; 4) la jurisdicción federal sobre los servicios nacionales; 5) su derivación de los arts. 75, inc. 13 y 18, de la Constitución nacional; 6) el régimen jurídico incluye los caracteres de obligatoriedad, regularidad y continuidad del servicio público concedido; 7) los usuarios como

5 CSJN, in re: B. 195. XXXVI - “Buenos Aires, Provincia de c/Edenor S.A. s/ remoción de electroductos”, sentencia del 23/10/2007. Conforme la doctrina que se cita en el fallo, la propia Corte Suprema había establecido que: “...debe quedar sentado que la prestación del servicio público telefónico está incluido en la expresión ‘comercio’ del inc. 12 del art. 67 de la Constitución Nacional (Fallos: 154:104; 198:445; 257:169; 299:149) como así también en los supuestos de los incs. 13 y 16 del mismo; todo ello, por lo demás, concorde con el propósito del Preámbulo de ‘promover el bienestar general’, con los objetivos enunciados en el inc. 16 del art. 67 y las facultades otorgadas al Congreso en el inc. 28. Siendo así, resulta manifiesto que cuando la Nación actúa como poder concedente del servicio público telefónico nacional, no lo hace en virtud de una gracia, o permiso revocable o precario de la provincia, sino con plena jurisdicción y en ejercicio de un derecho emanado de su naturaleza constitucional, fundado a su vez en el deber de ‘promover el bienestar general’ y más concretamente en el de cumplir los objetivos enunciados en los antes citados incisos 12, 13, 16 y 28 del art. 67...” CSJN, in re: “Buenos Aires, Provincia de c/E.N.Tel. (Empresa Nacional de Telecomunicaciones) s/repetición”, sentencia del 24 de agosto de 1982 (Fallos: 304:1191). Doctrina que será inmediatamente confirmada en el caso “Buenos Aires, Provincia de c/SEGBA (Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires) s/repetición”, con sentencia del 3 de noviembre de 1983. Por esos años, ya recobrada la democracia, la Corte Suprema señala que: “...Las autoridades competentes del Gobierno Federal, en ejercicio de diversas atribuciones conferidas por la Ley Fundamental, en particular, las establecidas por el art. 67, incisos 16, 27 y 28, instituyeron a Obras Sanitarias de la Nación como una persona de existencia ideal; específicamente, una persona jurídica de carácter público, con autarquía para los fines de su creación (arts. 1º y 3º de la ley 13.577, según el texto aprobado por la ley 20.324; confr. arts. 31, 32 y 33, primera parte, inc. 2º, del Código Civil), que se desenvuelve dentro de la órbita del Poder Ejecutivo nacional, del cual depende...”, CSJN, in re: “Obras Sanitarias de la Nación c/ Castiglioni y Lissi, Jorge A. L.”, 1985, Fallos: 307: 412. Por su parte, debe señalarse que la Corte Suprema ha afirmado, también, la titularidad “originaria” de los servicios públicos a favor del Estado, al señalar que: “...Revocada por la Corte Suprema la sentencia apelada por la compañía demandada, por la vía del recurso extraordinario, en razón de considerar que en los casos de recuperación de servicios públicos por el Estado, en su carácter de titular originario del mismo, no es admisible la invocación del despido por el dependiente del concesionario-delegado, cuando permanece en su trabajo, por el sólo hecho de haberse operado aquella variante en la persona patronal, ello hace innecesario que el Tribunal se pronuncie sobre las demás cuestiones articuladas por la recurrente...”, CSJN, in re: “Ipucha, Martín, y otros c/ Cía. de Aguas Corrientes de la Prov. de Bs. Aires (en liquidación)”, 1951, Fallos: 221: 731 y sus citas.

beneficiarios directos del servicio público; y 8) la finalidad pública perseguida por el Estado en la organización de un servicio público.

Luego, dichas nociones vienen a ser reforzadas por la interpretación que la propia Corte Suprema hará del art. 42 de la Constitución nacional en relación con el modelo prestacional mixto actualmente vigente, señalando que: “...en modo alguno el texto constitucional determina que resulte una característica esencial de los servicios públicos que éstos deban ser prestados por entes estatales ni en condiciones monopólicas. El constituyente de 1994 ha contemplado los servicios públicos poniendo el acento en el interés y en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, tal como resulta de manera elocuente, por lo demás, del primer párrafo del citado art. 42; y ha dejado librado al criterio del legislador –siempre que se asegure la calidad y eficiencia del servicio bajo un marco regulatorio adecuado y con organismos de control pertinente– determinar la naturaleza de la persona o personas –estatal, pública, mixta o privada– que tendrán a su cargo la prestación del servicio y las condiciones bajo las cuales se la llevará a cabo...”⁶

Finalmente, en el caso “CEPIS”, se completa en el esquema conceptual, tanto regulatorio como prestacional, la idea de que la titularización por parte del Estado de la actividad económica objeto de un servicio público se encuentra directamente vinculada con la garantía de determinados derechos fundamentales.

En efecto, en “CEPIS”, la titularización estatal de una actividad como servicio público a través de una *publicatio* (o calificación formal por parte del legislador), es considerada por la Corte Suprema nacional como un medio o procedimiento para asegurar su prestación y, con ella, los derechos fundamentales reconocidos a los usuarios de servicios públicos, estableciendo en este sentido que: “...las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación. Se trata de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos...”⁷

Marco conceptual dentro del cual, a su vez, se reivindicará para el poder judicial la misión del “...ejercicio del control jurisdiccional de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las tarifas...”⁸, en tanto: “...el Estado debe velar

6 Conf. CSJN in re: “NSS S.A. c/ GCBA s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 15 de julio de 2014.

7 Del voto de los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concurrentes con la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016.-

8 Ello, sobre la base de la doctrina de Fallos 321:1252; 322:3008 y 323:1825, conforme el voto de los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concurrentes con la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSI,

por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico-social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando, de esta forma, el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de “confiscatoria”, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar...”⁹

Razonabilidad y proporcionalidad que, por su parte, deben integrarse en materia tarifaria con los principios de “gradualidad”¹⁰ e “igualdad”¹¹.

Principios que deben guiar la idea de “responsabilidad” en la prestación del servicio público, como corolario de la obligatoriedad y de las condiciones de regularidad, continuidad y universalidad del servicio, y que se proyecta en varias direcciones: a) la responsabilidad contractual (entre el Estado concedente y el concesionario); b) la

“Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016, considerandos 27, 30, 32 y 33.

9 Del voto de los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concurrentes con la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016, considerando 33.-

10 En efecto, se ha expresado en este sentido que: “...22) *Que toda previsión tarifaria, con más razón cuando la autoridad de aplicación invoca la necesidad de recuperar un retraso histórico, como ha ocurrido en la presente causa, debe incorporar -como condición de validez jurídica conforme a la previsión constitucional que obliga a respetar el derecho de los usuarios a la protección de sus “intereses económicos”- el criterio de “gradualidad”, expresión concreta del principio de razonabilidad entre medios y fines que el Tribunal ha receptado en anteriores ocasiones (Fallos: 299:428, 430, considerando 5º y sus numerosas citas)...*”, Del voto del Juez Rosatti, concurrente con el de la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016.

11 Señalándose que: “...en miras a garantizar la razonabilidad de la tarifa de un servicio público esencial es imprescindible que exista una clara diferenciación de sectores y regiones, con atención especial a los más vulnerables. En efecto, el artículo 16 de la Ley Fundamental no impone una rígida igualdad, por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, atribuyéndose a su prudencia una amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación (Fallos: 320:1166), en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o en un indebido privilegio personal o de un grupo (Fallos: 315:839; 322:2346). El imperativo igualitario aplicable en la presente causa no solo deriva de modo genérico del artículo 16 y cc. de la Constitución Nacional sino también, en particular en lo relativo a la prestación de un servicio público esencial, en lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional incorporado en la reforma constitucional de 1994, en tanto reconoce a los usuarios el derecho a un trato “equitativo”...”, Del voto del Juez Rosatti, concurrente con el de la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016.

responsabilidad contractual frente a los usuarios del servicio (entre el concesionario y el usuario); y c) la responsabilidad extracontractual (entre Estado prestador o concesionario frente a terceros -usuarios o no- del servicio).

II. 1. El derecho de acceso al consumo y al servicio público.

La reforma constitucional de 1994 ha reconocido, a través del sistema de los arts. 41, 42 y 43, un derecho de acceso al consumo y a una economía y desarrollo sustentables, que tiene como objeto directo asegurar que los habitantes gocen de un efectivo acceso a bienes y servicios que se consideren básicos para satisfacer sus necesidades (sustentabilidad social cuyo fundamento se encuentra en los derechos de tercera generación).¹²

El derecho de acceso al consumo se vincula, de manera directa, con el derecho “...al trato equitativo y digno...” y “...no discriminatorio...” (arts. 42 y 43 de la Constitución nacional), en el goce efectivo de los “servicios sociales” o esenciales (vinculados fundamentalmente a la salud pública; a la educación; a la asistencia previsional; etc.; consagrados como tales por la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 11, 2. c. y 14, 2. h; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, art. 5, e. iv., y f; y la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24) y “servicios públicos” básicos (servicios públicos económicos consagrados en el art. 42 de la Constitución nacional y el art. 11 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”).

Derechos que implican el deber del Estado de asegurar a los habitantes la prestación de servicios sociales, en general, de manera concurrente con la sociedad (salud pública; educación; seguridad; etc.), constituyéndose, en definitiva, en garante de las prestaciones mínimas que, en cada caso, se determinen.

En el caso de los servicios públicos económicos, el Estado tendrá la obligación de: a) consagrar la actividad de que se trate al régimen tuitivo —de los derechos de los usuarios- del servicio público); b) garantizar un trato que, ante el carácter oneroso y de autosatisfacción económica, no implique discriminaciones injustificables entre los habitantes en función de su poder económico; c) garantizar la vigencia del principio de igualdad entre todos los habitantes que tengan la misma necesidad; d) atender, en definitiva y dentro de este marco, a la satisfacción de necesidades básicas de la población.

12 La doctrina ha señalado en este sentido que: “...los individuos tienen derecho a acceder a un nivel de consumo compatible con el desarrollo sustentable; los poderes públicos —legislativo, ejecutivo y judicial— tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para la efectividad de aquel acceso y se encuentran sujetos a responsabilidad frente al poder que la Constitución confiere a toda persona —‘soberano’ en términos constitucionales— para obtener la satisfacción concreta de sus pretensiones amparadas por una garantía constitucional...”. Conf. Pérez Bustamante, Laura, “El acceso al consumo como derecho social: vivienda, salud, educación y alimentación” – DJ, 2004-3, 77.

Procurando, a su vez, dentro del sistema prestacional que en cada caso se defina en los marcos regulatorios, un razonable equilibrio en la relación de consumo que se desarrollará entre usuarios y prestadores.¹³

En este sentido, se ha establecido que: “...el derecho primario o básico de los consumidores o usuarios es el derecho de acceso al consumo...”, el cual, por su parte, incluye: “...reconoce los derechos sustanciales a la seguridad -que incluye el derecho a la vida, a la salud, a la integridad, a la protección del medio ambiente y la prevención de daños- y a la protección de sus intereses económicos -que incluye la calidad de los servicios públicos, la eficiencia en su prestación, tarifas justas y razonables y la reparación de daños...”¹⁴

Todo lo cual incluye, desde ya, la discusión del “derecho” al servicio público.

En relación con esto, la jurisprudencia nacional ha señalado puntualmente que: “...Para el goce de los derechos constitucionales primarios “todos” no son muchos, ni casi todos: son todos. De manera que la existencia de un número indeterminado de afectados -en la medida arriba señalada- por el cargo facturado conjuntamente con el gas natural consumido en el período -factor de hecho que entiendo justificado suficientemente mediante el método de “muestreo” por tratarse de una acción entablada en defensa de derechos de incidencia colectiva- autoriza a estimar que, al menos para una parte del universo descripto, no resulta posible afrontar el pago de la factura (...) la existencia de una fracción de la población que se ve impedida, entonces, de acceder al servicio esencial de provisión de gas natural -se sabe que a la falta de pago sigue el corte del suministro...- autoriza a concluir en que ese perjuicio resulta irreparable (...) estos servicios esenciales, que así se califican por ser absolutamente primarios -agua potable, desagües cloacales, electricidad y gas- no reconocen temporada alta o baja, pues la dignidad de la vida hogareña es un bien que no es posible afectar so capa de más o menos calor, frío, humedad o cualquier otra contingencia estacional...”¹⁵

13 Cabe recordar que el Código Civil y Comercial establece en su art. 1094: “Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.”

14 Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, in re: “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE - EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora”, sentencia del 08/07/2003. Ver, asimismo: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, in re: “Benítez, María M. c. Dirección Provincial de Energía de Ctes.”, sentencia del 11/04/2007. Del voto en disidencia del Juez Carlos Rubin; y Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, in re: “Municipalidad de Mercedes, Corrientes c. Aguas de Corrientes S.A., Suc. Mercedes s/medida autosatisfactiva”, sentencia del 13/02/2009.

15 Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, in re: “Defensoría del Pueblo de la Provincia de Río Negro c. Estado Nacional y otros”, sentencia del 07/08/2009. En cuanto a la expansión del servicio y el derecho de acceso, se ha establecido que: “...la expansión de redes, en primera instancia, se encuentra a

Como, asimismo, y tal como ya hemos visto, que: “...un servicio que es considerado imprescindible en la actualidad, no puede convertirse en un bien – en sentido amplio – de acceso limitado....”, con lo cual: “...La accesibilidad del servicio hace a que el mismo tenga alcance general, es decir que pueda ser utilizado por la mayor cantidad de habitantes posible, ya que responde a necesidades colectivas, de ello deriva que para que la tarifa no sea un obstáculo para su uso, la misma debe ser justa y razonable...”

Conceptos¹⁶ que, como vimos, vienen a ser confirmados por la Corte Suprema nacional en “CEPIS”.

II.2. El usuario como figura central en el régimen jurídico del servicio público.

El usuario, a partir de la reforma constitucional de 1994, ha sido ubicado en un lugar central dentro del régimen jurídico del servicio público.

Usuario que –como sujeto de específicos derechos y garantías constitucionales- puede ser definido como todo habitante al cual el Estado (sea por sí o, indirectamente, a través de un prestador privado) debe asegurarle, bajo determinadas condiciones, actual o potencialmente, la provisión de un servicio público.

El servicio público, como actividad estatal debida a los usuarios, es receptado de manera amplia, incluyendo distintos ámbitos conceptuales, que van desde los servicios públicos generales (asimilables a ciertas funciones administrativas), pasando por los servicios sociales (salud; atención hospitalaria; medicamentos; educación; etc.), hasta los servicios públicos económicos (incluyendo a los prestados en un régimen de competencia).¹⁷

cargo de la distribuidora, y, sólo en el caso de que la extensión no provea a la distribuidora el ingreso suficiente para financiar su construcción, serán los usuarios quienes deberán hacerse cargo de los costos. Sin embargo, toda vez que las obras que así se ejecuten, una vez habilitadas, son incorporadas -por razones de seguridad pública y en resguardo de la normal y eficiente prestación del servicio- al patrimonio de la empresa para su mantenimiento y explotación, deberá ser ésta -la distribuidora- la que debe demostrar y justificar económicamente la necesidad del aporte de los beneficiarios del proyecto (...) tal conclusión se encuentra reforzada por el principio de acceso al servicio público en condiciones de igualdad. En tal sentido, se ha dicho que el mencionado principio significa que “todos los habitantes tienen derecho a exigir y recibir el servicio en igualdad de condiciones, corolario del principio fundamental de igualdad ante la ley” (MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pág. 79/80) (...) Por ello, -y ante la falencia probatoria de la distribuidora- no puede dicha parte alegar que el consumo requerido por los usuarios del edificio en cuestión supera lo proyectado y que por ello no asumirá el costo de la obra, ya que colocaría a dichos usuarios en una situación de desigualdad respecto a los demás beneficiarios del servicio que han obtenido la conexión sin soportar el costo de la obra...” conf. CNCAF, SALA V, in re: “Metrogas SA c/ Resolución 203/09 ENARGAS (EXPTE 14561-09)”, Expte. N° 15.168/2009, sentencia del 27/03/2013.

16 Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría Civil II – Sala B, in re: “Bustos, Rebeca Andrea y otro c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo colectivo”, Expte. N° 21060/2016, sentencia del 4 de julio de 2016.

17 La Corte Suprema nacional ha señalado que: “...la relación de consumo (...) abarca no sólo a

La relación de consumo reconocida en el art. 42 de la Constitución nacional abarca, pues, tres ámbitos distintos: a) relaciones de consumo reguladas por el derecho privado en sentido estricto (entre particulares y respecto de bienes privados); b) relaciones de consumo de servicios sociales; y c) relaciones de consumo de servicios públicos económicos.¹⁸

La relación de consumo, pues, no implica necesariamente –en los términos y con el alcance que le ha dado el art. 42 de la Constitución nacional- relaciones contractuales, sea que éstas estén regidas por el derecho privado o público.¹⁹

los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados (...) De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el periodo precontractual y en la situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes...” CSJN, in re: “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 06/03/2007. En relación a la imposibilidad de reconocer límites meramente contractuales a los contenidos mínimos previstos para la satisfacción de derechos básicos como la salud, la Corte Suprema nacional ha señalado que: “...no debe olvidarse que si bien la actividad que asumen pueda representar determinados rasgos mercantiles “en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (v. arts. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios”, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o, como ocurre en el sub-lite, invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley (v. doctrina de Fallos: 324:677), con la consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. doctrina de Fallos: 324:677)...” CSJN, in re: “Cambio Pères de Nealón, Celia María Ana y otros c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, sentencia del 28/08/2007, Fallos: 330:3725.

18 En efecto, se ha señalado que el vínculo entre prestador y usuario de un servicio público “...conforma una relación de consumo de acuerdo al derecho vigente, en consonancia con lo establecido en la ley 24.240, que alcanzó la máxima jerarquía al quedar incorporado al art. 42 de nuestra Carta Magna, con la reforma constitucional de 1994...” del voto del juez Zaffaroni, concurrente con la mayoría, en la sentencia dictada por la CSJN, in re: “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros”, en fecha 7 de noviembre de 2006.

19 El art. 1º de la ley 24.240, en la nueva redacción que le ha dado el Código Civil y Comercial, establece: “La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (...) Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.” Sobre la conceptualización de la “relación de consumo” ver: **Lorenzetti, Ricardo Luis**, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, 1º edición, Santa Fe, 2003, pág. 72 y sig.; **Wajtraub, Javier H.**, “Protección jurídica del Consumidor”, LexisNexis, Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 25 y sig.; sobre el derecho de “acceso al consumo”, ver: **Perez Bustamente, Laura**, “Derecho social de consumo”, La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 99 y sig. Sobre las denominadas “estructuras de adhesión-consumo” y los tipos de contratos de adhesión que pueden surgir, ver: **Gherzi, Carlos Alberto**,

El sistema legal protectorio de los consumidores alcanza y obliga expresamente a los prestadores, tanto públicos como privados, de servicios públicos.²⁰

El usuario de servicios públicos es reconocido como sujeto de derechos y garantías especificadas a través de las normas incorporadas en los arts. 41, 42, 43 y 75 incs. 18, 19, 22 y 23 de la Constitución nacional, y bajo la premisa fundamental de que, tal como ha sostenido la Corte Suprema nacional: “...son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial...”²¹

Respecto de la condición de los usuarios como “sujetos vulnerables” que han recibido, por ello, una protección constitucional especial, la Corte Suprema nacional agrega en el caso “CEPIS”, que la reforma de 1994 ha reconocido: “...las hondas desigualdades inmanentes al mercado y al consumo, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Estas condiciones fueron advertidas por el Constituyente, al consagrar en los artículos 42 y 43 de la Ley Suprema herramientas definidas, destinadas a proteger a los consumidores y usuarios de las consecuencias del desequilibrio antes explicado, incorporando mandatos imperativos de orden sustancial en cabeza de aquellos y del Estado (calidad de bienes y servicios, preservación de la salud y seguridad; información adecuada y veraz; libertad de elección; y condiciones de trato equitativo y digno); también de orden participativos, como el derecho reconocido en cabeza de los usuarios, con particular referencia al control en materia de servicios públicos; y, como otra imprescindible cara, la consagración de un derecho a una jurisdicción propia en favor de consumidores y usuarios, con el reconocimiento de actores procesales atípicos en defensa de sus derechos como son el Defensor del Pueblo

“Cuantificación económica. Contratos de consumo”, Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 69 y sig.

20 En efecto, y tal como se ha señalado: “...la noción de proveedor es una calificación transversal al Derecho Público y Privado, con lo cual puede haber proveedores en el sector público como en el privado, siempre que lo hagan con destino al consumo...”, Lorenzetti, Ricardo L. (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo VI, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 236. El art. 2 de la ley 24.240, conforme texto introducido por la ley 26.361, establece que: “PROVEEDOR. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.”

21 CSJN, in re: “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, sentencia del 22/04/2008. Doctrina confirmada posteriormente en las causas: “Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros”, sentencia del 09/03/2010; “Montaña, Jorge Luis c/Transportes Metropolitanos General San Martín s/daños y perjuicios”, sentencia del 03/05/2012, Fallos: 335: 527. Y más recientemente, en el caso fallado por la Corte Suprema in re: “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN - M° V E Inf. - Sec Transporte - dto. 104/01 y otros s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2°, CPCC)”, con sentencia del 24/06/2014, donde se trasladan, *in totum*, estos principios hacia la responsabilidad, no sólo de un concesionario, sino del Estado nacional y el organismo de control del servicio.

y las organizaciones no gubernamentales de usuarios y consumidores, la disponibilidad de la vía del amparo y el otorgamiento a esas instancias de efectos expansivos para que sus decisiones alcancen a todos los integrantes del mismo colectivo...”²²

De esta manera, dichas normas, sistemáticamente consideradas, reconocen, en lo que aquí interesa, un doble orden de derechos y garantías:

1.- Para todos los habitantes, en su calidad de usuarios (actuales o potenciales) de servicios sociales (prestados tanto por el Estado como por particulares); estableciendo como derechos y garantías básicas las de: a) derecho de acceso al consumo de bienes y servicios esenciales; b) derecho al trato equitativo y digno; c) derecho a la salud; d) derecho a la seguridad²³; e) derecho a la protección de sus intereses económicos²⁴; f) a la educación para el consumo; g) derecho a la información adecuada y veraz.

El derecho a la salud, en este caso, tiene un doble alcance: a) por un lado, se manifiesta en el derecho a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, a su preservación, y a la utilización racional de los recursos naturales (art. 41 de la Constitución nacional) y los derechos vinculados con el desarrollo humano, el progreso económico con justicia social (art. 75 inc. 19 de la Constitución nacional); y b) por otro, en sentido estricto, en el derecho a la protección de la vida y la salud de los usuarios en la relación de consumo, con el alcance establecido, a su vez, en los Tratados internacionales de Derechos Humanos que integran el bloque de constitucionalidad.²⁵

22 Del voto de los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concurrentes con la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”.

23 La Corte Suprema nacional ha establecido que: “...*el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales. (...) no cabe interpretar que la protección de la seguridad -prevista en el art. 42 de la Constitución Nacional- tenga un propósito meramente declarativo, sino que, por el contrario, es correcta la hermenéutica orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares...*” CSJN, in re: “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 06/03/2007. Doctrina ampliada en los casos: “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, sentencia del 22/04/2008; “Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros”, sentencia del 09/03/2010; “Montaña, Jorge Luis c/Transportes Metropolitanos General San Martín s/daños y perjuicios”, sentencia del 03/05/2012, Fallos: 335: 527.

24 “...*En tanto la protección de los intereses económicos de los usuarios tiene resguardo constitucional, ante la ausencia de norma con rango de ley que limite la reparación de los daños causados por las distribuidoras de energía eléctrica a sus usuarios, no cabe restringir su alcance por vía reglamentaria o contractual, reduciéndola al costo estimado del producto no suministrado...*”, Del voto en disidencia parcial del Dr. E. Raúl Zaffaroni que remite al Dictamen de la Procuración General, CSJN, in re: “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750- 002119/96).”, sentencia del 05/04/2005, Fallos: 328: 651.-

25 En efecto, ello es lo que ha establecido la Corte Suprema al señalar que: “...*a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía*

2.- Para todos los habitantes, en su calidad de usuarios (actuales o potenciales) de un servicio público económico (prestado por el Estado o por particulares), de manera monopólica o en competencia; estableciendo como derechos y garantías adicionales a las anteriores los de: a) libertad de elección; b) defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; c) control de los monopolios naturales y legales; d) derecho a la calidad y eficiencia de los servicios públicos; e) derecho a constituir asociaciones de consumidores y de usuarios; f) derecho a participar en los organismos de control.

El art. 42 de la Constitución nacional reconoce, para los usuarios de servicios públicos económicos (en los cuales, a diferencia de lo que ocurre con los servicios sociales, el usuario retribuye el servicio por medio de tarifas, es decir, paga por lo que consume) un plus de derechos y garantías específicos vinculados, fundamentalmente, con aquello que será el contenido de los “marcos regulatorios” nacionales, a saber: a) las condiciones de acceso y permanencia al servicio; b) la regulación de la cantidad y calidad mínimas de servicio; c) las modalidades de su organización y prestación (en mercados monopólicos o competitivos); d) su precio; e) su control, etc.

La existencia -actual o potencial- de una “relación de consumo” marcará, pues, la vigencia de los derechos y garantías específicos que están establecidos en los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución nacional.²⁶

Y redundará en un nuevo fundamento constitucional para la responsabilidad extracontractual del Estado, en lo concerniente con: a) el daño patrimonial colectivo en materia ambiental (art. 41 de la Constitución nacional), respecto del cual cabe re-

constitucional en el art. 75 inc. 22. En este sentido, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. El art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar; y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. El art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que entre las medidas que los estados partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deberían figurar la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (inc. c) y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad...” CSJN, in re: “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16986”, sentencia del 01/06/2000, Fallos: 323: 1339-26

Entre muchos otros, puede verse en este sentido: Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, CAUSA 3801/02, caratulada “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE - EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora” - (Buenos Aires), SALA II, sentencia del 08/07/2003.

mitir a lo establecido por la Corte Suprema en el caso “Mendoza”²⁷; y b) los daños que sufran los usuarios de obras y servicios públicos (art. 42 de la Constitución nacional).

III. El derecho de los usuarios a la participación en la regulación del servicio público. Audiencias públicas y razonabilidad de los actos estatales. Su alcance en el caso “CEPIS”

Como adelantáramos, el derecho de participación de los usuarios de servicios públicos en la toma de decisiones estatales que afecten sus derechos, ha sido claramente reconocido en el art. 42 de la Constitución nacional.

En primer lugar, se les reconoce el derecho a contar con “...información adecuada y veraz...”²⁸

Y, luego, a formar parte de los entes de control de los servicios públicos nacionales.

27 CSJN, in re: “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” – sentencia del 20/06/2006. En este sentido, se resolvió que: “...El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional y las competencias regladas en el art. 116 de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna (...) Desde esta premisa estructural, pues, es que el art. 7º de la ley 25.675 prevé la competencia federal cuando se trata de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, hipótesis que se verifica en el sub lite en la medida en que, por un lado, están involucradas más de una jurisdicción estatal; y en que, por el otro, dos de las pretensiones promovidas tienen en mira ese presupuesto atributivo de competencia -la degradación o contaminación de recursos ambientales- al perseguir la recomposición y el resarcimiento del daño de incidencia colectiva, que es el único reglado y alcanzado por este estatuto especial (art. 27, ley citada; causa C.1732.XL “Confederación General del Trabajo (C.G.T. - Consejo Directivo de la C.G.T., Regional Santiago del Estero c/ Tucumán, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo”, sentencia del 20 de septiembre de 2005) (...) En las condiciones expresadas, el carácter federal de la materia y la necesidad de conciliar el privilegio al fuero federal que corresponde al Estado Nacional, con la condición de aforada a esta jurisdicción originaria de parte del Estado provincial, la única solución que satisface esas prerrogativas jurisdiccionales es declarar la competencia originaria del Tribunal que prevé el art. 117 de la Constitución Nacional con respecto a las pretensiones contenidas en el punto 7 del escrito de demanda...”

28 Por su parte, el Código Civil y Comercial, regula este derecho en sus arts. 1100 a 1103, los cuales resultan complementarios de las normas de la Ley de Defensa del Consumidor.

La participación de los usuarios tiene una triple finalidad: a) estar debidamente informados de las condiciones en que se prestan los servicios públicos; b) participar activamente en el proceso de elaboración de los actos administrativos y reglamentos que puedan afectar sus derechos; y c) ejercer un específico control de los actos desarrollados tanto por el Estado como por el eventual prestador privado del servicio público.

Sin la adecuada participación de los usuarios no podrán, pues, garantizarse plenamente sus derechos al “trato equitativo y digno”, la “libre elección”, la protección de sus “intereses económicos”, a la preservación de su “salud y seguridad”, entre otros derechos consagrados por el art. 42 de la Constitución nacional.

Aquí es donde aparece, como uno de los principales instrumentos para concretar dicha participación, el procedimiento de audiencia pública, receptado de manera expresa tanto en el derecho público provincial (como el art. 48 de la Constitución de Corrientes, o la ley 210 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para todos los servicios públicos locales), como en diversos marcos regulatorios de servicios públicos nacionales (leyes 24.065; 24.076; 26.221; entre otras).

A pesar de ello, hasta el caso “CEPIS”, la Corte Suprema nacional no había consolidado una posición unánime respecto a la exigibilidad de una instancia de participación de los usuarios previa a la emisión de determinados actos estatales.²⁹

29 Ver, en este sentido, CSJN, causa E.280.XLIV, in re: “Establecimiento Liniers S.A. c/ EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/06 y otros s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 11 de junio de 2013; y “Soldano, Domingo c/ EN - ley 26.095- M° de Planificación - resol. 2008/06 y otro s/ amparo ley 26.986”, sentencia del 15 de julio de 2014.; y con anterioridad, causa D. 859. XXXVI. REX, in re: “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaria de Comunicaciones - Resol. 2926/99 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 31 de octubre de 2006, especialmente la disidencia de los Jueces Lorenzetti y Zaffaroni. Ello, a pesar de la existencia de jurisprudencia provincial que marcaba, desde hacía varios años, una tendencia distinta. En efecto, se ha sostenido que: “...*La celebración de audiencias públicas, no es más que el ejercicio del derecho a la información y participación que tienen los consumidores y usuarios de un servicio público (...)* El Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 13, inc. Iro. otorga a toda persona el derecho a buscar, recibir y difundir información (...) En definitiva los Constituyentes Provinciales, no han hecho más que ampliar los requisitos para que el Estado, quien tiene la obligación de proteger a consumidores y usuarios, instrumente el sistema de audiencia pública para la protección de sus intereses económicos...” Del voto del juez Carlos Aníbal Rodríguez, concurrente con la mayoría, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, SALA IV, in re: “Legajo de apelación en incidente de medida cautelar en autos: L.; S.I. y otros s/ Aguas de Corrientes S.A. s/ sumarísimo”, Expte. N° 30736, sentencia del 07/12/2011. Como, asimismo, que: “...*El principio de las audiencias públicas es de raigambre constitucional y constituye el único medio para conseguir la efectiva participación de los interesados (...)* La circunstancia de que no se encuentre reglamentado en el ámbito provincial en nada impide su plena operatividad, 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 (...) Sobre la base de estas consideraciones arribo a la conclusión que la Dirección Provincial de Energía al haber obviado el

En efecto, y aun partiendo de la idea de que las “...audiencias constituyen una de las varias maneras de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas...” y que “...no son la única alternativa constitucional, en tanto el artículo 42 -como se expresó- no las prevé ni explícita ni implícitamente, sino que deja en manos del legislador la previsión del mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso...”³⁰, la Corte Suprema nacional ha despejado definitivamente las dudas acerca de la obligatoriedad de una instancia procedimental previa, que garantice la adecuada participación de los usuarios en la toma de decisiones estatales que afecten sus derechos fundamentales.

procedimiento de las audiencias públicas previsto expresamente en el art. 48 de la Constitución provincial y de modo implícito en art. 42 de la Constitución Nacional, para la implementación del nuevo cuadro tarifario, además vulnerar los preceptos constitucionales sindicados, desconoció el derecho de defensa de los usuarios y consumidores del servicio, quienes se vieron privados de la posibilidad de conocer en profundidad y transparencia las razones que llevaron a la entidad accionada a disponer el aumento, convirtiendo a las resoluciones administrativas impugnadas desprovistas de toda validez constitucional...”, Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, in re: “Asociación de usuarios y consumidores de la provincia de Corrientes c/ Dirección Pcial. de Energía de Corrientes y Estado de la Pcia. de Corrientes s/ amparo”, Expediente N° 32226/9, sentencia del 09/12/2009. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha señalado en este sentido que: “...La circunstancia de que no se encuentre prevista en el nuevo marco regulatorio la celebración de una audiencia pública, no puede ser argumento para no garantizar ningún mecanismo de información y participación de los usuarios en la toma de decisión, pues esta obligación no es ya legal sino que deriva de la propias normas constitucionales...” Concluyendo que: “...la omisión de informar adecuadamente y otorgar a los usuarios y asociaciones de defensa de éstos, la posibilidad de participar con carácter previo a la aprobación de las nuevas tarifas a través del decreto 245/2012, resulta una conducta censurable que resta fundamento a la decisión administrativa, habilitando la procedencia del amparo interpuesto...”, SCBA, causa A. 72.408, “Negrelli, Oscar R. y otros c/ Poder Ejecutivo y otros s/ Amparo”, sentencia del 3 de diciembre de 2014. Y, más recientemente, Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría Civil II – Sala B, in re: “Bustos, Rebeca Andrea y otro c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo colectivo”, Expte. N° 21060/2016, sentencia del 4 de julio de 2016.

30 Agregándose que: “...Desde el punto de vista gnoseológico la audiencia pública es el procedimiento que permite exponer, intercambiar y refutar opiniones técnicas y, como consecuencia, ratificar las percepciones iniciales de sus partícipes o bien modificarlas como consecuencia del debate. Es el mecanismo apto no solo para salir de la ignorancia sino también para construir alternativas que permitan formular una síntesis que dé cabida a la mayor cantidad posible de opiniones diferentes pero no contradictorias. Desde el punto de vista democrático la audiencia expresa la concreción práctica de la deliberación pública, exigencia imprescindible para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos en materia de servicios públicos. Se trata de un recaudo que, aunque procesal en su origen, es sustantivo por su consecuencia, en tanto formador de ciudadanía. En efecto, la participación deliberativa es lo que diferencia al usuario del mero administrado y es también lo que impregna de legitimidad a la decisión de la autoridad de aplicación...”, Del voto del Juez Rosatti, concurrente con el de la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016.

De esta manera, los actos administrativos y reglamentos por medio de los cuales se aprueben o modifiquen las tarifas de servicios públicos son, para la Corte Suprema nacional, actos que deben contar en su elaboración, de manera obligatoria, con la participación de los usuarios.

Sosteniendo en este aspecto que: *“...De la redacción del artículo 42 se desprende la clara intención de los constituyentes de 1994 de que consumidores y usuarios -expresamente en la forma de asociaciones, e implícitamente de un modo genérico- participen en la elaboración de ciertas disposiciones de alcance general a cargo de la Administración cuando, como en el caso, al fijar tarifas, puedan proyectar los efectos sobre los derechos e intereses de aquellos (conf. doctrina de la disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en Fallos: 329:4542)...”*

Ello, a los efectos de garantizar a los usuarios que: a) cuenten con una información “adecuada y veraz” e “imparcial”; b) participen de la toma de decisión que afecte sus derechos e “intereses económicos”; c) el acto administrativo o reglamento tenga “razonabilidad y “legitimidad”, lo que presupone que la “cooperación” y el proceso de “justificación mutua” que se materialicen durante el procedimiento de participación, integren la causa y motivación de dichos actos.³¹

Participación que, a su vez, debe desenvolverse en tres momentos: a) la recepción de parte del Estado de información adecuada, veraz e imparcial; b) la celebración de un espacio de deliberación entre todos los sectores interesados, que podrá darse o no bajo la modalidad de “audiencia pública”; y c) el momento decisorio que debe integrarse de manera expresa con los resultados de la participación de los usuarios.³²

De lo contrario, tal como sostiene ahora la Corte Suprema: *“...todas las etapas anteriores constituirían puro ritualismo si la autoridad no considerara fundamentalmente en oportunidad de tomar las resoluciones del caso, las situaciones y argumentaciones que se expusieron en la audiencia y el modo en que ellas inciden en las medidas que se adoptan...”*

De esta manera, queda claro que la audiencia pública no traduce solo una exigencia de “procedimiento” sino que hace, fundamentalmente, a la legitimidad del acto o reglamento de que se trate, en lo tocante a su causa y motivación y, por ende, a su razonabilidad.

Conclusión que se encuentra implícita en lo afirmado por Jorge Salomoni hacia mediados de la década de 1990, al señalar que no resulta jurídicamente válido: *“...aumentar la tarifa sin una previa audiencia pública que permita el libre debate de los supuestos fácticos y legales invocados como causa de tal aumento, con obligatoria*

31 Del voto de los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concurrentes con la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, considerandos 18 y 19.-

32 Del voto de los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concurrentes con la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, considerando 20.-

*participación de los usuarios...*³³ Ideas citadas por el Juez Rosatti para afirmar que: *“...la audiencia pública es un mecanismo que integra el proceso de preparación de la voluntad estatal y que se concreta antes que una norma legal o reglamentaria sea dictada...”*³⁴

Lo que desplaza totalmente la centralidad de la discusión acerca de si las audiencias públicas son “vinculantes” o meramente “consultivas”.

En definitiva, puede afirmarse que en la audiencia pública no se “decide”, pero, al mismo tiempo, que el Estado no puede legítimamente “decidir” sin una previa y adecuada participación de los usuarios y sin tomar en cuenta, para justificar y fundar su acto, el resultado de aquella.

Razón por la cual resulta imperioso estructurar procedimientos de audiencia pública que estén en condiciones de cumplimentar las exigencias marcadas por la Corte Suprema nacional, y no resulten meros ritualismos que intenten cumplir, de manera mecánica y sin atender a su verdadera finalidad, sólo un paso formal antes de la aprobación de un acto administrativo o reglamento.

IV. Conclusiones. El servicio público en perspectiva: de la “eficiencia” del servicio al paradigma de la “efectividad” de los derechos

Como se explicitó, el régimen actual del servicio público prevé una sistemática que pone en el centro al usuario, a partir de un claro mandato: la necesidad de su tutela como medio de garantizar su dignidad como persona humana a través del acceso al consumo de bienes y servicios básicos.³⁵

33 Salomoni, Jorge Luis, “Teoría General de los servicios públicos”, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 400. En efecto, se había referido a ello con anterioridad en Salomoni, Jorge Luis, “Reforma del Estado y servicio público: titularidad y privatización en el derecho público argentino”, Revista Actualidad en el Derecho Público N°5, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Septiembre-Diciembre de 1996.

34 Ver el voto concurrente del Juez Rosatti en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, considerando 17.-

35 Cabe recordar que la Corte Suprema nacional ha señalado concretamente que: *“...en muchos instrumentos internacionales se menciona la tutela del derecho al agua potable. En este sentido, la resolución A/RES/64/292, del 30/07/2010, de Naciones Unidas, declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. La “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (1979), artículo 14, párr. 2 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” del 17/11/1988, predicen que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos; la “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 24, 2° párr. (1989), exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre...”*, CSJ 42/2013 (49-K), RECURSO DE HECHO, in re: “Kersich, Juan Gabriel y otros el Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/amparo”, sentencia del 2 de diciembre de 2014. Se ha señalado, asimismo, de manera categórica, que: *“...atento*

Este panorama genera la necesidad de estudiar un nuevo esquema de regulación constitucional y, por ende, legal y reglamentario.

Desde el punto de vista del régimen jurídico del servicio público, pueden observarse, como directas consecuencias de la constitucionalización de los derechos del usuario, dos cuestiones generales: a) la “nacionalización” del régimen del servicio público en cuanto a dichos derechos; y b) una creciente “descontractualización” del régimen prestacional.

La “nacionalización” del servicio público se produce, en efecto, a partir del sistema de derechos (las potestades en la materia siguen siendo locales y, por ende, existen servicios públicos nacionales o federales y servicios públicos provinciales y municipales), ya que en ninguna jurisdicción pueden desconocerse dichos derechos y garantías constitucionales.

De esta manera, tanto la regulación como los conflictos se resuelven, en todas las jurisdicciones, por aplicación directa del sistema protectorio provisto por los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución nacional.

La segunda de las consecuencias tiene que ver con la imposibilidad de limitar ese plexo de derechos y garantías constitucionales por vía contractual (como tradicionalmente se hizo a través de las concesiones, licencias y permisos). Los derechos de los usuarios, de orden constitucional, están por encima de cualquier regulación legal de aplicación (marcos regulatorios) y acuerdo de voluntades entre el Estado y los prestadores.³⁶

Por otro lado, tendremos las cuestiones vinculadas a la interpretación y aplicación, por parte del Estado nacional, de la normativa que en la materia ingresa por

que la cuestión planteada refiere a derechos de consumidores y usuarios, la presente situación debe ser analizada a la luz de los principios establecidos en nuestra Constitución Nacional, así como también en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Tales instrumentos, refieren específicamente a los intereses de este sector conformado por “los usuarios y consumidores”...”, Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría Civil II – Sala B, in re: “Bustos, Rebeca Andrea y otro c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo colectivo”, Expte. N° 21060/2016, sentencia del 4 de julio de 2016.

36 Ver doctrina de la CSJN, in re: “Ferreira, Víctor Daniel y Ferreira, Ramón c/ VICOV S.A. s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329:646; “Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.C.V. s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329:695, ambos del 21 de marzo de 2006, votos del juez Lorenzetti; se agrega también la causa: “Basualdo, Argentino René c/ Empresa Virgen de Itatí C.O.V.S.A. (VICOV S.A.) y/o quien resulte propietario y/o responsable s/ daños y perjuicios”, voto del juez Lorenzetti, del 28 de marzo de 2006, Fallos: 329:879; y la causa originaria B.606.XXIV “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ provincia de Buenos Aires y Camino del Atlántico y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios”, del 7 de noviembre de 2006, voto de la mayoría, Fallos: 329:4944. Y, posteriormente, en CSJN, in re: “Gómez, Mario Félix c/ VICOV S.A. y/o responsable s/ daños y perjuicios”, sentencia del 17/03/2009.-

medio del sistema de fuentes internacionales (Tratados de Derechos Humanos, de la Integración y del Derecho internacional del Comercio).³⁷

Lo que permitirá, por un lado, afianzar algunos ámbitos conceptuales del servicio público (fundamentalmente los denominados servicios “sociales”) y, por otro, establecer los principios generales a partir de los cuales interpretar al servicio público como un derecho social.

Ahora bien, la inclusión de los derechos y garantías especificados para los usuarios (actuales o potenciales) de servicios públicos que impone al Estado nacional el art. 42 de la Constitución nacional, implican una serie de deberes y obligaciones que hacen que su rol en la materia no pueda ser neutral.

El Estado, en efecto, no puede actuar como un mediador entre los actores del servicio público (prestadores, usuarios, autoridades de control).

El rol que específicamente le impone la Constitución nacional es el de proteger a los usuarios en su condición de parte débil y vulnerable de la relación jurídica implicada en todo servicio público.³⁸

37 En el Dictamen de la Procuradora General de la Nación en la causa “CEPIS”, se sostiene puntualmente que en el caso: “...se halla involucrada la protección del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, que comprende alimentación y vivienda adecuados, así como una mejora continua de las condiciones de existencia (arts. 14 bis y 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 11, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y arto 11, Protocolo de San Salvador). El servicio público domiciliario de gas es un servicio indispensable para la salud y la vida digna, que está expresamente comprendido dentro de la noción de vivienda adecuada desarrollada por el sistema de protección de derechos humanos...”, FLP 8399/2016/CSI, Dictamen del 17 de agosto de 2016. En el fallo de la Corte Suprema se señala que, por su parte, que: “...adquiere especial significación el criterio que surge de la Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, titulada “El derecho a una vivienda adecuada”, del 13 de diciembre de 1991, en la que se emitió opinión sobre el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional). En el punto 8.b se afirma que una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición, y que todos “los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado (oo.)”. En el punto 8.c. se expresa que los “gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de la vivienda sean, en general, commensurados con los niveles de ingreso (...)”, Del voto de los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concurrentes con la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, considerando 33.-

38 CSJN, in re: L. 1170. XLII - “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, sentencia del 22/04/2008; posterior jurisprudencia ya citada, y doctrina de la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”.-

Por ello el Estado no puede ser un actor neutral, tanto en su relación con el mercado (al ejercer sus potestades de intervención en la regulación del servicio público), como en la relación de consumo entablada entre prestadores y usuarios.

El Estado debe garantizar estos derechos, por sí o por medio de terceros, con determinados contenidos mínimos, en condiciones de igualdad y sin discriminación.

Aquí se encuentra el germen de un servicio público basado en nuevos paradigmas.

Nuevos paradigmas que implican, en definitiva, la superación de las ideas de “eficiencia” y “competencia” que procuró imponer la llamada “reforma del Estado”, desde mediados de los años ’70 hasta entrada la década de 1990.

Razón por la cual el foco de la regulación y los avances de la disciplina se volcaron a las cuestiones vinculadas con: a) la desmonopolización de los servicios; b) su desregulación; y c) su privatización. Todas ellas basadas, a su vez, en la concepción de que la “competencia” en el mercado produciría mejores servicios (o prestaciones), a precios cada vez más asequibles.

Lo que, sin embargo, y salvo en algunos sectores (en algunos países), la realidad ha demostrado que dicho ideal no resulta fácilmente alcanzable a través de la autorregulación del mercado.

El paradigma que viene a superar a aquel es, ahora, el de la “efectividad” de los derechos.

Es decir, la “eficiencia” en la prestación, en términos de costo/beneficio, debe ser integrada al cometido central de la “efectividad” del goce de los derechos y garantías mínimas involucradas en el servicio público.³⁹

De la “eficiencia” (en términos claramente economicistas), postulada como idea central de la llamada “reforma” del Estado, pasamos, concretamente, a la idea de

39 Señalando ahora la Corte Suprema en este sentido que: “...en materia de servicios públicos no es admisible desvincular el “costo global de la prestación” de la “capacidad de pago de los usuarios”, pues así como es lógico suponer que el monto de las tarifas se calcula en función del financiamiento del servicio, también lo es deducir que un cálculo tarifario desmesurado o irrazonable que deba ser solventado únicamente por los usuarios generará altos niveles de incobrabilidad y terminará afectando al mentado financiamiento y, por vía de consecuencia de este círculo vicioso, a la calidad y continuidad del servicio. El razonamiento anterior no solamente es relevante desde un punto de vista económico sino también desde una perspectiva jurídica, que es la que a los tribunales concierne, pues una relación irrazonable entre monto y capacidad de pago en el cálculo de la tarifa puede convertir a una cuestión técnica, reservada al poder administrador, en una cuestión judicial por afectación de derechos constitucionales vinculados a la subsistencia o a una mínima calidad, de vida de los usuarios. Ello así, al punto que existe un límite en el que toda ponderación entre el financiamiento del servicio y la capacidad de pago pierde sentido; se trata de la hipótesis en que la imposibilidad real de pago coloca al usuario frente al corte del servicio, circunstancia que debe merecer la tutela especial de la justicia pues, en este caso, no es posible rescatar técnicamente siquiera un umbral mínimo de un derecho esencial para la subsistencia...”, del voto concurrente del Juez Rosatti en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, considerando 22.-

“efectividad”, entendida como catalizador de la noción general de que existen derechos (individuales y sociales) que, estando dentro o fuera del régimen jurídico del servicio público, pueden ser satisfechos o resguardados a través de él.

Allí, y en la modulación que del régimen económico (vinculado al sostenimiento sustentable de la expansión y mantenimiento de los servicios ya existentes, y a la eventual conquista de nuevos servicios públicos) pueda hacer el Estado junto con los usuarios y los eventuales prestadores privados (concesionarios y licenciatarios), residen los mayores desafíos que actualmente nos impone la actualidad del servicio público en Argentina.⁴⁰

40 Advirtiendo críticamente la Corte Suprema en este sentido que: “...la experiencia internacional ha demostrado, hasta el presente, que con frecuencia los servicios públicos no se financian exclusivamente con los precios y tarifas que se perciben de los usuarios y consumidores, sino que reciben subvenciones, beneficios y ayudas de la Administración; al tiempo que las tarifas de determinados servicios públicos se han utilizado en muchas ocasiones para financiar otras actividades. También es habitual que las diferentes tarifas aplicadas a las diversas categorías de usuarios encubran “subsídios cruzados” de una actividad rentable hacia otra deficitaria. En definitiva, estas prácticas suelen conducir a una opacidad de la tarifa que no permite conocer sus costos reales, con la consiguiente afectación de los derechos de los consumidores y usuarios de dichos servicios...”, Del voto de los Jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, concurrentes con la mayoría, en la causa FLP 8399/2016/CSI, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, considerando 28.-

El jardín de los senderos que se bifurcan. Comentario al fallo “Fontevecchia II” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por Alejandro Medici

I-Introducción

En autos “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amivo vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el 14 de febrero pasado, uno de esos fallos que parecen destinados a tener consecuencias importantes y a generar discusiones en el futuro inmediato en el terreno judicial y en general, de los derechos humanos en Argentina. Infelizmente, no se trata en este caso de buenas noticias, por el contenido y potenciales consecuencias, que iremos desgranando.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH), en su sentencia del 29 de noviembre de 2011 declaró que el estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión de los periodistas Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico (Art. 13 Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Rica, en adelante CADH) y en consecuencia dispuso:

- a- Que el estado debía dejar sin efecto la condena civil impuesta, así como todas sus consecuencias;
- b- Publicar un resumen oficial de su sentencia elaborado por la Corte Suprema, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como publicar la sentencia completa en la Corte Interamericana en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema; y
- c- Entregar las sumas reconocidas en dicho fallo, comprensivas del reintegro de los montos de condena oportunamente fijados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, como de los correspondientes a las reparaciones admitidas en su decisión internacional (daño material, gastos derivados del trámite del proceso interno como del procedimiento internacional).

Es decir, la CoIDH estableció que el estado argentino al permitir la condena civil por daños y perjuicios violó la libertad de pensamiento y expresión prevista por el art. 13 de la CADH. E indicó a nuestro estado, que dicha sentencia (dictada por la CSJN en el año 2001), debía ser dejada sin efecto, diez años después que los afectados, agotada la instancia del derecho argentino, buscaran la protección del derecho conculcado en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

II- Discusión sobre los argumentos de la CSJN

La CSJN deslizó tres argumentos principales, a nuestro humilde entender, sumamente problemáticos desde la centralidad del paradigma de los derechos humanos, en el caso y para el futuro que se abre a partir de esta sentencia.

¿La CoIDH actuó exorbitando su competencia?

En el considerando 6, la CSJN (voto mayoritario) sostiene que “...se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino, son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH)... Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana”.

El primer argumento entonces es que la CoIDH no ha actuado dentro del marco de sus competencias, lo que significa que la CSJN se atribuye la interpretación de los alcances de las competencias establecidas por la CoIDH, sin ser el órgano habilitado al efecto.

Desde la convención constituyente de 1994, por decisión democrática, al jerarquizar instrumentos internacionales de derechos humanos y establecer el procedimiento para jerarquizar otros luego de la convención, dando a dichos instrumentos tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, p.2 CN), el Estado argentino ha devenido un estado constitucional y convencional de derecho.

Esta adjetivación no es una cuestión menor, sino que supone establecer la centralidad en el orden jurídico argentino del derecho de los derechos humanos, tanto del que establece la parte dogmática de la constitución, como de los instrumentos internacionales, desde entonces incorporados con jerarquía constitucional, los que deben interpretarse en forma complementaria.

El establecimiento de un “bloque de constitucionalidad” toma aquí en Argentina, como en otros casos del derecho constitucional regional, la peculiaridad de centrarse en el paradigma de los derechos humanos. La intención del constituyente fue el reforzamiento mutuo entre derechos humanos de los instrumentos internacionales y derechos constitucionales, que ya no pueden distinguirse en base a las divisiones usuales hasta entonces de constitucionalistas y/o internacionalistas, sino que forman un núcleo principiológico y normativo que debe siempre interpretarse y aplicarse por todas las instancias del estado desde la centralidad de los criterios interpretativos de los derechos humanos: pro persona, universalidad, indivisibilidad, interdependencia, progresividad/no regresividad, exigibilidad, etc.

Podríamos decir, recurriendo a la hermenéutica analógica, a la manera de los iusfilósofos mexicanos Mauricio Beuchot y Jesús Antonio de la Torre Rangel, que ya no puede reducirse este, como también se ha llamado, “núcleo ideológico” del bloque de constitucionalidad a un univocismo de derecho internacional, ni al equivocismo del dualismo que separa el derecho público nacional del derecho internacional de los derechos humanos. Se trata de una zona de convergencia por analogía donde el

analogado principal es la persona humana en su dignidad y derechos, a cuyos fines se instrumentalizan de la forma más favorable según los casos, las fuentes de derecho.

Se trata de una analogía de atribución en relación a esa zona de convergencia, donde el criterio de evaluación e interpretación del resto del derecho argentino pasa por su adecuación a la misma, lo que en la doctrina se ha denominado el test de constitucionalidad y convencionalidad, donde predominan los criterios y las normas que sean más acordes o favorables a los principios del derecho de los derechos humanos, independientemente que sean de fuente internacional, nacional, o de derecho público provincial, según los casos y las competencias, fuentes que deben entenderse “complementarias”, e interpretarse “en las condiciones de su vigencia” (75 inc. 22 p.2 CN). Cabe mencionar, para reforzar esta argumentación, que la CADH también establece en su art. 29 b y c, una norma de remisión, que abre la comprensión y aplicación de los derechos humanos consagrados en la misma a la interpretación más favorable, sea que provenga de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, o del derecho constitucional y público de los estados parte del sistema interamericano.

Es decir, que la retroalimentación que supone el bloque de constitucionalidad no va solamente en el sentido del derecho internacional de los derechos humanos al derecho público de los estados, como suele entenderse, sino que también puede ir, y lo ha hecho, en el sentido inverso. De lo contrario, por citar sólo un ejemplo, nunca la textualidad del art. 21 de la CADH, en lo que hace al derecho de propiedad, hubiera permitido que la CoIDH reconociera el derecho a la posesión y propiedad comunitaria inalienable e imprescriptible de los pueblos originarios, como lo viene haciendo desde su sentencia en el caso Comunidad Mayagma Awas Tingni contra Nicaragua.

En consecuencia, el estado constitucional y convencional de derecho se caracteriza, o debería, por generar un espacio de diálogo y retroalimentación, donde la regla procedimental implícita es el respeto por la fuente y la interpretación que cada órgano con competencia constitucional y convencional para ello, realiza de las mismas, como parte del nexo vincular que es el bloque de constitucionalidad entre estado y derecho.

La CSJN interpreta en la sentencia que comentamos, a nuestro entender, reductivamente el p.2 del 75 inc. 22 al enfatizar que los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta constitución...”, omitiendo el valor interpretativo de los principios del derecho de los derechos humanos que integra un bloque de constitucionalidad donde las fuentes deben ser aplicadas “en las condiciones de su vigencia”.

Este “en las condiciones de su vigencia”, significa que cada fuente respeta la lógica de funcionamiento de la otra sin poder realizar injerencias rectificadoras. Cuando los convencionales constituyentes de 1994 resolvieron, haciéndose cargo del mandato democrático de una sociedad con un historial de décadas de sufrir graves, reiteradas

y sistemáticas violaciones de derechos humanos, dar jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo hicieron respetando la lógica de validez, funcionamiento e interpretación de dichas fuentes, que podríamos decir, dejó de ser meramente “externa” al derecho nacional. En ese sentido, el argumento del considerando 6 de la sentencia de marras, exorbita la competencia de la CSJN. La Corte Suprema no tiene ningún tipo de habilitación convencional para interpretar los alcances del Pacto de San José de Costa Rica.

III- ¿La Corte Interamericana de Derechos Humanos actuó como una cuarta instancia?

El segundo argumento de la CSJN es que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos tiene carácter subsidiario y no constituye “una cuarta instancia” (c.8). Tanto es así que los afectados por la sentencia de la Corte de 2001, una vez agotada la vía del derecho argentino, pudieron obtener una sentencia favorable de la CoIDH diez años después en el sistema interamericano.

Dicha sentencia indica al estado argentino que debe dejar “sin efecto” la anterior por afectar el art. 13 de la CADH, y desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad como núcleo normativo y principiológico, también el art. 14 CN y otras normas análogas que tutelan el derecho conculcado en los instrumentos internacionales (PIDCyP, etc.).

Resulta evidente que esta vía subsidiaria no significa cuarta instancia, ni revocación de la sentencia de la CSJN. Pero igualmente evidente resulta que si el derecho o los derechos humanos afectados en el caso son conculcados por la sentencia, hay que dejarla “sin efecto”.

Es claro que la CoIDH no es, ni pretende ser, un tribunal de casación ni de alzada de las sentencias de los estados parte de la CADH, ella no se pronuncia sobre errores de hecho ni de derecho de los órganos judiciales de los miembros, pero sí garantiza la observancia de las obligaciones asumidas por los mismos, y por todas sus instancias y órganos, incluso sus tribunales superiores.

Como lo ha explicado claramente Eugenio Zaffaroni en su crítica a este mismo fallo, no se trata de revocar ninguna sentencia, sino de que el poder judicial como parte del estado, haga perder eficacia a la sentencia, con la forma que quiera darle en el derecho nacional, para evitar que el estado sea sancionado internacionalmente. Es decir, que incluso el órgano superior y jerárquico del poder judicial federal del estado, está obligado convencionalmente.

A más abundamiento, vistas las cosas desde el derecho “adjetivo”, el proceso ante el sistema interamericano de derechos humanos es un nuevo juicio, distinto al interno.

Por eso la CoIDH se limita a ordenarle al estado que aporte las medidas necesarias para dejar sin efecto o revisar la sentencia que afecta el derecho humano conculcado.

Todas las instancias del estado, incluso la CSJN, están obligadas por la convención, en la esfera de su competencia, a dar cumplimiento de buena fe, de acuerdo a los arts. 2 y 68 de la CADH, ello previo agotamiento de los procedimientos internos, que hace al papel subsidiario del sistema interamericano de derechos humanos.

Hablando de derecho de los derechos humanos, y de la centralidad del mismo en el bloque de constitucionalidad, esta sentencia sienta un precedente peligroso: pretender que la cosa juzgada por la Corte Suprema sea inmodificable, implica que los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, en este caso el que establece la CADH, se limite a reparar pecuniariamente derechos una vez que fueron reiterada y extensamente violentados en sede estatal, sin tener, en los casos en que es posible, capacidad de restituir el ejercicio y goce de dichos derechos a las víctimas. Esta pretensión surge del argumento más problemático de “Fontevecchia”, que discutimos a continuación.

IV- ¿Los principios de derecho público establecidos por la Constitución son distintos y superiores a los principios del derecho de los derechos humanos?

Entramos entonces al argumento más cuestionable de esta sentencia, desde nuestra perspectiva: el que interpreta el art. 27 CN, que dice: “El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que están en conformidad con los principios de derecho público establecidos por esta Constitución”. Según la CSJN (c.16) el constituyente ha consagrado en esta norma una “esfera de reserva soberana” y agrega (c.17) “entre dichos principios inmovibles, se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del poder judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional”.

He aquí uno de los párrafos más potencialmente peligrosos como precedente para el futuro, no sólo pensando en la jurisprudencia de la propia Corte, sino en el sistema judicial argentino en materia de derechos humanos, teniendo en cuenta el carácter difuso de nuestro sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad. En efecto, si tras más de 25 años de consolidación de una jurisprudencia de la CSJN donde se afirmó la idea de la obligatoriedad de la convencionalidad, en las “condiciones de su vigencia”, para todos los órganos del estado argentino, incluidos sus jueces, aún en el nivel local e incluso federal, muchas veces el mismo era resistido, el panorama que se abre a partir de esta interpretación de la CSJN es preocupante.

Pudiera ser que este significante ambiguo y vago que es el amplio continente de los principios del derecho público argentino fueran considerados superiores incluso a

los principios del derecho de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, empezando por el pro persona, siguiendo con progresividad/no regresividad, etc.

Evidente debería resultar que dichos principios del derecho público argentino, por procedimiento democrático legítimo del constituyente del año 94, no pueden pensarse al margen de la centralidad operativa de las normas y principios de derechos humanos del bloque de constitucionalidad. El problema es que el argumento de la Corte en “Fontevicchia”, aplanar o iguala hacia abajo los instrumentos internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, equiparándolos con los tratados y otros instrumentos internacionales que, siendo superiores a las leyes, son inferiores a la constitución.

Las obligaciones del estado con, por ejemplo, fondos financieros especulativos tenedores de títulos de la deuda externa argentina, o con los laudos de instancias arbitrales del comercio y de las inversiones internacionales a favor de empresas extranjeras, son equiparadas, hacia abajo, con las obligaciones del estado en materia de derechos humanos.

El argumento es equívoco y abre una zona de inseguridad jurídica en términos de derechos humanos. En el contexto actual de ataque neoliberal en la región a las políticas públicas de contenido social y democrático, la centralidad del bloque de constitucionalidad que integra todos los derechos humanos en igualdad, interdependencia e indivisibilidad, progresividad/ no regresividad, es uno de los últimos reaseguros jurídicos para pensar un programa democrático de resistencia frente a los diseños globales.

El argumento del voto personal del Ministro Rosatti, concurrente con el de la mayoría de la Corte, (Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkrantz), tiene este efecto cuando argumenta: “...no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional... sobre el derecho nacional”.

Por una parte, hay que reconocer que se trata de un punto importante de debate, teniendo en cuenta la liviandad y apresuramiento con que gran parte de la doctrina jurídica argentina se posiciona, asumiendo el predominio automático de todo derecho internacional, sin ponderación, razonabilidad, ni equilibrio algunos.

Frente a esta postura que podemos llamar univocista, propia del monismo jurídico “ingenuo”, es necesario distinguir, como lo hace la propia constitución. El derecho de los derechos humanos a través de sus fuentes internacionales ya no puede considerarse en el plano sustancial de sus contenidos de validez como “externo”, al integrar el núcleo analógico principal o bloque de constitucionalidad de nuestro estado constitucional y convencional de derecho, y por lo tanto debe considerarse eje de los principios del derecho público nacional. Es decir, invirtiendo la fórmula de la sentencia que comentamos, el 27 y 108 de la CN deben interpretarse a la luz del 75 inc.22 p.2.

Distinto es el caso de los instrumentos internacionales que no integran el bloque de constitucionalidad, especialmente cuando ponen al estado en cualquiera de sus instancias, en obligaciones contrarias a la centralidad del derecho de los derechos humanos del bloque de constitucionalidad y sus principios de interpretación.

Entonces la invocación en el voto de Rosatti del “diálogo jurídico”, es puramente declamatoria, toda vez que dicho diálogo debe darse en el marco establecido por el bloque de constitucionalidad, dentro de la complementariedad y subsidiariedad de sus órganos y procedimientos, con la orientación de la deliberación hacia el fin principal del reforzamiento de los derechos humanos. Lo que es exactamente contrario a debilitarlos desde una interpretación dualista y equívoca de los principios de derecho público, que aparecen en adelante, en función de este precedente, potencialmente disociables y superiores respecto a los derechos humanos del bloque de constitucionalidad.

V- Final abierto

La CSJN debió, por los medios de derecho argentino que entendiera más pertinentes, dejar sin efecto su sentencia anterior en el caso “Fontevicchia”, no porque la CoIDH sea una “cuarta instancia”, sino porque al haberse desenvuelto subsidiariamente la protección regional en este caso, se solucionó, a través de la aplicación de la facultad convencional remedial de dicho tribunal, una violación de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad.

Si de exorbitancia competencial se trata, la autoatribución por parte de la CSJN de la competencia para juzgar cuando los órganos de la CADH ejercen correctamente sus facultades convencionales remediales, es un ejemplo. La invocación de autores e interpretaciones del art. 27 CN en términos “originalistas”, es preocupante, pensando que se interpretaba otra constitución (la de 1853...).

Las críticas no deben extenderse, ni al solitario voto en minoría del Ministro Maqueda, ni al dictamen previo de la Procuradora General de la Nación, que son consistentes y coherentes con los importantes precedentes que desarrolló la CSJN, en sus conformaciones anteriores, en las últimas dos décadas y media en materia de control de convencionalidad y obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias de la CoIDH para todos los órganos del estado argentino.

El fallo “Smith” de la Corte Suprema de Justicia de Canadá y el análisis sobre el concurso de marihuana y sus derivados para uso medicinal en la actualidad

Por Marcos Antonio Torti Iermini

I. Introducción

El pasado mes de noviembre, la Corte Suprema de Justicia la Nación, a través de la Oficina de Referencia Extranjera dependiente de la Dirección General de Bibliotecas, lanzó el primer tomo de su Revista de Investigaciones correspondiente al año 2016. Entre la extensa y rica bibliografía, en razón de las temáticas tratadas y la variedad de países que abarca, uno de los dictámenes más interesantes dentro del compendio es el fallo “Smith” de la Corte Suprema de Justicia de Canadá.

El fallo del máximo tribunal canadiense, de fecha 11 de junio del 2015, resulta de interés por la temática sobre la cual versa. El caso refiere al conflicto entre las normas que regulan la tenencia de estupefacientes, en este caso en particular la marihuana, y en lo que respecta a su uso medicinal, las leyes que regulan dicho uso, y la norma constitucional máxima de Canadá que prevé el respeto por la libertad, la vida y la seguridad de las personas, resguardando sus derechos y garantías. Por esto, es apreciable ver como se llevó a cabo el proceso judicial y cuál fue el análisis de las normas intervinientes que realizaron los jueces de la Corte de Canadá para llegar a una resolución del caso.

En la actualidad, nuestro país mantiene vigente el debate sobre la regulación del uso de la marihuana y sus derivados para el uso medicinal en pacientes con enfermedades como la epilepsia, el cáncer, el HIV y otras patologías similares. Asimismo, la discusión no trata solamente sobre el punto anterior, sino que la despenalización de la tenencia de marihuana para consumo personal también es una cuestión importante, mucho más luego del fallo “Arriola” de la Corte Suprema del año 2009; donde se trató específicamente este punto y se analizaron las normas que intervenían en la regulación.

Por este motivo, observar la situación de otros países que se encuentran más avanzados respecto a la regulación del uso de la marihuana, ya sea para uso recreativo o medicinal, resulta de gran importancia para poder considerar posibles proyecciones de interpretación de las normas en nuestro país en los casos particulares.

Por último, antes de iniciar con el presente trabajo, es necesario realizar una consideración previa. Si bien el fallo se encuentra en la Revista de Investigaciones de la C.J.S.N., probablemente a causa del espacio con el que cuenta la publicación, se presentó una versión resumida del mismo. En este caso, se presenta una traducción completa y adaptada del mismo. Esto último, para que sea más fácil su lectura, con el objeto de que no se pierda el foco sobre el fondo de la cuestión a raíz de la cual la cual se tuvo que expedir el máximo tribunal canadiense.

II. Antecedentes del caso

La Ley de Estupefacientes y de Drogas Controladas o CDSA (Controlled Drugs and Substances Act) prohíbe la posesión, producción y distribución de cannabis, sus compuestos activos y sus derivados. Reconociendo el hecho de que las sustancias controladas pueden tener usos beneficiosos, la CDSA faculta al gobierno para crear excepciones por reglamento con fines médicos, científicos o industriales. El Reglamento de Acceso Médico a la Marihuana o MMAR (*Marihuana Medical Access Regulations*), creó una excepción para las personas que pudieran demostrar una necesidad médica de cannabis. Los solicitantes tenían que proporcionar una declaración de un médico, certificando que los tratamientos convencionales eran ineficaces o médicamente inadecuados para el tratamiento de su condición médica. Una vez cumplidos todos los requisitos reglamentarios, los pacientes estaban legalmente autorizados a poseer “marihuana seca”, definida como “marihuana cosechada que ha sido sometida a cualquier proceso de secado”. Algunos pacientes fueron autorizados a cultivar su propia marihuana bajo licencia de producción de uso personal, mientras que otros obtuvieron el medicamento de un productor autorizado.

Los MMAR fueron reemplazados en 2013 por el Reglamento de Marihuana para Propósitos Médicos o MMPR (*Marihuana for Medical Purposes Regulations*). Este nuevo régimen reemplaza el esquema de producción de marihuana de los MMAR con un sistema de productores con licencia gubernamental. Sin embargo, a los efectos del proceso seguido a Owen Edward Smith, la situación sigue siendo la misma: en el caso de la marihuana médica, la excepción del delito de la CDSA sigue estando limitada a la marihuana seca.

El Sr. Smith trabajó para el Cannabis Buyers Club de Canadá, ubicado en la isla de Vancouver, en la Columbia Británica. El Club vendía marihuana y productos derivados de cannabis a los miembros del mismo. Las personas a las cuales el Club proveía tenían una condición médica de buena fe para la cual la marihuana podría proporcionar alivio, basado en el diagnóstico de un médico o una prueba de laboratorio. El Club vendía no sólo marihuana seca para fumar, sino productos comestibles y otros productos conteniendo cannabis como galletas, cápsulas del gel, aceite de frotamiento, mantequillas y bálsamo de labios. También proporcionaba a los miembros, libros de recetas sobre cómo elaborar tales productos extrayendo los compuestos activos de la marihuana seca. El trabajo del Sr. Smith consistía en producir productos comestibles y otros productos conteniendo cannabis para la venta extrayendo los compuestos activos de la planta de cannabis, a pesar de que no usaba marihuana para fines médicos, y que el Club no tenía una licencia de producción bajo las estipulaciones de los MMAR.

El 3 de diciembre de 2009, la policía, respondiendo a una queja sobre un olor repugnante, se presentó en el departamento del Sr. Smith en Victoria y vio marihuana sobre una mesa. Obtuvieron una orden de registro y realizaron un inventario de lo encontrado en el apartamento, el cual incluía 211 galletas de cannabis, una bolsa de marihuana seca y 26 frascos de líquidos cuyas etiquetas incluían las inscripciones “aceite de masaje” y “bálsamo labial”. Las pruebas de laboratorio establecieron que las galletas y el líquido en los frascos contenían tetrahidrocannabinol o THC, el prin-

cial compuesto activo en el cannabis. El THC, al igual que los otros compuestos activos del cannabis, no está sujeto a la exención de los MMAR para la marihuana seca. Por lo tanto, se acusó al Sr. Smith de posesión de cannabis y THC con el propósito de traficar en contra de lo dispuesto por la reglamentación de la CDSA.

En su juicio ante el juez de primera instancia, el Sr. Smith alegó que la prohibición de la posesión de la CDSA, en combinación con la excepción en los MMAR, era incompatible con la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades en su Art. 7 que expresa: *“Todos tendrán el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; y nadie podrá atentar contra este derecho, excepto cuando sea en conformidad con principios de justicia fundamental”*. Por lo tanto, resulta inconstitucional porque limita la posesión legal de marihuana con fines médicos a “marihuana seca”. En su veredicto, el juez hizo las siguientes conclusiones:

a. Los compuestos activos de la planta de cannabis, como el THC y el cannabidiol han establecido beneficios médicos y su efecto terapéutico es generalmente aceptado, aunque aún no se ha establecido la base exacta de dichos beneficios.

b. Los diferentes métodos de administración de la marihuana ofrecen diferentes beneficios médicos. Por ejemplo, la ingesta oral de los compuestos activos, ya sea por medio de productos horneados con aceite o mantequilla fundida con THC, o cápsulas de gel rellenas con los compuestos activos, pueden ayudar a las afecciones gastrointestinales mediante administración directa en el sitio de la patología. Además, la administración oral resulta en una acumulación más lenta y una retención más larga de los compuestos activos en el sistema al contrario de la inhalación, permitiendo que los beneficios médicos continúen durante un período de tiempo más largo, incluso mientras el paciente está dormido. Por lo tanto, es más apropiado para las enfermedades crónicas.

c. La inhalación de marihuana, típicamente a través del tabaquismo, proporciona un acceso rápido a los beneficios médicos del cannabis, pero también presenta efectos secundarios dañinos. Aunque es menos dañino que el humo del tabaco, fumar marihuana presenta riesgos reconocidos, ya que expone a los pacientes a sustancias químicas cancerígenas y resulta en una asociación con trastornos bronquiales.

El juez de primera instancia determinó que la restricción a la marihuana deshidratada privaba, al Sr. Smith y a los consumidores de marihuana para uso medicinal, de su libertad, al imponer una amenaza de enjuiciamiento y encarcelamiento por posesión de los compuestos activos en el cannabis. También encontró que priva a los usuarios médicos de la libertad de elegir cómo tomar los medicamentos que están autorizados a poseer, decisión que calificó de “importancia personal fundamental”, en contra de lo dispuesto en el Art. 7 de la Carta. Entonces, el juez entendió que esos límites ofenden los principios de justicia fundamentales porque son arbitrarios, ya que, limitar la excepción médica a la marihuana seca hace “poco o nada” para aumentar el interés del Estado en prevenir el desvío de drogas ilegales o el control de reclamaciones falsas y engañosas de beneficios médicos. Por la misma razón, el magistrado sostuvo que la restricción no está racionalmente conectada con sus objetivos y, por lo tanto, no está justificada en virtud del Art. 1 de la Carta al expresar:

“La Carta Canadiense de Derechos y Libertades garantiza los derechos y libertades establecidos en la misma, sujetos solamente a restricciones razonables prescritas por la ley y cuya justificación pueda demostrarse en una sociedad libre y democrática.”

Luego, tras la apelación de la Corona, la mayoría del Tribunal de Apelación confirmó las conclusiones del juez de primera instancia sobre las pruebas y las cuestiones constitucionales, aunque caracterizó el objeto de la prohibición de manera más amplia, como la protección de la salud y la seguridad. El juez Chiasson, en voto disidente, sostuvo que el Sr. Smith no tenía legitimidad para plantear la cuestión de constitucionalidad y que, en cualquier caso, la restricción no violaba el Art. 7 de la Carta porque los usuarios médicos podrían convertir legalmente la marihuana seca en otras formas.

III. Discusiones a analizar derivadas del caso

La Corte de Canadá al entender sobre el caso planteó tres cuestiones: la posición del Sr. Smith de impugnar la constitucionalidad de la prohibición, la constitucionalidad de la prohibición, y el remedio apropiado.

1. Sobre la posibilidad de impugnar

La primera cuestión era si el Sr. Smith tenía legitimidad para impugnar la constitucionalidad de la prohibición. La Corte concluyó que sí. La Corona no tuvo ningún problema con la posición del Sr. Smith en el juicio. En la apelación, aunque la cuestión fue examinada en audiencia oral, la Corona reconoció que el principio “que nadie puede ser condenado por un delito tipificado en una ley inconstitucional” se aplicó al Sr. Smith. Ahora bien, ante la Corte, la Corona adoptó la posición disidente del Juez Chiasson, argumentando que el Sr. Smith no tenía legitimidad porque no usaba marihuana médica y operaba por fuera del esquema regulatorio. Por lo tanto, la restricción a la marihuana seca no tenía “nada que ver con él”.

Esta cuestión pasó por alto el papel que los MMAR desempeñan en el esquema legal. Funcionan como una excepción a las disposiciones infractoras bajo las cuales el Sr. Smith fue acusado, según lo normado por la CDSA. Como dijo la mayoría del Tribunal de Apelaciones, la cuestión era si los artículos de la CDSA, “tal como fueron modificadas por los MMAR, privan a las personas autorizadas a poseer marihuana de un derecho constitucionalmente protegido al restringir la exención del procesamiento criminal a la posesión de marihuana seca”. Así, no recae importancia sobre el hecho de que el Sr. Smith no era usuario de marihuana médica y no tuviera una licencia de producción bajo el régimen regulatorio. Los acusados tienen legitimidad para impugnar la constitucionalidad de la ley a la que son acusados, incluso si los presuntos efectos inconstitucionales no están dirigidos contra ellos. Tampoco se requiere que las personas acusadas demuestren que todos los remedios posibles para la deficiencia constitucional terminarán por poner fin a los cargos contra ellos. En los casos en que un reclamante impugna una ley al argumentar que el impacto de la ley sobre otras personas es incompatible con la Carta, siempre es posible que un recurso dictado en virtud de la cuestión planteada no afectará a la propia situación del reclamante.

En este caso, la constitucionalidad de la disposición legal bajo la cual el Sr. Smith es acusado depende directamente de la constitucionalidad de la excepción médica proporcionada por los MMAR. Por consiguiente, la Corte entendió que el Sr. Smith tenía derecho a impugnar.

2. Sobre la constitucionalidad de la prohibición

Al llegar esta instancia, la Corte debía determinar si la restricción del acceso médico a la marihuana con respecto a la marihuana seca violaba el Art. 7 de la Carta antes mencionado:

El artículo 7 permite a la ley limitar la vida, la libertad y la seguridad de la persona, siempre que lo haga de manera que no sea contraria a los principios de justicia fundamental.

La primera cuestión en el artículo a analizar, es si la ley limita la vida, la libertad o la seguridad de la persona. A lo que la Corte concluyó que sí, entendiendo que el esquema legislativo de la restricción de la marihuana medicinal a la marihuana seca limita el Art. 7 de la Carta de dos maneras diferentes.

En primer lugar, la prohibición de la posesión de derivados de cannabis infringe el interés de la libertad del Sr. Smith, al exponerlo a la amenaza de prisión por convicción en virtud de lo normado por la CDSA. Cualquier delito que incluya el encarcelamiento como posible sanción involucra la libertad. La prohibición también involucra el interés de la libertad de los usuarios de marihuana médica, ya que podrían enfrentar sanciones penales si producen o poseen productos de cannabis que no sean marihuana seca. En este punto, la Corte se apartó de la posición del juez disidente sobre este punto: los MMAR no autorizan a los usuarios de la marihuana médica a convertir la marihuana seca en sus compuestos activos. Una autorización para poseer marihuana medicinal no es defensa para un paciente que se encuentra en posesión de una forma de dosificación alternativa, como galletas de cannabis, aceite de masaje fundido con THC o cápsulas de gel llenas de THC.

En segundo lugar, la prohibición de la posesión de compuestos activos de cannabis con fines médicos limita la libertad mediante la exclusión de las opciones médicas razonables mediante la amenaza de un proceso penal. En este caso, el estado impide que las personas que ya han establecido una necesidad legítima de marihuana -una necesidad que el esquema legislativo pretende acomodar- escojan el método de administración del medicamento. Esto último, somete a la persona al riesgo de cáncer e infecciones bronquiales asociadas con el consumo de marihuana seca, y excluye la posibilidad de elegir un tratamiento más efectivo. Del mismo modo, al obligar a una persona a elegir entre un tratamiento legal, pero inadecuado y una opción ilegal, pero más eficaz, la ley también infringe la seguridad de la persona.

La Corona mantuvo que la evidencia presentada en el veredicto del juez de primera instancia no estableció que la prohibición de formas alternativas de cannabis afecto alguno de los intereses del Art. 7 de la Carta, más allá de la privación de la libertad física impuesta por la sanción penal. La corona manifestó que las pruebas no demuestran que las formas alternativas de marihuana médica tuvieran algún beneficio

terapéutico, y que solo se estableció que los testigos pacientes preferían los productos de cannabis a otras opciones de tratamiento. Pero la Corte entendió que la posición de la Corona iba en contra de las conclusiones de hecho hechas por el juez de primera instancia que, después de un cuidadoso examen de amplias pruebas periciales y personales, concluyó que en algunas circunstancias el uso de derivados de cannabis es más eficaz y menos peligroso que fumar o inhalar la marihuana seca. Las conclusiones de un juez de primera instancia sobre cuestiones de hecho no pueden ser anuladas a menos que no sean apoyadas por evidencia o sean manifiestamente originadas por error. La Corte entonces concibió que las pruebas apoyaban ampliamente las conclusiones del juez de primera instancia sobre los beneficios de las formas alternativas de tratamiento de la marihuana, agregando que, incluso los documentos del Departamento de Salud Pública de Canadá presentados por el perito de la Corona indicaron que la ingestión oral de cannabis puede ser apropiada o beneficiosa para ciertas condiciones.

Entonces, la Corte advirtió que la evidencia de los expertos, junto con la evidencia de los pacientes médicos de marihuana de uso médico que testificaron, hizo más que establecer una preferencia subjetiva por las formas de tratamiento oral u otros medios. El hecho de que los testigos no hayan presentado informes médicos que afirmen una necesidad médica de una forma alternativa de cannabis no es determinante para el análisis en virtud del Art. 7 de la Carta. Si bien no es necesario determinar de manera concluyente el umbral para la constatación con el Art. 7 en el contexto médico, la Corte estuvo de acuerdo con la mayoría en el Tribunal de Apelación en que se cumplen con los hechos de este caso. La evidencia demostró que la decisión de usar formas no secas de marihuana para el tratamiento de algunas condiciones de salud graves es médicamente razonable. En otras palabras, hay casos en que las formas alternativas de cannabis serán “razonablemente necesarias” para el tratamiento de enfermedades graves. Es en este caso que la Corte, teniendo en cuenta esas circunstancias, entendió que la penalización del acceso al tratamiento en cuestión vulnera la libertad y la seguridad de la persona.

El máximo tribunal canadiense concluyó que la prohibición de la posesión de formas no secas de marihuana medicinal limita la libertad y la seguridad de la persona, comprometiendo el Art. 7 de la Carta. Planteando así otra cuestión, si la limitación es contraria a los principios de justicia fundamentales.

El juez de primera instancia consideró que los límites a la libertad y la seguridad de la persona impuesta por la ley no estaban de acuerdo con los principios de justicia fundamentales, porque la restricción era arbitraria, haciendo “poco o nada” para alcanzar sus objetivos, los cuales eran controlar las drogas ilegales o las demandas falsas y engañosas de su beneficio médico. En este punto, se tomó en cuenta lo resuelto por la mayoría del Tribunal de Apelación, que concluyó que el objetivo de la prohibición era proteger la salud y la seguridad públicas, determinó asimismo que no favorecía ese objetivo y que, por lo tanto, era arbitrario y contrario a los principios de la justicia fundamentales.

Otro punto, era determinar el objeto de la prohibición, ya que una ley es sólo arbitraria si impone límites a la libertad o seguridad de la persona que no tienen relación con su propósito.

La Corte consideró el hecho de que la Corona no impugnó la conclusión del Tribunal de Apelación cuando planteó que el objeto de la prohibición de las formas no secas de marihuana medicinal era la protección de la salud y la seguridad. Sino todo lo contrario, ya que argumentó que la restricción protege la salud y la seguridad asegurando que los medicamentos ofrecidos con fines terapéuticos cumplan con los requisitos de seguridad, calidad y eficacia establecidos en la Ley de Alimentos y Medicamentos y sus reglamentos. El máximo tribunal no consideró que dicha calificación no alteraba el objeto de la prohibición, sino que simplemente describía uno de los medios por los cuales el gobierno busca proteger la salud y la seguridad públicas. Además, que los MMAR no pretenden someter la marihuana deshidratada a estos requisitos de seguridad, calidad y eficacia, por lo que la norma contradice la propia afirmación de la Corona, la cual sostenía que éste es el objeto de la prohibición. Por lo tanto, la Corte concluyó que el objeto de la restricción a la marihuana deshidratada es simplemente la protección de la salud y la seguridad.

Otro punto recaía sobre si existía una relación entre la prohibición de las formas no secas de marihuana medicinal y la salud y seguridad de los pacientes que calificaban para el acceso legal a la marihuana medicinal. El juez de primera instancia concluyó que, para algunos pacientes, las formas alternativas de administración con derivados de cannabis son más efectivas que la inhalación de marihuana. También concluyó que la prohibición obliga a las personas con una necesidad legítima y legalmente reconocida de usar marihuana para aceptar el riesgo de daño a la salud que puede derivarse del consumo crónico de marihuana. En este sentido, la Corte resaltó el hecho de que la prohibición de la marihuana medicinal no seca afectaba la salud y la seguridad de los usuarios médicos de marihuana al disminuir la calidad de su atención médica. Por este motivo, los efectos de la prohibición contradicen su objetivo, haciéndolo arbitrario.

La Corona a su vez, afirmaba que había riesgos para la salud asociados con la extracción de los compuestos activos en la marihuana para la administración vía oral o productos tópicos. Sosteniendo, además, que hay una conexión racional entre el objetivo estatal de proteger la salud y la seguridad y un esquema regulador que sólo permite el acceso a los medicamentos que se muestran por el estudio científico para ser seguro y terapéuticamente eficaz. La Corte Suprema no estuvo de acuerdo, ya que consideró que las pruebas aceptadas en el juicio no establecieron una conexión entre la restricción y la promoción de la salud y la seguridad. Esto último, porque la marihuana seca no está sujeta a la supervisión del régimen de la Ley de Alimentos y Drogas.

En sí, la Corte subrayó lo difícil que era entender por qué permitir que los pacientes transformen la marihuana seca en aceite para hornear les pondría en mayor riesgo que permitirles fumar o vaporizar marihuana seca. Más allá del hecho de que la Corona no había presentado ninguna prueba de ello, sino todo lo contrario, siendo la ingesta oral de cannabis una alternativa viable a la opción de fumar la marihuana.

Por último, la Corte no pudo establecer, a través de las pruebas, relación alguna entre la restricción impugnada y los intentos de frenar la desviación de la marihuana hacia el mercado ilegal. Lo que deja una total desconexión entre el límite de la libertad y la seguridad de la persona impuesta por la prohibición y su objetivo, y por este motivo, se torna arbitrario. Concluyendo así, que la prohibición de las formas no secas de marihuana médica limita la libertad y la seguridad de la persona de una manera arbitraria y, por consiguiente, no está de acuerdo con los principios de justicia fundamentales. Por lo tanto, viola el art. 7 de la Carta.

La última cuestión que analizó la Corte, fue si la Corona demostró si esta violación del Art. 7 de la Carta era razonable y demostrablemente justificada en relación a lo expresado en el Art. 1 de la misma norma. La Corte explicó que el Art. 1 se centra en la promoción del interés público y, por lo tanto, difiere del Art. 7, que se centra en la violación de los derechos individuales. Sin embargo, en este caso, el objetivo de la prohibición es el mismo en ambos análisis: la protección de la salud y la seguridad. De esto, se deduce que la misma desconexión entre la prohibición y su objeto que la hace arbitraria con arreglo al Art. 7 frustra el requisito del Art. 1 que el límite del derecho esté racionalmente ligado a un objetivo urgente. Al igual que los tribunales inferiores, la Corte concluyó que la infracción del Art. 7 no está justificado en relación al Art. 1 de la Carta.

3. Sobre el remedio

La Corte expresó que una ley “no tiene fuerza ni efecto” en la medida en que es incompatible con las garantías de la Carta. Llegando a concluir que restringir el acceso médico a la marihuana a su forma seca es incompatible con la Carta, por lo que se deduce que, en este sentido, la restricción es nula y sin efecto.

Se entendió que la forma precisa que debe adoptar la orden del máximo tribunal era complicada, por el hecho de que es la combinación de las disposiciones del delito y la excepción la que crea la inconstitucionalidad. Las disposiciones de infracción en la CDSA no debían ser anuladas en su totalidad. Tampoco era excesiva la excepción, en la medida en que el problema deviene en que es demasiado estrecha o es insuficiente. La Corte consideró que el remedio apropiado es una declaración de que los artículos referidos a la tenencia de marihuana y al tráfico de estupefacientes regulados en la CDSA no tienen fuerza y efecto, en la medida en que prohíben a una persona con una autorización médica poseer derivados de cannabis con fines médicos.

En este punto, la Corte analizó rechazar la solicitud de la Corona de que se suspendiera la declaración de nulidad para mantener la prohibición vigente en espera de la respuesta del Parlamento. En este caso, la situación era especial, no solo porque el Parlamento tenía varias posibilidades de disposición, sino que los MMAR había sido reemplazados por un nuevo régimen. Por otro lado, suspender la declaración dejaría a los pacientes sin tratamiento médico legal, a la ley y la aplicación de la ley en un limbo, por lo que, una suspensión del remedio simplemente mantendría la incertidumbre indeseable por un período adicional de tiempo.

4. La sentencia

La Corte entendió en desestimar la apelación, pero modificó la orden del Tribunal de Apelaciones suprimiendo la suspensión de su declaración y emitiendo una declaración de que los artículos de la CDSA referidos a la tenencia y tráfico de estupefaciente no tenían fuerza y efecto en la medida en que prohíben a una persona con una autorización médica poseer derivados de cannabis con fines médicos.

Asimismo, la Corte expresó que, en ningún momento en el curso del procedimiento los tribunales de la Columbia Británica o del mismo máximo tribunal emitieron una declaración expresa de la inconstitucionalidad de los cargos contra el Sr. Smith. De hecho, después del veredicto del juez de primera instancia, este se negó a conceder una suspensión judicial del procedimiento. A pesar de ello, la Corona decidió no aportar ninguna prueba en el juicio. Como resultado de la elección de la Corona, el Sr. Smith fue absuelto. Por estos motivos, que la Corte Suprema no vio razón alguna para que la Corona pueda reabrir el caso tras esta apelación, afirmando así, la absolución del Sr. Smith y la desestimación de la apelación.

IV. Conclusión

Como se pudo observar en el presente trabajo, el fallo de la Corte Suprema de Canadá resuelve de manera armónica el conflicto de legislaciones que se establece entre los fines y objetivos de una ley, y los derechos fundamentales que se instituyen en toda norma de orden constitucional. Se sustrae que, por más que una ley regule los derechos de las personas en la sociedad con un objetivo determinado, dicha regulación no puede ir en contra de las disposiciones máximas de un estado y, por lo tanto, no puede negarle derechos como la libertad a las personas que se ven intervenidas.

En este caso, aun manteniendo un fin concreto de proteger la salud pública y la seguridad en la sociedad, la ley que se establece para regular la tenencia de marihuana para uso medicinal a la mera tenencia de marihuana seca, va en contra de la propia decisión de los pacientes para poder optar por el mejor medio de tratamiento para su enfermedad. Por este motivo, resulta en un conflicto entre los diferentes derechos y garantías que son respetados y regulados en un estado de derecho, y al cual el máximo tribunal canadiense debió darle una resolución concreta.

En este sentido, es resaltable la selección del fallo “Smith” para formar parte de la Revista de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que demuestra la actualidad que mantiene la bibliografía del máximo tribunal de nuestro país. Si bien queda un largo camino por recorrer, la Argentina avanza hacia una sociedad receptiva de la utilización de la marihuana para uso medicinal para los pacientes que la necesiten, así también, como para su uso recreativo, bajo la forma de normas que despenalicen la tenencia para consumo personal.

Así es que, el hecho de que la Corte Suprema esté al tanto de las normativas y decisiones que otros países que ya se encontraron en nuestra situación actual, demuestra que existe un real interés de analizar la cuestión de la tenencia y uso de la marihuana en la sociedad, previendo las eventuales contrariedades que puedan surgir de las futuras normas con los derechos reconocidos y protegidos nuestra Constitución Nacional.

Opinión

Villa Devoto 25 de febrero.

querida Lucrecia:

¿Cómo estás? Me imagino que harás varios días que ni vos ni Javier irán a la guarder (me equivoqué quise escribir colonia), el tiempo está realmente loco de tanta lluvia. Vos sabés que no me había dado cuenta que falta pocos días para que comiencen las clases: ¿ya tenés el guardapolvo listo? ¿y los útiles? Pensá bien en todo, no vaya a ser que le pidas lo que necesites a Coca a último momento y pase lo mismo que con el cepillo de dientes.

Recibí tu carta, quizás te aburra diciéndote siempre lo mismo pero igual lo repito: tus cartas son muy lindas

cada día más lindas y me por muy contenta el poder leer. Contesto tus preguntas:

pero lo tengo más o menos del mismo largo del dibujo cuando me lo tengo que cortar lo hace una de las chicas que ocupan conmigo el pilión. Igual que vos, mamá



El mundo islámico

Por Carlos Raimundi

A menudo, hablar ligeramente del Medio Oriente o del mundo islámico, constituye, en primer lugar, una generalización inapropiada. Y en segundo lugar, referirse a una visión muy particular de Oriente, creada y sesgada por la lente y los prejuicios de Occidente.

Desde esa construcción, el Islam es visto como una doctrina del atraso, una religión de la guerra, cuya premisa es amenazar a Occidente. Sin embargo, en la Alta Edad Media, los califatos de Córdoba y Bagdad eran considerados por una Europa silenciada culturalmente por el oscurantismo clerical, como centros de pensamiento intelectual y científico. Durante los primeros siglos del Islam (siglos VII al XII), el mundo musulmán fue más dinámico que las sociedades cristianas. Mientras en Europa se explicaban los fenómenos naturales por la presencia divina o satánica y la Iglesia repudiaba el valor científico de la medicina, Razhès, muerto en 925, avanzó en la aplicación medicinal de la química creando los primeros remedios mediante el procesamiento de sustancias naturales, y en Isfábán, Avicena –llamado “el príncipe de los médicos, trataba sobre enfermedades como el sarampión y la viruela. Averroes, además de médico, y de sus conocimientos en matemática, física y astronomía, teología y derecho, es autor de un profundo comentario sobre Aristóteles. Y en álgebra, los musulmanes inventan el “cero” en el año 873, introduciendo una contribución fundamental a la matemática que conocemos.

El propio Max Weber, en su “Sociología de la Religión”, enumera tres elementos como fuente de lo que denomina ‘el estancamiento islámico’, a saber: ausencia de propiedad privada (aunque el Corán la reconoce), esclavitud y gobierno despótico. Elementos que también es necesario analizar desde la propia significación que adquirieron para la civilización islámica –para la cual el Corán establece varias formas de propiedad, incluso la privada ‘Mulk’, el eunuco podía alcanzar la máxima jerarquía militar y el modo de vida de Mahoma constituía el modelo perfecto a seguir- y no simplemente desde la perspectiva eurocéntrica.

Seis décadas más tarde, Michel Foucault condena implícitamente al orientalismo como aquella corriente que denigra al mundo islámico, degradándolo a la pura irracionalidad, atraso, resentimiento y violencia. Lo denuncia en el marco de la hegemonía cultural europea-estadounidense que también desprecia al negro y al amarillo.

Más acá en la historia de la cultura, Samir Amin nos llama a interpretar el proceso mundial desde un enfoque que otorgue su lugar a todas las civilizaciones en su tiempo histórico, y no analizando desde una visión parcial, generalizadora, simplificadora y estereotipada, que niegue los aportes respectivos de cada una¹. Por ello, una primera conclusión debe ser *no identificar el Islam con el fundamentalismo islámico, tal como no debemos identificar al cristianismo con expresiones del fundamentalismo*

1 Amin, Samir, “El eurocentrismo, crítica de una ideología”, Ed. Siglo XXI, México, 1989.

cristiano tantas veces esgrimidas. Ante las convulsiones presentes en las sociedades islámicas, el fundamentalismo busca legitimarse haciendo un llamado a la religión primitiva, apuntando a una interpretación literal del Corán que niega las bid'at, o innovaciones incorporadas al Mensaje original tendientes a una mayor apertura. Sólo de esta manera se evitará su exacerbación, y la incentivación de un caldo de cultivo que le permita ganar adeptos entre las diversas comunidades musulmanas, a raíz del resentimiento de éstas frente a la provocación de occidente.

En suma, así como Ernest Renan considera a la religión musulmana como el principal freno a la cultura, en contraposición a él, Edward Said sostiene que Oriente es una invención europea en busca de justificar su despliegue colonialista en Medio Oriente. El concepto de 'Oriente' fue acuñado, no sólo para describir la cultura de esa región del mundo, sino más bien para crear una figura de dominación con la cual defenderse de él.² Para Ali S. Asani, "el Islam acusa a Occidente de sus problemas, Occidente culpa al Islam por su odio, un círculo vicioso"³.

La obra del recientemente fallecido Edward Said ya se ha tornado un clásico. Este autor sostiene que el término orientalismo se relaciona con el sentido de los textos e instituciones propios del poder hegemónico de los europeos y estadounidenses, para luego afirmar, lisa y llanamente, que "el orientalismo es un estilo occidental de dominación sobre el Oriente"⁴.

En el mismo sentido, Javier Galindo Ulloa afirma que "el orientalismo adquiere una visión política de la realidad, porque se acentúa la diferencia entre lo que es familiar (Europa, Occidente, 'nosotros') y lo que es extraño (Oriente, 'ellos')" (...) "al oriental se lo ve, primero, como oriental, y luego como ser humano"⁵. La lectura del oriental se construye, pues, a partir de las ideas sobre el mundo propias de Occidente, y se lo condena por no estar hecho a imagen y semejanza de Europa.

Oriente ha sido una zona de la imaginación occidental para justificar sus abusos. Si la designación del otro es indispensable para conformar la identidad propia, Oriente ha sido cincelado pacientemente por los occidentales para erigir su propia cultura. Si el denuedo del otro es indispensable para legitimar el sometimiento de aquel a quien se caracteriza como inferior, los intelectuales occidentales han prestado sus servicios a la empresa de la dominación⁶.

La tesis central de Said es que, a causa del orientalismo, Oriente no es un tema sobre el que pueda tenerse libertad de pensamiento, puesto que se nos da ya definido. La relación entre Oriente y Occidente es una relación de poder, en la que el

2 Renan y Said, citados por Gabriela Cantú y Emiliano Lozano en "Islam y Occidente", Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata y Tecnológico de Monterrey, págs. 33 y 34.

3 Asani, Ali S., citado por los mismos autores en el artículo mencionado.

4 Said, Edward, "Orientalism", Pinguin Books, Nueva York, 1978.

5 Galindo Ulloa, Javier, "Orientalismo de Edward Said", en Revista Siempre, 27 de septiembre de 2004, citado por Zidane Zeraoui, ob. cit., pág. 26.

6 Galindo Ulloa, Javier, ob. cit.

primero se subordina al segundo, y este emite la noción colectiva del ‘nosotros’ contra todos aquellos no-europeos. Los dos grandes imperios, el británico y el francés, fueron, unas veces aliados, otras rivales, pero compartieron el poder intelectual de eso que Said denomina orientalismo, como proceso de dominación. Se destaca la superioridad de Europa, por medio de una operación binaria: dos mundos, dos estilos, dos culturas, de modo de levantar entre ambos un nuevo muro infranqueable (y van...), como antesala de la dominación. De un lado están los occidentales, que son racionales, pacíficos, liberales, lógicos, y por otro los orientales, que no poseen ninguno de esos valores. En medio de lo que Harold W. Glidden denomina “esta cultura de la deshonra”, el propio Islam se ve obligado a convertir “la venganza en una virtud”⁷.

El mismo nivel de simplificación lo encontramos en Huntington, cuando sugiere que “si queremos entender cualquier cosa importante sobre cualquier país de mayoría musulmana, en cualquier período de su historia, debemos remitirnos al Corán”. Pretender que ese libro sagrado exprese la realidad actual de 1.500 millones de musulmanes, sería equivalente a explicar cada excelcitud de la civilización judeo-cristiana, como la Mona Lisa de Da Vinci, las Meninas de Velásquez o la penicilina, o cada una de sus lacras como el nazismo o la bomba nuclear, únicamente con la Biblia bajo el brazo.

En las antípodas de Said, Ian Buruma y Avishai Margalit, denuncian a los países musulmanes del Medio Oriente como los creadores del “occidentalismo”, relato que retrata a Occidente como “un mundo prostituido por el culto a las mercancías y la devoción por el individuo, un inmenso mercado de banalidades, degradación moral y ateísmo. Un mundo que debe ser derrotado si el hombre quiere conservar el alma”⁸.

Sin ver al otro como es, o por lo menos entender su propia manera de pensarse, estaremos condenados a vivir en la violencia permanente. Por eso, declaraciones como las formuladas por el entonces Papa Benedicto XVI en septiembre de 2006, no hacen otra cosa que reforzar este resentimiento de siglos⁹. Lo mismo podríamos decir del presidente iraní, Mahmoud Ahmadinejad, cuando en diciembre de 2005 planteó que el Estado de Israel es una mancha ignominiosa que merecería ser borrada del mapa y calificó al Holocausto como un mito. La irascibilidad de este tipo de declaraciones debe ser ponderada ecuanímente. Una cosa es afirmar que el orientalismo es una construcción intencionada de occidente, y muy otra sería repudiar sólo a occidente en casos como estos. De ser así, daríamos por sentada su supremacía intelectual, confirmando con esa actitud los mismos hechos que denunciamos.

7 Artículo de Harold W. Glidden, miembro del Bureau de Intelligence and Research del Departamento de Estado de los EE.UU., citado por Said, ob. cit.

8 Buruma, Ian y Margalit, Avishai, “Occidentalism. The West in the Eyes of its Enemies”, The Penguin Press, 2004, citado por Zidane Zeraoui, ob. cit., pág. 28.

9 La declaración a la que aludo fue: “Muéstrame también aquello que Mahoma ha traído de nuevo, y encontrarás solamente cosas malvadas e inhumanas, como su directiva de difundir por medio de la espada la fe que él predicaba”. Extraída del texto íntegro del discurso de Benedicto XVI en IBLNNews Agencias, Nueva York, 18 de septiembre de 2006.

Un caso testigo sobre las relaciones problemáticas entre culturas lo constituye el debate sobre la prohibición del uso del burka —velo con que se cubre la cabeza y parte del rostro— por parte de las mujeres de origen musulmán en espacios públicos, impulsada por el gobierno del presidente conservador Nicolas Sarkozy en Francia en 2011 y renovada a partir de los recientes atentados en Niza. Quienes defienden la prohibición, argumentan que el burka es un signo de discriminación de género, y que, por lo tanto, un estado democrático como el francés no debería permitirlo, en defensa de la igualdad de trato entre los sexos. Desde el momento en que se encuentran inmersas en esa cultura, las mujeres musulmanas no hacen reclamo alguno, pero eso no las aparta de su condición de víctimas de la discriminación: las víctimas no se visualizan a sí mismas como tales. Desde este punto de vista, revelarles dicha supuesta condición es una de las funciones del sistema educativo.

Quienes critican la prohibición, en cambio, sostienen que el Estado no debe restringir prácticas culturales propias de la organización social musulmana. En este caso, la prohibición sería una injerencia en sus tradiciones y una vejación de la identidad, campos sobre los cuales el Estado francés no debería intervenir.

En definitiva, lo que respecta al velo no es una cuestión jurídica sino más bien una costumbre social. Su punto negativo obedece a que grupos radicales lo utilizan como arma política, desde el momento que lo consideran como una obligación impuesta por el Islam. Pero es un grave error identificar a toda la comunidad musulmana con algunos comportamientos de los grupos extremistas o fundamentalistas¹⁰. Es así que un régimen como el de Saddam Hussein también fuese condenable severamente por su autoritarismo, desde el punto de vista islámico planteado en el siglo XII por Averroes, en sus ‘Comentarios a las obras de Aristóteles’. Volviendo a Ali Asan, “lo que estamos presenciando no es tanto un choque de civilizaciones sino un choque de ignorancias, ignorancias que día tras día cobran una víctima más”¹¹.

Es así que un término como la Yihad, por ejemplo, no debería reducirse solamente a las bombas suicidas. En términos estrictamente religiosos, Yihad posee una triple significación. En primer término es un combate interno, marcado por el esfuerzo personal por dominar las propias debilidades y defectos, ‘las fuerzas negativas’. En segundo término es la defensa de la comunidad contra la injusticia y los malos gobiernos. Y en tercer término, es la Guerra Santa para defender al Islam. Limitar la Yihad a la mera violencia irracional es un reduccionismo. Para la gran mayoría de los musulmanes, la lucha contra las fuerzas del mal que anidan en uno mismo está en un nivel superior al de la lucha política.

En los países islámicos, la religión tiene primacía en la configuración de sus sociedades, a diferencia del sistema de pensamiento racionalista y secular del Occidente europeo y americano, basado en las obras de Platón y Aristóteles en la Grecia clásica hasta la Ilustración europea de Descartes, Locke, Montesquieu,

10 Se puede consultar a Alfonso González en “¿Es posible la convivencia con el Islam?”: <http://193.146228.30/congresoV/ponenciasV/alfonso%20gonzalez.pdf>

11 Asani, Ali S., ob. cit.

Rousseau, Kant y Hegel, pasando por Maquiavelo y Hobbes. Es más, para muchas escuelas encargadas de difundir el dogma de la religión islámica, el pensamiento racional utilizado por la filosofía de occidente *inclinaba la mente humana hacia el ateísmo*, lo que inhibía toda posibilidad de encuentro. En el mundo islámico se observa una integración tal entre lo religioso y lo político, que lo aleja de la noción de secularidad propia del Estado moderno de Occidente. Por el contrario, es el Estado quien controla las mezquitas, y, a diferencia de la frase bíblica “dad al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios”, Mahoma combinó en su misma persona la revelación divina, lo que lo convirtió en Profeta, con funciones políticas y militares.

“Los musulmanes —según la “Historia de los Árabes” de Albert Hourani— trataban de subordinar todos los actos humanos al juicio de la religión”¹², y a partir de ello confeccionar un sistema ideal de conducta. Y si bien “con el advenimiento de los abasíes, a mediados del siglo II islámico (siglo VIII d.C.), la situación cambió a partir de la formación de nuevos Estados, habilitados para dirimir los conflictos sociales desde una autoridad política más centralizada. De todos modos, estos procesos nunca salieron de las normas basadas en la enseñanza del Islam para situarse en una centralidad burocrático-administrativa al estilo weberiano. Mahoma, profeta y predicador de la religión, fue también fundador del Estado, y la mezquita, desde sus primeros tiempos, no fue solamente el espacio para la oración, sino también para la toma de decisiones políticas.

“Debido a que en las sociedades musulmanas la religión y la política están estrechamente ligadas, no es posible precisar con exactitud dónde termina lo temporal y dónde principia lo espiritual”, dice el investigador del Islam Julios Wellhausen¹³. En el mismo sentido, Zidane Zeraoui reafirma en su obra “Islam y política” que “El socialismo árabe se define en relación con el Islam. La religión se considera como la matriz que lo engendra”¹⁴

Un año después de la *Batalla del Camello (año 656)*, la Batalla de Siffin, que duró hora y media, fue librada entre Ali y Mu’awiya. Esta contienda representa la segunda gran confrontación entre musulmanes y da lugar a la aparición de los grupos más importantes de esta primera etapa del Islam: la Shi’a y el Kharijismo. Entre los principios básicos del Shi’ismo —cuya mayor expansión se iniciará a partir del siglo X— se encuentra la unificación del carisma y el liderazgo en una sola persona, lo que podría traducirse en la ya mencionada identificación entre lo religioso y lo político. Para los shi’itas, el *iman* retornará al final de los tiempos, para reordenar el mundo y restablecer la justicia. Entretanto, la sucesión del Califa debe ser hereditaria y sólo entre los descendientes del Profeta Mahoma, que siguieran la línea de Alí. Los kharijitas, en cambio, sostenían que el liderazgo y el carisma residían en la comunidad, y no en una persona, por lo cual luchaban en pos de una comunidad pura y santa, y excluían de ella a quienes pecaran gravemente. Entre estas dos posiciones, representadas por

12 Hourani, pág. 97.

13 Wellhausen, Julios, “The Arab Kingdom and its Fall”, Courzon Press Ltd., Londres, 1973.

14 Zeraoui, Zidane, “Islam y Política”, pág. 75, Ed. Trillas, México, 2004.

la Shi'a y por el Kharijismo, surgió más tarde la escuela de la Murji'a, portando una visión intermedia y una actitud de alguna manera conciliadora. Los sunnitas, por su parte, no atribuyen al Imán todas las cualidades sobrehumanas que los shi'itas sí le reconocen. Otra diferencia reside en que los sunnitas no creen en la facultad de Dios para revocar sus decretos o decisiones. Actualmente, los shi'itas constituyen entre el 15 y el 17 % de todos los musulmanes del mundo, y el restante 83 – 85 % son sunnitas.

Con el correr de los siglos, muchos movimientos políticos adoptaron ciertos modos de organización propios de las formaciones marxistas surgidas en Occidente, pero, esencialmente, lo que podríamos denominar la sociedad civil musulmana nunca dejó de ser débil frente a la autoridad del Estado, entendido desde la perspectiva profunda y centralmente religiosa descripta anteriormente. Para Ernest Gellner, los conflictos políticos registrados bajo el aparato estatal de las comunidades islámicas, “aún cuando nominalmente ideológicos, son en general una cuestión de rivalidad entre redes de padrinzagos”, a menudo de base regional, o casi comunal. En contraste con otras partes del mundo, “la religión en Medio Oriente ha conservado o aumentado su capacidad de obrar como catalizador político. *La secularización es un fenómeno especialmente notable por su ausencia*. La política es con frecuencia fundamentalista. Una religión vigorosa, un Estado fuerte, una sociedad civil débil y la frágil *asabiyya* o *asabiya* (revalorización de las antiguas costumbres, de los viejos modos de hacer política) de un patrocinio de parentesco, casi territorial, esa parece ser la herencia recibida del pasado”.¹⁵ La *asabiya* es, precisamente, aquel principio de solidaridad al interior de la religión, según el cual el hombre está llamado a actuar en defensa de los demás miembros de la tribu, de sus aliados, de sus protegidos y de sus huéspedes; y todo ello al margen de la justicia o injusticia de los actos que la causaren.

Es por estas razones que el interrogante que Emanuel Pfoh se formula en su trabajo “¿Es posible la democracia occidental en Medio Oriente?”, encuentra, en la conclusión de su propio autor, una respuesta que “se torna explícitamente negativa”¹⁶.

Desgraciadamente, el período actual está caracterizado por la reislamización de muchos pueblos árabes y la exacerbación del fundamentalismo islámico, sobre todo a partir de la irresolución de la cuestión palestina, y más tarde las invasiones a Afganistán e Irak, de lo que fueron centralmente responsables las potencias occidentales. Otro agravante del problema es el doble estándar que utilizan algunos países desarrollados, a instancias de los EE.UU., para medir los comportamientos de los actores regionales. Así, se amenaza a Irán para que deje de producir uranio, pero no a Israel para que desactive sus bombas nucleares. O se acude al Consejo de Seguridad a raíz de las ocupaciones de Siria en Líbano, Irak en Kuwait, Libia en el Chad, Sudán en Darfur, pero no así cuando Israel ocupa territorios palestinos desde hace más de cuatro décadas.

15 Gellner, Ernest, “Tribus y Estado en el Medio Oriente” en “Antropología y Política”, págs. 203-225, Altaya, Barcelona, 1999.

16 Pfoh, en el libro “Sobre el Medio Oriente”, ob. cit., pág. 77.

Zidane Zeraoui, en la Introducción al libro “Sobre Medio Oriente”, afirma que “este resentimiento árabe e islámico se refuerza cuando se publicaron las caricaturas de Mahoma en un periódico danés y que la prensa occidental retomó en nombre de la libertad de expresión, aunque al mismo tiempo se encarcela a un escritor austríaco porque negó el holocausto” (...) “Estas actitudes son las que han llevado al mundo islámico a preguntarse por qué la libertad de expresión se utiliza cuando se trata de ridiculizar al profeta Mahoma, pero no cuando el blanco es la población judía.”¹⁷ Ello reafirma, en Medio Oriente mismo, el sentimiento de que occidente apaña a Israel, mientras tanto mantiene una actitud hostil hacia el Islam.

Más allá de la valoración que se haga de cada una de estas afirmaciones en específico, y sin perjuicio de la posición que cada uno adopte ante el conflicto de Medio Oriente, lo que estos procedimientos están demostrando es la manifiesta negación por parte del poder occidental a interpretar el sentimiento más profundo de las comunidades islámicas desde la perspectiva del respeto por su historia, su identidad y su cultura.

Breve pantallazo de la historia político-militar entre Occidente y el Islam

El primer tratado firmado entre el Islam y Occidente es el Tratado de Carlowitz, en 1699: es la primera vez en su historia que el Imperio Otomano pone su atención en la organización militar occidental. En 1774, el Imperio es derrotado en Crimea a manos de los rusos, y, a excepción de la incursión de Napoleón en Egipto en 1798 y su posterior expulsión por parte de Lord Nelson, todas las acciones violentas contra el Imperio Otomano fueron hechas por Rusia, hasta la conquista de Moldavia en 1807. Llegamos así a la Primera Guerra Mundial, cuando el Imperio Otomano se plegó a la Alianza conformada por Alemania, Italia y Austria, y fue derrotado (¿?) en Gallipoli, en 1915. Más tarde, el coronel T. E. Lawrence (“Lawrence de Arabia”) apresuró la sublevación de los árabes contra los turcos otomanos. Como consecuencia del debilitamiento del Imperio, Kemal Atatürk, el primer presidente de Turquía, abolió el sultanato y renunció a la idea imperial, hasta que finalmente cae en 1924.

Excede el propósito de este trabajo detallar la historia reciente del conflicto árabe-israelí. No obstante, trataré de señalar sólo aquellos puntos nodales que necesariamente deberían atenderse si se busca, por una parte, comprenderlo, y, además, sugerir alguna línea de trabajo en pos de su atenuación.

En 1908 comenzó a funcionar el primer pozo de petróleo de Medio Oriente. La importancia de la riqueza petrolera de la región es advertida con intensidad por las potencias europeas a partir del proceso que llevó a la Primera Guerra Mundial. Es así que el Pacto de la Sociedad de las Naciones contenido en el Tratado de Versalles de 1919, estableció un preciso Sistema de Mandatos sobre los países y pueblos árabes de la región, que hasta ese momento permanecía bajo el dominio del Imperio Otomano, aliado de Alemania. La Primera Guerra Mundial modifica el mapa político de Medio

Oriente, y configura un nuevo sistema, entre cuyas consecuencias se destaca la internacionalización del conflicto árabe-israelí.

El episodio conocido como la ‘Revuelta Árabe’ contra los turcos otomanos se había iniciado en 1916 bajo el mando de Husayn, jerife de La Meca, quien sería más tarde reemplazado en ese rol por uno de sus hijos, el príncipe Faysal. Faysal se asentó en Damasco, capital de Siria, y desde allí intentó conformar en la península árabe un gran estado árabe, con la anuencia del General Lawrence, enviado del gobierno francés. La iniciativa chocó contra el acuerdo secreto entre Francia e Inglaterra, el Pacto Sykes-Picot¹⁸, que dividiría los dominios turcos sobre el Medio Oriente en dos esferas de influencia. El general Lawrence hizo todos los esfuerzos para que Faysal concurriera en representación de Siria a la Conferencia de Paz que se iniciaría en París, en 1919, e incluso forzó una reunión de éste con el primer ministro francés Georges Clemenceau, pero la prioridad estratégica que significaba para Francia el dominio de la región hizo fracasar la encomiable aspiración de Lawrence y Faysal.

Finalizada la Primera Guerra Mundial, y pese a ciertos reparos del presidente de los Estados Unidos, Woodrow Wilson, Gran Bretaña y Francia influyeron de manera decisiva en el rediseño del mapa europeo, y actuaron fuertemente no sólo sobre Alemania, sino también sobre el Imperio Otomano y los territorios de la península árabe. En ambos casos —Europa y Oriente Medio— crearon nuevos Estados, que expresaron formas jurídico-políticas muy diferentes de las identidades históricas, culturales y sociales de los respectivos pobladores de esos territorios. Tales los casos de Yugoslavia y Checoslovaquia en Europa, o del reino de Irak y el emirato de Transjordania, del que Abdullah, hijo de Hussein y lúcido estadista de la dinastía hachemita, sería el monarca. Así, el Imperio Británico, sin herir los intereses de Francia ni del movimiento sionista, se aseguraría el control de la ruta hacia la India, que era todavía un actor privilegiado de su desarrollo imperial.

En 1920, el general francés Henri Gouraud proclamó el nacimiento del Líbano, como expresión de la afinidad histórica, la proximidad cultural y los estrechos intereses económicos que ligaban a Francia con los cristianos maronitas. No obstante, su independencia formal debió esperar hasta el 22 de noviembre de 1943, y recién el 31 de diciembre de 1946 se retiró del país el último soldado extranjero.

La Segunda Guerra Mundial no impactó en el mundo árabe desde el punto de vista militar, pero sí en la recuperación del manejo de sus territorios, y finalmente, el reconocimiento del Estado de Israel por la mayor parte de la comunidad internacional.

La etapa de la Guerra Fría está marcada por el apoyo de la entonces Unión Soviética a los movimientos de liberación anticolonialista, y también a proyectos como la represa de Assuan, en Egipto, hasta que, a posteriori de la caída del Muro de Berlín, la debilitada Unión Soviética de Mijail Gorbachov apoya, en 1990, la resolución de la ONU que autoriza el uso de la fuerza para repeler la ocupación de Irak en Kuwait. La situación “post-11 S” enfrenta nuevamente a Rusia y Occidente, en la decisión de demorar la relación con Turquía, ocupar Afganistán e Irak y amenazar al ré-

18

Por sus firmantes Mark Sykes, por Gran Bretaña y Charles-George Picot, por Francia.

gimen iraní. Más cerca en el tiempo, sobresale las posiciones diferentes en cuanto a la frustrada intervención militar de los EE.UU. en Siria, en el segundo semestre de 2013.

Fundado por Ciro hace casi tres milenios, el Imperio Persa fue acumulando una grandeza tal, a lo largo de sus conquistas, que le deparó un sentimiento de superioridad respecto de los otros pueblos de la región, especialmente los árabes. A diferencia de otros estados de Medio Oriente, Irán —que hoy ocupa su territorio— es el país que cuenta con un mayor número de musulmanes shiítas en todo el mundo: el 90 % de sus 65 millones de habitantes profesa el shiísmo. Por su parte, la revolución Islámica de 1979, encabezada por el Ayatola Jomeini, puso de manifiesto el componente fundamentalista, que funciona como fuente de inspiración de muchos musulmanes, en su relación con Occidente. Todo esto lo ha convertido en un actor muy relevante en el panorama regional.

En las últimas décadas, la República Islámica de Irán ha oscilado entre la religión y el interés nacional. La intención del Ayatola Jomeini fue edificar en la región una comunidad musulmana unificada, pero la guerra con el Irak de Saddam Hussein —entonces sostenido por los EE.UU. para frenar al fundamentalismo islámico iraní— y luego su muerte en 1989, detuvieron aquel proyecto que tenía mirada geopolítica. Desde entonces fue adquiriendo mayor preponderancia el concepto de interés nacional, hasta que, actualmente, la cercanía ideológica y el mutuo apoyo que se tributan el líder político Mahmmoud Ahmadinejad y el líder religioso el Ayatola Jamenei, configuran una síntesis de unidad político-religiosa que proyecta a Irán como un país con una fuerte influencia dentro y fuera de la región.

Los ocho años de gobierno de Ahmadinejad estuvieron caracterizados por una fuerte proclama ‘anti-occidental’, que tuvo como principal eje de conflicto su relación con los EE.UU., en torno de su Programa Nuclear, en principio, para usos pacíficos, aunque la encendida retórica de Ahmadinejad se convertiría en excusa para considerarlo una amenaza para ‘occidente’.

La llegada a la presidencia de Hassan Rohani, en agosto de 2013, ha supuesto el inicio de una nueva etapa que el propio presidente ha denominado como un Gobierno de “la esperanza y la prudencia”. Rohani es tildado de centrista y pragmático, y para una parte de la sociedad iraní puede ser el hombre que lleve a cabo las reformas necesarias para crear una sociedad más permisiva, de manera progresiva pero eficaz. En efecto, tras los ocho años de Ahmadinejad, la nueva administración ha querido marcar un antes y un después. El primer objetivo que trazó Rohani fue lograr una mejora en la situación económica, la cual, a partir del aislamiento financiero impuesto por los EE.UU., colocó a las cuentas públicas en una situación difícil.

Su estrategia ha sido plantear una mejora en el tono de la relación con los EE.UU., apuntando a que sean levantadas las sanciones económicas. Luego de asumir, mantuvo una conversación telefónica con el presidente estadounidense, Barack Obama, casi 34 años después de que ambos países rompieran relaciones diplomáticas. A partir de ese momento, se pusieron en marcha una serie de reuniones entre la República Islámica y el G5+1, grupo formado por China, Rusia, Estados Unidos, Francia y Reino Unido más Alemania, con el objetivo de alcanzar una solución nego-

ciada al ‘tema nuclear’. Finalmente, el acuerdo entre Irán y el Grupo 5 + 1 se firmó en Viena en julio de 2015, y entró en vigor definitivo el 16 de enero de 2016, cuando la OIEA confirmó que se habían cumplido los requisitos para que le fueran levantadas las sanciones internacionales que se habían impuesto a ese país. Esto representa un gran paso tanto para el futuro rol de Irán en la región como para las relaciones entre Washington y Teherán y un desafío para las relaciones tradicionales de Estados Unidos en la zona. Se abre así la puerta a la liberación de activos financieros iraníes congelados en el resto del mundo por un valor de entre 45.000 y 90.000 millones de euros.

El otro eje relevante ha sido la aparición en escena de la organización fundamentalista denominada Estado Islámico (en árabe: دولة الإسلامية, *al-Dawla al-Islāmīya*; El por sus siglas en castellano, también IS por las inglesas), de naturaleza yihadista suníta. La nueva realidad que plantea el EI constituye un elemento adicional en la negociación entre Irán y los EE.UU., ya que ambos, (aunque por distintos motivos) mantienen un interés común en eliminar a la organización extremista que ha declarado la constitución de un Estado Islámico (Califato) en el Levante, que comprende algunas regiones de Irak y de Siria. En este sentido, si bien la retórica del gobierno iraní contra occidente, se ha moderado respecto de la época de Ahmadiyad, tampoco ha desaparecido. Recientemente, en su discurso en la Asamblea General de Naciones Unidas, el presidente Rohani aseguró con relación al surgimiento del “EI” que los “errores estratégicos” de Occidente convirtieron a Medio Oriente “en un paraíso para terroristas y extremistas” y “la agresión militar contra Afganistán e Irak y la inapropiada interferencia en el desarrollo de Siria son ejemplos claros de este abordaje estratégico equivocado en Medio Oriente”¹⁹. “Otro error, señaló, fue intentar “exportar la democracia” como si fuera un “producto” que puede llevarse fácilmente de un lugar a otro. “En una sociedad subdesarrollada, la democracia importada sólo lleva a Gobiernos débiles y vulnerables”. Asimismo, aseguró que “la violencia está ahora generalizada a otras partes del mundo como una enfermedad contagiosa”. La pasada experiencia con Al Qaeda, con el Talibán “y los modernos grupos extremistas”, dijo Rohani, demuestran que no se puede usar a esos grupos para oponerse a un Estado “y permanecer inmune a las consecuencias”. “La repetición de esos errores, a pesar de tan costosas experiencias, es desconcertante”.

La preponderancia regional de Irán se acentúa a partir de la remoción de dos de las amenazas más importantes a la seguridad de los Estados Unidos, como Afganistán e Irak. Al mismo tiempo, la presencia de un gobierno pro-shiíta en este último país, torna la relación entre ambos gobiernos —Teherán y Bagdad— más amigable cultural y religiosamente. Este régimen híbrido en Irán, entre fundamentalista y democrático, rompe con los moldes clásicos.²⁰ Cuando, en septiembre de 2006, Ahmadiyad manifestó que ‘Israel debería ser borrado del mapa’ y que ‘el Holocausto-

19 <http://www.lanacion.com.ar/m1/1730204-hassan-rohani-en-la-onu-ciertos-paises-ayudaron-a-crear-el-extremismo-y-ahora-son-incapaces-de-frenarlo>

20 Centro de Investigación para la Paz (cip): Cartografías del poder: hegemonía y respuestas. Anuario cip 2005, Icaria, Barcelona, 2005

to no es más que un mito’, sus palabras llevaron desconfianza y alerta a Occidente, ante la idea de que Irán provea apoyo a grupos violentos como Hamas o Hizbola, convirtiendo la cuestión del desarrollo nuclear iraní en un tema de máxima preocupación. Como afirma Zidane Zeraoui, “Los acontecimientos en Medio Oriente han llevado a Irán a ocupar un lugar central en la geopolítica regional. En el Líbano, su influencia con Hezbolá impide la elaboración de una solución sin su consentimiento. En Siria, parece que la opción más viable para los intereses de las potencias occidentales es la permanencia en el poder del aliado de Teherán, Bashar al Asad. La supervivencia del gobierno chiita iraquí se debió más al apoyo de Irán y al rol de las milicias que a la presencia de las tropas de los EE.UU.²¹ .

En estos momentos, es Siria quien se presenta como una contrafigura de Irán en el plano regional, dado que posee un gobierno laico, también nacionalista, encabezado por el Partido Socialista Ba’th. Sin embargo, ambos convergen en su respaldo a Hizbola como presión a Israel. En el marco de aquella oscilación de Irán —que fue mencionada más arriba— entre la religión y el interés nacional, es posible que “donde Teherán no pueda hacer uso de su identidad persa, shiíta y fundamentalista, se empiece a consolidar su carta como potencia nacional”²².

Siria se encuentra actualmente en una contienda civil entre las Fuerzas Armadas del gobierno del mandatario Bashar Al-Asad, perteneciente al Partido Baath Árabe Socialista, y diversos grupos armados. El conflicto ha dejado hasta el momento más de 200 mil muertos, de los cuales 40 mil son víctimas civiles. Además, dejó más de tres millones de refugiados y la mayoría de las ciudades devastadas. A partir de marzo de 2011, mientras lo que los medios hegemónicos denominaban la ‘primavera árabe’ se desarrollaba en países como Turquía, Libia y Egipto, las calles de las ciudades sirias comenzaban a ser escenario de las primeras movilizaciones.

La intervención militar de los EE.UU. en Irak que destronó al régimen de Saddam Husein, rompió un delicado equilibrio político regional sostenido durante décadas, en favor de los chiíes. Esto incrementó la resistencia social a la ocupación, y creó el campo fértil para la acción radicalizada de Al Qaeda. Se acuñó, a partir de aquel momento, el concepto de la Media Luna Shía, que se extiende de Irán al Líbano, pasando por Irak y Siria

Los ataques a Siria con el propósito de derrocar a su Presidente Bashar Al Asad, fueron, en un principio, financiados y abastecidos en términos de armamentos por grupos de poder formales e informales de los EE.UU. Pero, una vez demostrada su impotencia para desalojar a Al Asad, se desplazaron hacia la formación del Estado Islámico, un grupo numeroso de combatientes altamente entrenados y pertrechados -en un 85% de origen francés, alemán o británico- que busca instalar un califato

21 Zidane Zeraoui, El regreso de Iran: del eje del mal al acuerdo con EEUU, Revista Nueva Sociedad 257 mayo-junio 2015

22 Cantú, Gabriela y Bahena, Adelia, “Irán y el equilibrio nuclear regional”, en “Sobre Medio Oriente”, ob. cit., pág. 224.

sunni, poniendo una vez más en peligro aquel delicado balance de poder que expresa la ‘Media Luna Shía’.

En el plano internacional, debe destacarse que el gobierno chií de Assad es apoyado por Irán que históricamente ha luchado por ganar influencia en la región. Una toma de control sunita alteraría el delicado equilibrio de fuerzas, y el corredor chiíta de Irán, Siria y la organización terrorista libanesa Hezbollah perdería su poder. Con las mismas razones, Arabia Saudita y Qatar han brindado apoyo financiero y logístico a los rebeldes sunitas pues de esta manera Siria se convertiría en un estado sunita, lo que cambiaría el equilibrio geopolítico del poder en el Medio Oriente a su favor.

Sin embargo, los jugadores principales en este conflicto son Rusia y los EE.UU. Rusia desde el comienzo del conflicto ha apoyado a Assad, ya que tiene su único puerto en el Mar Mediterráneo en la ciudad siria de Tartus —el único puerto marítimo de Rusia, que no se encuentra en un antiguo territorio de la Unión Soviética y por lo tanto de importancia estratégica vital. Una toma de control suni podría tener, por ejemplo, un impacto en los musulmanes del sur de Rusia y así desestabilizar la región. Además, la política exterior de Rusia también se rige bajo el llamado “juego de suma cero”, en donde decisiones como ésta se toman para demostrar su propia fuerza, pues el hecho de que EE.UU no gane representa un éxito para Rusia.

Al mismo tiempo, los EE.UU. hasta el surgimiento de el Estado Islámico venía apoyando con fuerza a los insurgentes sunitas para derribar al gobierno chiíta de Asaad y así debilitar a la alianza Irán-Siria-Hezbollah, principal enemigo de Israel (aliado número uno de EE.UU en Medio Oriente). Sin embargo, la intervención armada y toma de control de parte del ‘Estado Islámico’ de parte de territorio sirio ha generado que Estados Unidos deba rever su estrategia en el conflicto interno sirio, ya que si pretende combatir el avance de EI, según ha dado muestra en este sentido mediante ataques aéreos y aviones no tripulados, de alguna manera, debería dejar de intentar debilitar a las fuerzas de Al Asad tal como venía haciendo hasta hace pocas semanas. Por el contrario, todo pareciera indicar que ya existen acuerdos informales que le permiten a Estados Unidos continuar con ataques aéreos sobre territorio sirio, sin que esto implique algún tipo de respuesta de parte del ejército sirio. Esto lleva a la presunción de que el conflicto con el Estado Islámico pone alguna suerte de paréntesis en la guerra civil en Siria. A partir de esto, al igual que lo que ocurre con Irán, podría visualizarse algún intento de legitimación de Al Asad frente a las potencias occidentales, lo cual, como contraprestación a su colaboración en el combate al EI, pueda recibir un cierto apoyo de estos países de occidente para permanecer en el poder.

Pese a ser firmante de diversos tratados prohibitivos de la producción y uso de armas nucleares²³, en febrero de 2003, Irán confirmó su plan de investigación nuclear y enriquecimiento de uranio, como factor de equilibrio frente al desarrollo nuclear de sus vecinos como Israel y Pakistán. Pero el objetivo fundamental es prevenir la presencia regional que los EE.UU. ejercen, a través de sus bases militares —y

23 Tratado de No Proliferación Nuclear, Convención de Armas Biológicas y Tóxicas, Tratado Comprensivo de Test Ban y Convención de Armas Químicas.

políticas— en Israel, en primer término; en Irak y Afganistán, en segundo término; y en Arabia Saudita, en tercer término. En este último caso, se mantiene una relación variable, pero de mutua necesidad. Es así que “han acordado estar en desacuerdo en el conflicto árabe-israelí, sin que ello afecte su cooperación en los puntos clave de dependencia”²⁴, como el petróleo, las bases militares, la contención de otros actores políticos de la región y el control de la intensidad del propio conflicto árabe-israelí. En este sentido, no pocos autores, como Joseph Cirincione o Amin Taheri, sostienen que para la facción dominante de la administración Bush, el problema en la relación de los EE.UU. con Irán no era sólo la eliminación de la capacidad nuclear iraní, sino la eliminación lisa y llana de su régimen político.

Hablar de Irán supone, además, no prescindir de los dos colosos que lo circundan al norte y al oeste respectivamente, Rusia y China, todos ellos civilizaciones milenarias e imperiales. Para Rusia, Irán representa un peligro nuclear mucho menor que para los EE.UU. En contraste, Irán y Rusia cooperan estrechamente en el enriquecimiento de uranio y mantienen una fuerte interdependencia energética y comercial. Para China, su condición de proveedor de armas a Irán y el intercambio comercial, en canje por el abastecimiento a su creciente demanda energética, lo torna un aliado en pos de contener la presencia regional de los EE.UU. Es por estas razones, que tanto Rusia como China se han negado categóricamente a la aplicación de sanciones en contra de Irán, en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Siendo Rusia el mayor inversor en la industria nuclear iraní, y China su principal comprador de energía, ninguno de los dos está dispuesto a sacrificar sus intereses nacionales por los de Occidente.

Mientras tanto, el rol de Europa ha consistido, hasta ahora, en ejercer una prudente intermediación diplomática que evite la confrontación directa, y permita el monitoreo de la actividad nuclear iraní por parte de la Agencia Internacional de Energía Atómica (AIEA). En términos de esa prudencia, y en divergencia con la lógica puramente confrontativa, su Director General, Mohammad El Baradei, ha expresado que “debemos modificar nuestra idea de que el diálogo es un premio por el buen comportamiento. Se necesita diálogo cuando existe un mal comportamiento, porque la función del diálogo es cambiar el comportamiento”.

Debe quedar muy claro que, detrás del enunciado de Washington en torno de la democracia, los derechos humanos y la prohibición nuclear, se esconde el verdadero objetivo del control estratégico de la región. Si no fuera así, no existiría la doble cara de que lo que se condena a algunos países se le consiente a otros. Tanto Israel como China ostentan sobradas demandas internacionales de violación de derechos humanos, y sin embargo son, respectivamente, aliados político y comercial de los EE.UU. En el mismo sentido, Israel y la India atesoran ojivas nucleares listas para ser activadas, sin recibir reproche alguno, como sí lo hacen con Irán.

“Peligro extremo para la comunidad mundial”, como sostiene Occidente; “desarrollo soberano inalienable de un pueblo a asumir su desarrollo”, como sostiene

Irán, el régimen nuclear iraní responde a un proceso histórico y cultural vinculado con el interés nacional de un pueblo, con su propósito de ejercer influencia regional y disuadir la presencia de los Estados Unidos, en pos de un mayor equilibrio de fuerzas; y, al fin y al cabo, desenmascarar el doble estándar de Occidente al ponderar un mismo hecho —en este caso el desarrollo nuclear— como una virtud o una amenaza, según sea protagonizado por uno de sus aliados o por uno de sus ‘enemigos’ políticos. Un doble estándar que contribuye mucho a la creación de grandes fortalezas, y en nada al respeto de las identidades culturales o religiosas, a la comunicación de civilizaciones, ni al equilibrio de poder y la paz en el mundo.-

Acerca del derecho, la enseñanza, la formación en el ejercicio profesional y otras yerbas

Por Homero M. Bibiloni¹

1.- Aclaración previa

La presente nota de opinión, resume aportes realizados previamente en diferentes instancias² con sus respectivas actualizaciones, la propia experiencia como docente, extensionista (no precisamente del derecho) algunos intentos de investigación, y al haber ejercido diferentes perfiles del quehacer profesional a lo largo de muchos años desde la matriculación, y pretende (sólo pretende) mirar al derecho desde la propia subjetividad valorativa en 360°, es decir el derecho en su integración social, la facultad- nuestra facultad-, la enseñanza, indicar lo que creo que no funciona, pensar el futuro previsible o el presente acuciante que parece exigirnos o decirnos o dar señales que como enseña la historia, deben advertirse para orientar nuevos caminos, en tanto incidimos en el presente conociendo el pasado para proyectar un mejor futuro, que es lo que sólo podemos construir.

Quizás corresponde agregar que el haber sido funcionario nacional, provincial y municipal, militando siempre políticamente, permite dimensionar el funcionamiento del derecho desde otro lugar, en la perspectiva de como suma, aporta, obstaculiza, o dinamiza al logro de los cometidos públicos en el marco de la legalidad propia del estado de derecho.

1 Abogado. Especialista en Derecho Administrativo y Ambiental (UNLP y Universidad del País Vasco). Docente de Grado y Postgrado en las materias de su especialidad. Ex Director de la Especialización en Derecho Administrativo Universidad de La Matanza. Director de la Especialización en Derecho Ambiental Facultad .Cas. Jurídicas y Sociales de la UNLP. Titular Derecho Ambiental UNAJ. Docente en cursos del Consejo de Magistratura de Nación y Provincia. Conjuez de Cámara. Juez Administrativo de la OEA. Ex Consejero por mayoría del Claustro Docente en nuestra Facultad, ex Secretario de Instituto B. Fiorini .Miembro de Comisiones Asesoras en la FCJYS UNLP; Comunicación Social, UNAJ para concursos de Adjuntos, Titulares, JTP. Ejercicio de la Profesión desde 1976 a la fecha salvo en los períodos de funcionario público. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo 2014. Integrante de ALADA. Coordinador de Proyectos Ambientales y Productivos del CFI y del PROFIP. Capacitador de cursos financiados por el BID. Asesor Ad honorem de la Federación Argentina de Municipios. Subsecretario de Recursos Naturales, Biodiversidad, Investigación y Relaciones Institucionales (SAyDS 2003-2006) Secretario de Ambiente y Desarrollo Sustentable (SAyDS) de la Jefatura de Gabinete de Ministros de Argentina (2008 a la fecha). Presidente de la ACUMAR (2008-2010) Ha confeccionado numerosas trabajos y publicaciones nacionales e internacionales. Autor del Libro AMBIENTE Y POLITICA. Ed.Rap.2007. Consultor de la PGE de la República Plurinacional de Bolivia. Estudio bibiloni@estudiodelaplaza.com.ar www.estudiodelaplaza.com.ar

2 Foro de Profesores de Derecho Administrativo en Convenciones de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, publicaciones de ANALES de nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, diversas charlas y debates en diferentes lugares del país .

2.- Políticas y derecho como dato social y universitario

Es curioso que escuchemos una y otra vez en las aulas que se diga, “..No eso no!!!, no estamos hablando de política y nuestro tema es jurídico...”, “ ese es un planteo político..”, “..acá no venimos a hacer política sino a estudiar..” y otros tantos des-conceptos por el estilo, porque si hay un ámbito que a través del tiempo es y será político es la Universidad, sus estamentos se constituyen desde la política, y el derecho cristaliza en normas la ideología del poder de turno, iniciando por la Constitución.

Por ello ignorar este dato social inescindible al ser humano al hablar de derecho, no sólo es negar la realidad, sino adoptar una posición política al prohibir lo político, lo cual amen de esconder el necesario debate, defiende el estado de las cosas actuales impidiendo su cambio (típico de pensamientos conservadores y de la derecha liberal ciertamente además poco democráticos), descalificando la política en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales es desoír la importancia que la propia Constitución le da a los partidos políticos en la gestión de la democracia y a la libre expresión de las ideas sin restricción alguna.

3.- Escenarios modernos

El derecho es quizás en mi perspectiva, la disciplina que más tarda en adaptarse a la dinámica de los tiempos, sus actores no están en la idea de anticipación de los hechos para su regulación, sino contrariamente visto los desbordes de lo previsible, regular luego las controversias.

Existen nuevos conflictos de enorme impacto macro, pero el derecho estudia el caso, lo micro. V.gr. aspectos de lo macro hoy relevantes: Lo genético, la informática, la supranacionalidad creciente, el consumo orientado, lo ambiental, la diversidad, la problemática originaria, etc.

Estos temas incluyen miles o cientos miles de iguales, pero no los tomamos con la relevancia de impacto que tienen, porque consideramos las causas (simbólicamente expresadas) Arroyo c/ Ríos o Ticio c/Mevio.

4.- En un mundo de riesgos el derecho marcha como anteojeras

Vinculando el punto anterior, al presente recordemos que las Naciones Unidas en una publicación que no ha perdido vigencia³ Know Risk (Ahora Riesgo)⁴ demuestra como nuestro planeta está envuelto en un riesgo creciente para la vida del hombre, del funcionamiento de los ecosistemas e igualmente de las otras maravillosas formas de vida en la casa común (un punto insignificante en un inmenso universo) y de los hermanos de la naturaleza. Siendo esto así, parece sensato pensar que hay que ponerse a pensar cómo debemos evitar crear más riesgos, de suceder como los mitigamos y luego los encauzamos para que no se repitan.

3 En realidad la situación es peor hoy que en la fecha de su publicación.

4 Know risk - UNISDR <https://www.unisdr.org/we/inform/publications/654>

El derecho funciona con la siguiente lógica de opciones:

Trabajar sobre la Prevención	Trabajar sobre la Consumación
Ex – Ante	Ex –post

Sólo que a diferencia de otras prácticas del hombre mucho más sabias, en el derecho sólo potenciamos el desarrollo y estudio de los conflictos, es decir el **EX POST** como casi una constante.

La Medicina trata de contener el conflicto médico a través de barreras establecidas estratégicamente y en sucesión dentro del territorio (unidades sanitarias, hospitales de baja, media y alta complejidad, generales o especiales). Para las inundaciones, a manera de otro ejemplo, se hacen canales, terraplenes, muros, servidumbres de inundación, esquemas de alertas tempranas meteorológicas, de las crecidas etc., es decir se previene el problema o se trata de hacerlo de múltiples maneras. Cuando miramos los programas de estudio y las prácticas profesionales en general⁵ se advierte que todo está pensado en entrenar para el litigio, y no para la abogacía del “anti-conflicto”, lo cual supone formaciones distintas, pero nosotros tenemos una sola y básica. Nos preparan para la “guerra judicial” en culturas adversariales y no cooperativas.

6.- Los perfiles profesionales son más que los estereotipos actuales

Pese a que el modelo formativo es para:

- el abogado que litiga en el foro
- o el Juez,

Hay muchas otras opciones que van ganando terreno en la realidad profesional pero curricularmente desatendidas:

- Consultoría en el sector público.
- Consultoría en empresas.
- Investigación jurídica social.
- Abogados de prevención.
- Funcionarios o empleados públicos con incumbencias jurídicas.
- Interacción con otras disciplinas en tareas transversales.

Con lo cual en lugar de alentar una diversificación profesional con los contenidos (y mejora consecuente), se persiste en los núcleos duros tradicionales, generando profesionales en las mismas experticias (más de lo mismo) las que aparecen ya

5 Con la obligatoriedad de la mediación hoy se trata de poner un dique al juicio, con muchos colegas que la ejercen, pero en la antesala del mismo o podríamos decir como condición necesaria para su promoción.

abarrotaadas con colegas peleando por los mismos y escasos espacios profesionales existentes, lo cual la crisis actual (2016 en adelante) los disminuye de manera alarmante.

7.- **Conjugar de los pilares del sistema universitario durante la carrera**

Docencia, investigación y extensión

El sistema actual solo tiende a la docencia estructurada, formal⁶, repetitiva, enciclopédica, y ahistórica⁷, casi sin rigor crítico. De allí que deba generarse algún tipo de estimulación para la investigación y la extensión que puede darse con algunas “muestras” simbólicas de tales temas durante la cursada asignable a equipos de alumnos, en forma interactiva, o bien trabajos prácticos en cursadas que obliguen a los alumnos a instalarse en el campo de la realidad⁸ y que vean como sus conocimientos pueden canalizarse para resolver los problemas donde ellos se reconocen. Es decir pasar de observadores de un relato ajeno, del caso Ticio y Mevio citado, a uno que los alumnos pudieron resolver por sí con realidades concretas.

Los problemas están fuera del aula, con lo cual hay que ver la forma -sin descompensar cargas horarias- de que el alumno vaya al territorio -en sentido amplio- a conocer el problema y luego decodificarlo jurídicamente para traerlo como un dato elaborado, rico en diversidad y dinámica nuevamente al aula, a su trabajo concreto, dentro del marco del proceso educativo, retroalimentando virtuosamente el ciclo del conocimiento.

De esta manera habrá una cuota-parte de investigación y algo de extensión durante el grado, sintetizando la tríade de las misiones universitarias.

8.- **ENSEÑANZA Y FORMACIÓN**

8.1.- **El positivismo sin contexto y la inexistencia de valores**

En algún momento he señalado que nos hemos acostumbrado a un mundo jurídico construido en el paradigma kelseniano, olvidando no sólo los valores⁹ y

6 En ello la falsa apoliticidad del esquema liberal de formación hace lo suyo. Se descalifica por la introducción de la política en las ciencias, a todo aquel que sí explicita su ideología, dado que este pone al descubierto que el sistema instalado tiene una ideología y que no es objetivo, sino que sirve a un modelo de intereses delineado por cada sociedad en su tiempo. Pero esto para el sistema es inaceptable.

7 Se puede mencionar el año de tal instituto o ley, pero no se ubica estos conceptos jurídicos en el proceso histórico en el cual discurre.

8 Incluyendo como posibilidad un sistema inédito de trabajos prácticos para más de una materia. Recuerdo que si bien en post grado dimos clases conjuntas con el Dr. Felipe Fucito. Luego fue imposible por diferencias en las correlatividades y horarios.

9 La Teoría Ecológica de Carlos Cossio no prima en el conocimiento de los alumnos ni en la formación posterior al inicio. (Se alude a ella en Introducción al Derecho en donde el alumno apenas si escribe razonablemente un texto cualquiera).

que el derecho no ha nacido de un repollo o de alguna alquimia extraña al ser social y político de los hombres, antes bien ha surgido de su seno socio político.

8.2.- El derecho y el tiempo

Es una obviedad que el tiempo sucede, transcurre (al menos en nuestra dimensión) y por tanto la historia se prolonga, pero la temporalidad de nuestra carrera es la misma, lo mismo su estructura, salvo recientes modificaciones, la que ha perdurado casi igual por los últimos 50 años. Si los programas cambian poco es una simple ecuación de espacios: si no sustituyo contenidos o reduzco para agregar otros, siempre se estudiará lo más distante en el tiempo sin analizar lo más cercano al presente, descartando cuestiones posibles del futuro predecible. Es decir un pasado con baja incidencia por cuanto la evolución de lo que sucede es cada vez más rápida versus un presente y futuro dinámico y urgente.

Es decir la “manta” es cada vez más corta para abarcar más tiempo, temas, contenidos, leyes, fallos y problemas, de lo que se trata entonces es de prioritar barajando y dando de nuevo en lo que deba efectivamente sea necesario cubra la eterna y mencionada ”manta corta”.

8.3.- La otra parte del proceso educativo de alumno

Pocas veces nos preguntamos por el otro, quién es, qué quiere, para qué viene, qué sabe, qué necesita, cómo podemos ayudarlo, y la mirada es casi desde la lógica de sus obligaciones que no está mal pero es sólo una parte, y no la mayor, de la ecuación de un aprendizaje que siempre es compartido. Bien lo enseña Paulo Freire en la diversidad de sus publicaciones, siempre tan vigentes aunque tengan algunas 40 y más años.

8.3.1.- La experiencia del Destinatario

Con alumnos que oscilan entre los 18 y 25 años en la carrera¹⁰, podemos decir por experiencia (sin validación científica) que:

- La mitad son de La Plata, con lo cual hay un porcentaje supuestamente alto del Interior de la Provincia de Buenos Aires con realidades muy diferentes a La Plata.
- Muchos no trabajan sólo estudian (lo pregunto cada vez que inicio una cursada y no hay hijos ni de trabajadores rurales, ni de operarios industriales, son clase media en general).
- Dada las tendencias actuales, salvo los del interior, los platenses viven con los padres, con lo cual ciertas cuestiones de la vida diaria no se asumen en su totalidad por que están resueltas por la propia estructura del hogar.

10

Y que continúan ingresando en números más que significativos, en el orden de cerca de 3.000 años.

- No están acostumbrados a escribir¹¹, lo cual es paradójal ya que el eje de la vida del abogado es escribir derecho.
- Sus situaciones de vida hacen que no conozcan de trámites, ni peticiones, seguimientos, ni gestiones personalizadas, con lo cual su comunicación es más de tipo social que de vida comunitaria (todas son aplicaciones, cargas, respuestas automáticas, etc.)
- Es decir que la experiencia formal y sustancial del alumnado es baja en relación al derecho y su ejercicio cotidiano del hombre/mujer ciudadano/a de “a pie”.
- Desde una estimación socio regional, el grueso no utilizará muchas normas de carácter nacional, dado que viven en Provincia de Buenos Aires, con lo cual aplicarán muchos derechos locales, pero el grueso de programas y bibliografía tienen contenidos nacionales aún en temas donde la cotidianeidad profesional y normativa aplicable será la provincial o municipal. ¿Curioso no? En realidad no, porque esto tiene la lógica de quienes escriben, del negocio editorial, en donde es mejor generalizar algo que sirva a todo el país, que trabajar sobre temas locales de un país FEDERAL !!!!, en donde entonces tampoco es fácil que afloren los aportes locales en su sentido más amplio.¹²

No obstante todo el sistema de enseñanza está basado en relatar cosas que no se explican desde los datos de la experiencia del alumno, sino desde lo racional y en el nivel de conocimiento del docente. De esta forma es mucho más difícil generar una doble incorporación que supone “entender” el dato intelectual y novedoso que se le propone, e intentar bajarlo a una experiencia que eventualmente posea para incorporarlo a su bagaje de conocimientos operables. Ello en lugar de pensar cuáles son sus experiencias y a partir de las mismas construir la comprensión del nuevo concepto que se transmite en el aula.

La enseñanza de perfiles europeos por origen, avanza sin incorporar lo que la experiencia oriental (que siempre trabaja sobre ejemplos reales o imaginados) o las propias poblaciones originarias proponen y hacen, con singular éxito temporal que hacen del pasado algo conocido a lo que suman la sabiduría de los mayores, creando la plataforma de la enseñanza con sentido siempre práctico y presente. No como elementos de “museo”.

11 Lo que verifico en el inicio de las clases, al pedirle que redacten una nota de petición ante una autoridad administrativa, y son realmente muy pobres, por no decir desalentadores. Y por otro lado hoy la comunicación es corta, telegráfica, cargada de elementos visuales posibilitando por las nuevas tecnologías.

12 Convergamos que hay esfuerzos platenses enmiendables LEP, Scotti, etc.

8.4.2.-¿Repetir o Entender y/o Saber y/o Buscar y Aplicar conceptos al caso?

El desafío de la enseñanza es aquel que confronta repetir con pensar:



O superar el esquema del alumno buzón, donde el docente hablar y su mensaje es una carta que llega al “alumno buzón”, aunque no sabemos si esa carta llegará a un destino cierto.



Por lo tanto hay que definir claramente cuál es la prioridad a partir de estos dilemas, para lo cual si realmente necesito comprensión (como una opción elegible) se debe:

- interpretar la complejidad.
- Utilizar el proceso inductivo/deductivo de la norma al caso y del caso a la norma.
- Facilitar visión crítica de la situación regulada en función del tiempo histórico.
- Ubicación del dato jurídico en contextos geopolíticos y económicos mayores: necesidades del país, de la región o del área.
- Integrar normas y valores en contextos.
- Poder responder las preguntas básicas: en qué área de la sociedad se verifica este conocimiento, para que sirve, como se usa, tiene problemas su utilización, cuáles, hay forma de resolverlos? Es decir las preguntas del común, que no están invalidadas para ser desarrolladas en clase, pero eso supone cambiar un poco el cassette repetitivo y arriesgar la polémica, al introducir la discolorada realidad al aula que debe ser “impoluta” para no crear “tensiones”.

Cabe una pregunta que debería ser competencia de verificación de la Se-

cretaría Académica y /o de los Consejeros: si todos los que concursamos a cargos docentes presentamos un modelo de trabajo para las clases, luego ¿se lo aplica? ¿Alguien lo controla? ¿Nosotros mismos lo repasamos? ¹³

Señala Alejandro Nieto aludiendo al valor de la erudición por ella misma ¹⁴
“...se estudian las leyes desde sistemas conceptuales apriorísticos. El objetivo es que los licenciados sepan entender e interpretar las leyes... y que luego en la vida profesional se las arreglen como puedan. Se tiene por buen licenciado al que conoce bien el ordenamiento jurídico y al que mejor sabe interpreta un texto: más no se les exige. Pero del licenciado al abogado hay un buen trecho que es forzoso recorrer en solitario....”

“...Se están fabricando deliberadamente licenciados tullidos, con muchos libros memorizados y ninguna herramienta experimental. Asimetría escandalosa cuando se piensa que los profesores son de ordinario más notables en la práctica profesional que en la teoría especulativa. Reconozcamos que resulta más cómodo resumir en clase media docena de libros abstractos que coger de la mano a los estudiantes y llevarlos por las intrincadas sendas de la práctica...”

8.4.3. ¿Lenguaje o dialecto?

Si se supone que debe mediar comunicación entre docentes y alumnos el dato del medio elegido para comunicarse es clave.

Debe hablarse en un lenguaje común para ser entendido.

No obstante al faltar el anclaje empírico el discurso es desde un dialecto del emisor ubicado en un punto distante y poco comprensible para el destinatario.

Recordemos que esto no es casual, sino hace a un modelo: años atrás los profesores dictaban clases y tomaban examen desde un nivel físico superior al alumno (el de un estrado), y si bien muchas cosas se han democratizado, estos formatos clásicos de transmitir los conocimientos jurídicos mantienen sistemas muy pero muy antiguos. Basta ver algún autor clásico de derecho administrativo (al menos lo que me resulta más cercano) con otro más contemporáneo, y sus obras no guardan demasiadas diferencias.

Siempre desde arriba, es decir como volando a miles de metros de altura del “alumno terrenal”

Sólo Agustín Gordillo impuso desde hace mucho en soledad (ya en su primera versión del tratado) una construcción de la enseñanza distintas al común.¹⁵

13 Podríamos parangonar la propuesta Pedagógica o como se la llame a un Estudio de Impacto Ambiental, en donde se dice que es lo que se hará para lograr ciertos resultados. Y la clave posterior es verificar que esas promesas sucedan. Cuando alguien pone objetivos actitudinales, cognoscitivos, y otros tantos de compleja dicción, se ¿verifican?, siquiera por un sorteo a titulares y adjuntos. Al menos habrá una muestra de lo que sucede pisos más abajo o pisos más arriba del núcleo directivo. Un sistema sin control se desajusta y nunca para mejor (horarios, contenidos, presencias, evaluaciones, etc. etc.)

14 Nieto Alejandro, Lex Nova. Julio Septiembre del 2005 pg. 13

15 Desde los formatos en la forma de presentar su Tratado hasta las actuales ediciones electrónicas.

8.4.4.- El Resultado Obtenible

Volvemos a Nieto⁽¹⁾ al ser sencillamente brillante, profundo y breve. Muchas veces para decir cosas sustantivas no se requieren tratados ni citas de las citas de otras citas. Nos señala lapidariamente:

“¿cómo es posible que se gasten tantos años en la enseñanza de la teoría y tan pocas horas en el adiestramiento de la práctica ?.. Que es lo que luego –se va a hacer el resto de la vida” generando un ejemplo muy didáctico “no puede perdonarse que se envíen al frente reclutas desarmados ...que conocen...las leyes de la balística y estrategia pero que no han disparado un tiro...”. Desde otro lugar pero con la misma lógica Juan Perón decía que la mula del Mariscal de Sajonia había participado de muchas batallas pero no había aprendido nada de estrategia.

8.5.- ¿QUE USA EL DOCENTE?

8.5.1.- Una alta cuota de Informalidad

Con escaso respeto de la propiedad intelectual, en algunos casos se remiten a capítulos surtidos de libros que se sabe son fotocopiados y comercialización en la propia facultad, o alguna copiadora cercana, que reproducen el programa de las materias con carpetones que condensan el contenido cuasi exigible, o preciados secretos de las preferencias de titular o adjunto en tal o cual tema.

Va de suyo, que la ilegalidad se multiplica porque tampoco hay facturas, es decir una ilegalidad al cuadrado, pese a las importantes cifras que se manejan. Pero en la casa del derecho estos detalles jurídicos y tributarios parecen no contar, o todos se hacen los “distráidos”.¹⁶

8.5.2.- Un programa inabordable

La bibliografía es imposible de ser alcanzada, por longitud, tiempo, costos, y en muchos casos dificultad de localización. Se parecen más las referencias a las citas de un tratado para expertos que para noveles aprendices de la disciplina.

Volviendo a lo rupestre, cuando un maestro enseña a su aprendiz en orfebrería (como ejemplo) va paso a paso, progresivamente, de lo más simple a lo más complejo, en forma que escalonadamente pueda incorporar habilidades, y saltar a nuevos desafíos. No le da un cáliz a realizar sino le enseña a trabajar el metal de la manera más simple a la más compleja.

8.5.3. Recursos Adicionales.

Una logística que básicamente sigue nutriéndose del pizarrón y la tiza (¡sí pizarrón y tiza!) y/o muchas veces sin borrador disponible, y a veces pizarrones blancos para fibrones que es una suerte que tengan tinta.

16 Personalmente en su momento desactive dichas carpetas de la Adjuntía de Administrativo II.

La disponibilidad de proyectores, y PC compatibles requiere de una organización previa medianamente compleja para el día a día y no siempre están disponibles, sin la asistencia técnica oportuna para los menos versados en compatibilizar equipos (mi caso dicho uso es imposible, o bien debiendo llevar la propia PC por falta de stock de la Facultad.

8.5.4.- El material Bibliográfico (modelo de imprenta de siglos pasados)

Por tradición, por costo y complejidad editorial, estas no son muy amigas de que se incorporen cosas que no sean textos puros y simples gramaticalmente hablando tales como cuadros, fotos, ni hablar de color, o de anexas un cd con el mismo libro.

Por tanto la comunicación se nutre casi en un 99% del formato gramatical, cuando la comunicación es mucho más que el texto escrito.

Pero además los libros se diseñan verticalmente, es decir de arriba hacia abajo, y pocas veces contienen elementos horizontales, que es donde la visión fija por simple cuestión biológica de nuestro organismo para una mayor amplitud de percepción, lo que podría traducirse en hojas desplegadas, por ejemplo para algún cuadro comparativo importante, o una secuencia histórica prolongada.

Un breve ejercicio para el lector: sin mover físicamente su rostro diga que dice el primer párrafo de esta página y el último. No podrá hacerlo. Si el texto estuviera en horizontal (apaisado si podría, con lo cual su comprensión aumenta.

8.5.5.- Evaluaciones.

Tal como hemos dicho antes de ahora, no forma parte de ninguna carga obligacional real de los docentes el acreditar o demostrar cómo evalúan, cómo diseñan los exámenes para tener alguna idea aproximada sobre el “conocimiento del alumno” en diferentes niveles y campos (sin hacerlo pedagógicamente sofisticado).

De aquí que el alumno puede llegar a responder, conforme la perspectiva del docente, alguna de estas opciones:

- Si memorizó lo que el docente decía puntualmente o sus opiniones sobre los temas, que a veces son priorizadas por los egos de quienes así lo sostienen (“.... ud. no leyó o recuerda que yo dije que.....”)
- Si repitió bien el fallo.
- Si recordó de memoria el texto de la ley sin tenerla a la vista.
- Si razona adecuadamente aunque equivoque la fuente jurídica (¿o acaso eso no le pasa a los jueces cuyas sentencias son revocadas, o cuando hay un cambio de línea jurisprudencial?)
- Si acertó las opciones del sistema de respuestas múltiples.
- Si construye un discurso coherente y con basamentos jurídicos.

- Si brinda una solución creativa.
- Si contesta con libros abiertos preguntas conceptuales.

Es decir que contestar, entender, construir, repetir, acertar, crear, son variadas formas de pasar satisfactoriamente evaluaciones, porque los diseños previos no son

demasiado conocidos. Es decir que el alumno debe cambiar el “chip” conforme el estilo docente.

Desde el lugar del docente, debe anotarse el desafío de entender letras ilegibles, errores gruesos de ortografía, de sintaxis, y precariedad de lenguaje jurídico.

Hay mucho por hacer en este aspecto.

9.- Información y conocimiento

Hoy la información está en internet, antes la fuente era el docente, pero al haber variado en pocos años el mecanismo de acceso a datos muy diversos la enseñanza debe modificarse para pasar de recibir información a poder entender, procesar y operar la que se ofrece en forma casi ilimitada, con la inclusión de la específica jurídica que de manera creciente se va incorporando con libros electrónicos, links etc.

10.- El paradigma: siempre se enseñó así

Sostengo desde hace bastante tiempo, al revisar críticamente mis propios viejos sistemas de docente, que era necesario cambiar algunos patrones clásicos.

• “La ley dice...”

“*Tal artículo dice que...*”¹⁷ aunque la realidad vaya hacia otro sitio, o nos contradiga, o no se aplique en términos estructurales o institucionales, sin embargo se repite la normatividad ignorando sus desajustes con el presente. Ergo el aula es una burbuja en donde lo que se indica deja de funcionar al salir a la calle.

• “El autor fulano opina que ...”

La enseñanza o la doctrina tienen un importante volumen de repeticiones que si bien pueden demostrar erudición y lecturas previas, no hacen avanzar el conocimiento, dado que todos son referencias de unos a otros y de “otros a unos”, las posiciones eclécticas, pero sólo del mundo de la doctrina, ajeno al devenir y a las cuestiones tan urgentes como importantes del día a día de los ciudadanos. La opinión de un autor sólo puede ser importante en lo cotidiano si una sentencia la hace propia con autoridad de cosa juzgada¹⁸, pero sólo para dichas partes¹⁹.

• “La jurisprudencia señaló ...”

Amén de relatar la evolución jurisprudencial a veces de casi un siglo²⁰, en lugar de partir de los criterios vigentes y sostenidos, los casos son sobre el panorama

17 ¿Cuántos jueces toman las audiencias como marca el Código Procesal?

18 Por más que los doctrinarios administrativistas predicen que la regularidad en las prestaciones de los servicios públicos constituyen un elemento central, es sistemático el atraso en trenes y colectivos sin consecuencias mayores para los responsables y de enorme impacto para el usuario, con absoluta ajenez de quienes deben controlarlo.

19 Salvo que sea sobre un tema de incidencia colectiva.

20 En Responsabilidad del Estado por ejemplo..

micro, el uno a uno del derecho y su consecuente controversia, con lo cual para lograr otro fallo igual mucha “agua deberá transitar bajo el puente”, creándose una ficción de que una sentencia define una situación, pero es sólo una “muestra gratis” que “no soluciona todos los problemas aunque sean iguales” por que deberán pasar por otros jueces y jurisdicciones. Si puede marcarse que “cierta” jurisprudencia alumbra en “ciertos” momentos históricos²¹ (v. gr. la doctrina de la CSJN con mayoría automática de los 90 o de la Corte posterior -2004-)

11.- Nuevos aportes

Hay un grave desfasaje entre el mundo joven de Facebook, YouTube, internet permanente, twitter, blogs, etc. con la realidad de la Facultad que termina siendo un ámbito a veces de sopor y aburrimiento con un largo monólogo docente, un pizarrón bastante trajinado y ni hablar si se dicta algo a manera de apunte.

12.- Facilitacion vs complejidad

Los temas no son tan lineales como se explican. En mi vida profesional no recuerda un caso que haya podido resolver tomando el punto tal o la página xx de algún autor. Con lo cual hay que intentar explicar la complejidad de lo cotidiano, intentando que puedan simplificarla para operar sobre ella jurídicamente. Pero en esa línea debe cambiarse el soporte conceptual y operativo en el cual se asienta el plan de estudios y el método de enseñanza a lo cual muy brevemente hemos aludido.

13. El quehacer profesional va mutando en la forma de su ejercicio escrito

La Acordada 4/07 de la CSJN, va imponiendo modelos, sistemas resumidos, más contenido y menos texto, inclusive las incorporaciones federales y provinciales de escritos electrónicos nos va introduciendo en un mundo donde la estandarización, los formatos y la brevedad comienzan a ser incrementados en aras de su más fácil tratamiento.

He podido ver en el Reino Unido estas realidades, en donde uno busca el formulario respectivo, sobre un abanico de ventanas. Lo copio a los fines de visualizar el esquema si bien con las excusas del caso por la no traducción.

Court and tribunal form finder

Search for forms and leaflets

Step 1 of 2

Find court and tribunal forms and leaflets, including divorce, probate, deed poll, money claim, help with fees and social security tribunal forms.

If you know the number of the form/leaflet you wish to locate please enter it in the free text box below.

21 Derechos Humanos, Aborto no punible, Medios de Comunicación, Ambiente, Jubilaciones, Corralito, etc. etc.

Alternatively, if you do not know the form number enter a title (or keyword) or choose a category from the work type drop down list which lists the forms available by business type.

Search by

Number

title

Employment Appeal Tribunal ▼ types

Forms²²

Number	Title	Download
N161	Appellant’s notice (all appeals except small claims track appeals and appeals to the Family Division of the High Court).	(PDF 292KB)
N244	Application notice	(PDF 75KB)
Form 200	Civil Appeals Office fees from 18 April 2016	(PDF 88KB)
Form 201	Routes of Appeal	(PDF 243KB)
Form 202	How to appeal to the Court of Appeal	(PDF 181KB)
Form 204	How to prepare an appeal bundle for the Court of Appeal	(PDF 203KB)
Form 205	Sources of Help for Unrepresented Appellants	(PDF 329KB)

²² Un ejemplo de dichos formularios: <https://formfinder.hmctsformfinder.justice.gov.uk/n161-eng.pdf>

Es decir que uno elige el área y están los formularios respectivos para cada caso. Un sistema casi de autoservicio judicial, y con instructivos para su mejor aplicación, inclusive en casos sin representación legal, sólo guiados los litigantes por la exposición del problema a través de un formulario (sencillo para alguien de nivel socio cultural medio) y el derecho es aplicado por el juez en la audiencia respectiva.

Igualmente el mundo del formulario, las aplicaciones, los protocolos tienen que tener la virtud de ser revisados temporalmente para sus ajustes, sin caer en el caos de la incertidumbre permanente.²³

Cuando se pasa de la libertad absoluta de los planteos al formulario, cabe advertir que es necesaria una fuerte participación de los operadores del sistema judicial, de la abogacía, y de los justiciables, lo que las consultoras que usualmente contratan no hacen. Luego los sistemas no son lo ágiles que deben ser y tienen enormes problemas de funcionamiento.

13.- Derechos y necesidades

Eva Perón decía que **donde hay necesidades debe haber derechos**, pero sucede que la cuestión es al revés. El derecho está lejos de las necesidades, concentrados en el centro urbano, con esquemas formales muy alejados de las prácticas culturales y sociales de los más necesitados, humildes y vulnerables.

El derecho debe ir a la gente, ser explicado, y facilitado su uso por aquellos que conforme carencias lo necesitan. Porque no bastan los derechos como existencia real si no pueden ser ejercidos.

La secuencia virtuosa supone:

Derecho	Descentralización jurídica	Información al destinatario	Facilitación	Operatividad en el ejercicio	Derecho aplicado
---------	----------------------------	-----------------------------	--------------	------------------------------	------------------

14.- La otra parte del proceso el justiciable

Así como en lo educativo olvidamos al alumno, en lo procesal, olvidamos al justiciable. El ego jurídico aparece así como constante.

Nos preguntamos alguna vez ¿Para quienes son las sentencias?

Ciertamente NO, aunque sabemos la respuesta: son el/los litigantes/s.

El sistema piensa en los pares.

Un justiciable, hombre/mujer común no abogado no entiende bien los razonamientos, las citas incluyendo las absurdas en otros idiomas, solo mira el resultado, y a veces dice "... ¿Como decía tal cosa antes y luego falla otra?

²³ En el país de los protocolos, los manuales, como es EEUU el atarse a ese fetiche por comodidad llevó a fuertes desajustes que son relatados organizacionalmente en el trabajo de Osborne y Gaebler Reinención del Gobierno. Paidós Barcelona. 2002.

Lo que supondría que se escribe para los iguales no para quien está constituido el servicio público de justicia, recuerdo que un Ministro de Corte de Provincia decía en un Congreso de Mar del Plata, si acaso se fallaba para ser citado en alguna publicación.

Esto es grave y es otro punto de la incomunicación del derecho con sus reales destinatarios sociales.

15.- El derecho se mantiene ajeno a la evaluación

En el mundo moderno diversas actividades son motivo de evaluación, cuantificación, medición, resultados. EL DERECHO DEBE SER TAMBIEN EFICAZ Y EFICIENTE.

He sostenido en charlas, y aportes escritos que en realidad nunca nos hemos puesto a pensar en forma constante y con rigor crítico, qué tan bien funcionan las instituciones que se han diseñado. Si son realmente eficaces, y algo mucho mejor sería que fuesen además eficientes. Todo transcurre en un marco de idealidad, sin anclaje en los resultados macro que suponen las normativas. v.gr. ¿cuántas empresas se salvan con la normativa de quiebras y concursos?, ¿cuántos actos administrativos se recurren de los que se dictan en base a elementos tasados? ¿A cuántos recursos se les hace lugar dado que es la oportunidad administrativa de revisar su conducta?..”

No tenemos referencias ni líneas de base para comparar situaciones reguladas con los resultados diarios. Creo que no es casual, no interesa porque si lo hiciéramos estaríamos cuestionando un enorme sistema que trataría de advertir el eventual impacto positivo que la normatividad genera sobre los problemas y en relación al “afuera”. Es mejor no saberlo porque quizás los resultados no sean alentadores. La única pauta al menos, es que ahora, podemos saber cuántas causas no entran al sistema judicial al tener datos de mediación obligatoria previa.²⁴

16.- Las fuentes doctrinarias

Hay un problema al menos dialogado con muchos actores de los servicios jurídicos del sector público en este país y en varios vecinos, y es que los autores más caracterizados en general están en lo privado. La doctrina pública no aparece con la difusión necesaria, con lo cual el pensamiento esta desequilibrado en favor de sólo una de las partes, la privada.

24 http://www.fundacionlibra.org.ar/Estudio_MPO_interior_Final.pdf En dicho documento se indica: *Al mismo tiempo, la inexistencia de acuerdo no implica necesariamente la judicialización del conflicto. Conforme con los datos del fuero Civil, alrededor del 37% de las mediaciones sorteadas finaliza con un acuerdo, pero solo entre el 27% y el 34% (ver gráficos 5 y 4), regresan a los tribunales para ser judicializadas; esto arroja que entre un 29% y un 36% de conflictos no ingresan como demandas al sistema judicial²⁵, pese a no haber tenido resolución. En el fuero Civil y Comercial Federal el 36% de las mediaciones asignadas por sorteo finaliza con acuerdo y la tasa de retorno a tribunales se encuentra entre el 28% y 35% (ver gráfico 12). En este caso entre 29% y un 36% de conflictos no llegan a juicio.*

Un ejemplo de ello es las bibliotecas existentes de como el estado debe reparar por responsabilidad contractual y extracontractual, pero son contadas las obras de cómo debe prevenirse para evitar esas conductas (lícitas o ilícitas según el caso) que eviten los daños y consecuentemente los dispendios de dineros y esfuerzos públicos por temas mal manejados.

En ese sentido en su momento y con esta finalidad como bandera de este concepto y tendencia presentamos el libro NUEVO ESTADO NUEVO DERECHO editado por INFOJUS en el Centro Cultural Nestor C. Kirchner en octubre 2015.²⁵

17.- Discurso

Está muy enraizado en el estilo jurídico realizar afirmaciones propias pero con refuerzos de terceros subestimando el valor de nuestra propia reflexión y creatividad jurídica.

Frases como “al decir de ...”, sostenemos con el apoyo de ...” Adherimos a ...” Bien indica ...” siguiendo al maestro ... otras por el estilo denotan una subordinación jurídico cultural no menor.

Esta idea se expresa en la doble imagen:



Estos ladrillos se requieren unos a otros.



25 *l “Nuevo Estado, nuevo Derecho” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en la Cúpula del Centro Cultural Néstor Kirchner.*

“Nuevo Estado, nuevo Derecho. Aportes para repensar el Derecho Público” fue coordinado por la Dra. Alessandra Minnicelli, Homero Bibiloni y la Dra. Gabriela Stortoni. Es el resultado de reunir a especialistas de diferentes ramas del Derecho para brindar a los operadores del mundo jurídico una visión del fortalecimiento de lo público desde diversas perspectivas.

En cambio la imagen del arco, supone la autosustentabilidad de cada uno de ellos, ergo el valor de cada uno para el fin perseguido, siendo cada ladrillo autosuficiente y útil e sí mismo.

No es lo mismo, aunque se trate siempre de ladrillos.

18.- Globalización y derecho

Desde esta mirada no se pone mucha atención en los problemas que derivan de las supranacionalidades positivas y negativas.

En efecto Mercosur, Unasur tienen sus lógicas geopolíticas y geoeconómicas, la alianza del Pacífico otras de sesgo diferente, ni hablar de la fenecida ALCA.

Sobre las que se opte pararse, los escenarios locales y de la soberanía protegidas por la Constitución sufrirán diversos avatares, como igualmente las subordinaciones a tribunales extranjeros en materia de inversiones extranjeras (CIADI por ejemplo).

19.- SISTEMA DE HONORARIOS

El tema honorarios desconozco la razón pero no es tratado en la Facultad, siendo un capítulo central al ejercicio profesional, como las remuneraciones en otros ámbitos de dependencia (administración, justicia etc.).

En la lógica del abogado del foro tenemos un decreto ley 8904 del año 1977, es decir plena dictadura militar, y quienes defendemos el derecho y el estado de derecho no hemos tenido la osadía de transmutarla integralmente a períodos democráticos²⁶, normativa que no sólo era para un país distinto sino para situaciones profesionales, culturales y económicas que han cambiado diametralmente mas no el formato legal que sigue imperturbable a través del tiempo. Por ejemplo ¿cómo se evalúa la participación de un abogado en una Evaluación de Impacto Ambiental, para poner otro simple ejemplo que demuestre la antigüedad normativa?

Igualmente tanto en beneficio de la profesión como para evitar abusos de los que poco se sabe, es necesario fraccionar legalmente la percepción de honorarios conforme etapas del proceso, es imposible sostener razonablemente un estudio con causas que demoran años y años.

De hecho el abogado no hace la ecuación costo de estudio necesidades profesionales dividido el número de carpetas/casos que atiende su estudio., para ver cuánto le tiene que rendir cada una de ellas en promedio.

26 Como tampoco los decretos leyes administrativos de Procedimientos Administrativos en Nación, Provincia y Municipios, aunque en Provincia integramos junto a otros colegas del sector público y docentes una comisión que propuso un texto del estado de derecho.

20.- DESAPARICIÓN DE LO SOCIAL EN LA CARRERA Y COMO ABOGADOS MATRICULADOS

Nuestra Facultad tiene un sólo título, por lo cual no cumple cabalmente lo de “ciencias sociales” pero tampoco articula seriamente en los contenidos curriculares con estas ciencias, salvo un toque en Sociología Jurídica, algo en Derecho Político, algo en economía Política, pero indudablemente faltan varias pinceladas de muchas otras, y si no aparecen en materias, si deberían hacerlo en contenidos, en prácticos, en tareas de extensión, etc. etc. pero no como actos voluntarios o espontáneos de docentes sino como orientación institucional estratégica.

20.1.- LA INEXISTENTE DEVOLUCION SOCIAL DE LA INVERSION COMUNITARIA EN EL FUTURO ABOGADO

Es una conquista de inclusión y orgullo nacional que la Universidad sea centralmente pública y gratuita en nuestro país. No obstante, es menester que los estudiantes asuman solidariamente este esfuerzo, que realiza el conjunto de la sociedad en su beneficio. En efecto si la Universidad se sostiene con los impuestos, Argentina tiene en lo tributario una fuerte composición regresiva a partir del Impuesto al Valor Agregado que no es el mejor tributo, en tanto afecta desigualmente a los de menores ingresos.

Ello importa que las clases populares en sus consumos mínimos tienen IVA incluido. Y una parte importante de dicho tributo es el que financia la Universidad, no es el impuesto a las ganancias, que todos se esfuerzan en evitar. Es curioso el monotributismo profesional masivo que no se condice con los buenos pasares que se advierten de unos cuantos que ejercen la profesión libre, o del increíble beneficio de la exención de magistrados en términos tributarios, sobre el cual la justicia nada dice, quizás por un espíritu corporativo del propio interés.²⁷ No somos entonces todos iguales ante la ley. Hemos algunos más desiguales.]

¿Cómo pensamos que los alumnos devuelvan a la sociedad el esfuerzo que esta hizo en ellos como inversión en conocimiento?

Al momento es solo un caso a ser asumido vía ley del ejercicio profesional (5177) y considerando una duración de estudios que supera en más del 40% el tiempo ideal (7,5 años), no parece muy justo esa temporalidad sostenida con un esfuerzo social no visible pero absolutamente cierto. Pareciera razonable exigir pasantías sociales, o algún sistema que pasado cierto tiempo del ejercicio profesional conforme labor que se ejerce y salario u honorario consecuentemente, medie una devolución económica para: becar a los que no pueden estudiar pero quieren, mejorar la logística de la Facultad, financiar investigaciones, generar intercambios, establecer conectivi-

27

Aclaro que soy IVA responsable inscripto desde hace muchísimo tiempo (más de 20 años).

dades acorde a los tiempos, más aulas y bibliotecas virtuales, etc. etc. Un sistema que en suma todos ganen. Hoy sólo unos pocos (los que acceden que no devuelven).

21.- CUANDO LO SOCIAL EN LA FACULTAD PUEDE SER UNA ATRACTIVA FUENTE DE ASUNTOS PROFESIONALES. LA CLÍNICA EXTERNA ²⁸.

Esta práctica es muy interesante especialmente vinculado a los consultorios jurídicos gratuitos, pero debe estarse muy claro en cuanto la imposibilidad de tomar asuntos a partir de ello. Tienen que ser un sistema excluyente de aprendizaje y en su caso los tutores deberían tener honorarios diferenciales.²⁹

Se dice en la página web de la Facultad “... ”

“...Funcionamiento

Cada equipo de trabajo está conformado por estudiantes y graduados, con hasta 4 años desde la fecha de expedido el título, quienes para ser parte de este Programa fueron entrevistados por los docentes responsables de cada área, además de tener aprobadas las materias Derecho Civil II y Derecho Procesal II.

Los casos a tratar son planteados por los mismos miembros de la Clínica o por particulares: primero se realiza la pre-selección, luego se lo evalúa y finalmente se elige aquel que se llevará adelante. Una vez debatido el caso, se patrocinará al afectado ante los estrados judiciales y/o administrativos, o bien se emitirá una declaración pública, dictamen o propuesta legislativa fundada...”

Ahora bien el tema de honorarios se mantiene fuera del alcance de la publicidad que marca la web, algo preocupante, sobre lo que en su momento transmití mi inquietud a las autoridades de la casa, enviando por correo electrónico diversos elementos detectados.

Aclaro que personalmente siempre entendí que las Clínicas son instrumentos útiles, ya en 1992 siendo funcionario del Ministerio de Justicia, entrevisté al entonces Decano de Derecho en la UBA Pigretti sobre el tema para ver como potenciar esta herramienta

28 El informe de autoevaluación de la Facultad en página 34 alude a valiosas experiencias, pero no pueden ser voluntarias, el hecho de ser voluntaria atenta contra la formación e interacción con la práctica real y el contacto humano con el otro imprescindible.

29 Un reciente caso de nuestra Facultad del que he tenido referencias no parece el mejor camino. Entiendo que el mismo tiene esta caratula o semejante: Autos “Asociación para la protección ambiental y Educación Ecológica 18 de Octubre c/Aguas Bonaerenses SA” y quienes lo han conducido en la Clínica aparecerían en una demanda patrocinando a la actora sin donación de honorarios.

22.- BIENVENIDA LA ETICA

22.1.- LA DIFUSION ETICA DE LA PROFESION

Los abogados tenemos una mala fama, la que se patentiza con los apodosos y chistes que recibimos con personajes que son “cuervos” “buitres”, etc. nada favorable. Algún EJERCICIO sobre la ética no es inconducente, máxime cuando los aranceles son de orden público y se prestan a muchos abusos, a veces casi patentes de curso modernas, y amén de apelarse siempre a la “buena fe” de las partes, o ¿esto sería también como el DOGMA DEL futbol?: ganar de cualquier manera. El único ejemplo que recuerdo fue de Cacho Vigil en un partido no de futbol sino de hockey, que dijo “ No fue gol....” Ante la incredulidad de propios y extraños, incluyendo los fans televidentes.

23.- ALGUNAS CARENCIAS FORMATIVAS

Podemos anotar las siguientes:

23.1.- IDIOMAS

Es elemental sumar algún idioma: inglés (universal o portugués (Mercosur serían los más lógicos. Francés o chino pueden ser útiles. Especialmente este ultimo de gran futuro. El francés sólo por cuanto hay algunas correlaciones de nuestro derecho con dicha fuente.

23.2.- LOGICA.

El derecho se sostiene en la lógica pero salvo una pincelada en el inicio de la carrera cuando casi no se la interpreta ni se entiende cabalmente de qué trata la carrera, hace que luego se la ignore como una herramienta importante para razonar³⁰.

23.3.- NEGOCIACION Y SISTEMAS DE RESOLUCION DE CONTROVERSIAS.

Gran parte de los conflictos jurídicos se resuelven negociando, pero nadie nos adiestra, ni enseña, ni explica en este arte. Entre ellos los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

30 He verificado que quienes han estudiado filosofía o juegan al ajedrez poseen ventajas comparativas con quienes no lo hemos hecho.

23.4.- OTROS ELEMENTOS

23.4.1.-El Discurso

Los alumnos, ya hemos dicho, no saben construir un discurso jurídico. Una experiencia docente es casi dramática. En la primera clase les digo: “redacten una nota con la petición que se les ocurra a una autoridad administrativa”. Francamente la experiencia es desoladora siendo alumnos de 5º año.³¹ Hay que trabajar estimulando la capacidad de redacción utilizando los elementos del derecho aplicados a los casos. Lo mismo advierto en postgrado cuando se discute el índice de un trabajo en grupo, cuesta muchísimo que lo estructuren con un sentido de jerarquía, adecuada desagregación y secuencialidad (temporal y conceptualmente hablando, entre otros atributos que debe tener todo índice y que no son sino la expresión de cómo funciona el derecho.

23.4.2.-El Lenguaje del Cuerpo: Interpretación

Es importante para los abogados conocer el lenguaje del cuerpo, es un complemento del ejercicio profesional. Se utiliza para técnicas de negociación, para juicios, para discusiones, etc.³²

23.4.3.- Elementos de Psicología en el Marco de los Conflictos.

Tener algún rudimento de psicología elemental es básico para poder comprender y contener a los clientes. Como así también ponerle límites, y encauzar su conflicto dentro del derecho, e inclusive para quienes abrazan la Magistratura (testigos, imputados, etc.. ¿Cuánto conflicto puede sostener una persona? ¿El eje del problema es jurídico o personal y quiere resolverlo por el derecho? ¿ El cliente quiere el litigio o lo inducimos a ello ? Son preguntas que jamás tienen respuestas ni ejercitaciones en la vida de alumno de nuestra Facultad.

24.- CONCLUSIONES.

En rigor las conclusiones deberían ser como traducir estas inquietudes, todas, algunas u otras que seguramente habrá en acciones, más temprano que tarde o hacernos preguntas y buscar en el día a día respuestas concretas, no frases altisonantes, y compromisos a futuro sin plazos.

Preguntas tales como:

31 Se equivocan en quienes son autoridades administrativas, no saben de las competencias concretas no explican claramente los hechos, no prueban ni alegan sobre el derecho, no ponen domicilio, cierra la petición con un SERA JUSTICIA, y otras cuestiones de entidad como las descriptas.

32 “Lie to me”: Esta serie hizo popular la cuestión (Miénteme su traducción en castellano).

¿Por qué nuestra Facultad no es asiduamente consultada por los poderes ejecutivos, legislativos o judiciales con más frecuencia, tal como sucede con otras Facultades de las llamadas “del bosque”?

¿Por qué el derecho no se cuantifica?

¿Por qué la sociedad nos pone mote disvaliosos?

¿Por qué el derecho no sirve en forma directa y operativa a quienes lo necesitan?

Y así podríamos seguir pero la apuesta es ponernos a trabajar , razón por la cual es importante finalizar con esta opinión para pasar a la acción.

El Portal de Revistas UNLP, la acción y nuestro artículo 15

Por José María Maitini

La revista *Derechos en Acción* funciona a través de *El Portal de Revistas de la UNLP* gracias a un software de acceso libre que utilizamos para gestionar algunas (entre muchas que existen) revistas que se crean en la Universidad Nacional de La Plata¹. Y cuando hablo de “utilizamos” me refiero a PREBI-SEDICI (Proyecto de Enlace de Bibliotecas y Servicio de Difusión de la Creación Intelectual), *Programa Específico* perteneciente a dicha universidad que realiza básicamente dos grandes actividades. La sección PREBI se encarga de buscar y proveer bibliografía “enlazar bibliotecas”- a todo investigador que lo desee. Por otro lado, la sección SEDICI almacena, preserva, publicita y difunde la creación intelectual de todos los docentes, graduados e investigadores de nuestra universidad nacional de La Plata. Si bien en el año 2013 se promulga una ley de *Sistema Nacional de Repositorios* (Ley 26.899), PREBI-SEDICI funciona hace más de diez años, quizá sin la repercusión que quisiéramos tener, dado que sigue siendo escaso el conocimiento social tenemos, tanto en la comunidad académica como no académica. Siempre nos encargamos de difundir, sin ser muchas veces difundidos.

Pero a pesar este particular inconveniente, el objetivo político siempre fue el mismo: garantizar el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual consagra en su inciso 1 *el derecho a toda persona a participar de la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones*; y también a garantizar su inc. 2, que obliga a los *Estados a generar medidas para asegurar el pleno ejercicio de estos derechos*, entre los que destaca la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la cultura.

En definitiva, PREBI-SEDICI no hace otra cosa que poner en práctica este derecho del PIDESC; que no es más (*ni menos*) que un derecho humano con jerarquía constitucional desde su ratificación y que *debe* llevarse a la práctica. Que *debe* ponerse en acción. Ya a fines del siglo XIX, nuestro fundador, Joaquín V. González (1935), había señalado que “las declaraciones, derechos y garantías no son simples formulaciones teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación”. Más acá en el tiempo, Bidart Campos (1978) advierte la destrucción de la supremacía constitucional si alguno de sus artículos se vuelve dependiente de una ley que lo reglamente:

(...) si la ley omitida frustrara la vigencia del derecho, quiere decir que la supremacía depende de la ley y no de la propia Constitución, o que la Constitución no es suprema hasta que la ley reglamenta sus normas programáticas (...)

1 El Portal de Revistas de la UNLP alberga solamente aquellas revistas que así lo deseen. El resto de las revistas tienen sitios propios o sitios en sus propias facultades autogestionadas.

Si bien desde el repositorio somos conscientes de las desigualdades a las que tiende el mundo, de la concentración monopólica de los mercados, de esta “tercera guerra mundial”-como afirma el Papa Francisco- entre la humanidad entera y el corporativismo transnacional, de la llamada *brecha digital* que todavía debe combatirse (y que nunca dejó de ser otra cosa que una brecha económica); aún a pesar de ser conscientes de todo esto, desde este sector y bajo el desconocimiento de muchos, seguimos realizando lo que siempre hicimos: *democratizar el conocimiento haciendo operativo el artículo 15 del PIDESE*.

Porque si el derecho es lucha (como bien lo ha dicho Ihering y últimamente Zaffaroni); desde el repositorio también luchamos, todos los días, para hacer efectiva la supremacía constitucional/convencional. En resumidas cuentas, también luchamos -como consagra la misma revista- para que *el derecho se vuelva acción*. La lucha se da en el campo del derecho; pero la lucha también se da en el campo comunicacional. Y parte de nuestra lucha también busca (como le gustaría decir a un tal Galeano -¡Salud por él!) que la “Diosa Tecnología” hable (al menos de a poco) el idioma español. Porque nunca habrá verdadera autonomía soberana de los pueblos si éstos no sustentan y defienden su propio desarrollo. Y todo bajo un mismo eje rector y con un mismo horizonte. El que ya hemos mencionado: *nuestro artículo 15*.

Es por eso que desde PREBI-SEDICI celebramos la inauguración de la revista, colaboramos en su formación y alentamos a que su desarrollo sea próspero con el correr de los años venideros. Democratizar el acceso a esta revista es también democratizar el acceso a pensar los derechos humanos y a fomentar el pensamiento crítico. Porque el derecho no deja de ser también un vértigo de interpretaciones. Pero no de interpretaciones del pasado, como la historia, sino de interpretaciones de nuestro futuro y -por supuesto y hoy más que nunca, claro está- de nuestro más urgente presente. Y creemos que lo urgente (aunque a veces lo imposibilita) tiene que dar lugar a lo importante, que es la forma de entender la organización de nuestra polis, que siempre será el respeto por los derechos humanos y -en esta época comunicacional- también es el derecho al acceso a toda información científica y cultural creada por la sociedad. Acceder al conocimiento es una invitación a ser críticos. La sociedad debe acceder al conocimiento para pensar críticamente el mundo en el que vive. Porque no habrá nunca, en ningún momento, verdadera libertad y autonomía de los pueblos si no se alimenta de la crítica.

Que el *Portal de Revistas* la vehicule y fomente su desarrollo, no sólo lo asumimos como un orgullo sino también como una comprometida obligación. Porque nada se vuelve más necesario de pensar, discutir y reflexionar cuando nos referimos a derechos.

Política Cultural Platense. Una mirada jurídica de los Espacios Culturales de la Ciudad de La Plata

Por Yarkho Coscarelli

I. Introducción

A partir de la reciente reglamentación de la Ordenanza 11.301 de Espacios Culturales Alternativos en el ámbito municipal de La Plata, el siguiente trabajo intentará realizar un abordaje crítico de sus previsiones, así como una aproximación desde la ciencias jurídicas a las organización de los Centros Culturales y la diversas realidades que en ellos convergen.

II. Caracterización de los Espacios Culturales Alternativos. Los casos de Casa Unclan y Casa Lumpen

Ante todo, corresponde a los efectos del análisis, ahondar en los espacios culturales alternativos que son el sujeto al cual se destina la ordenanza en cuestión. Del texto de la norma, la definición se desprende del artículo 2: *“Se considerarán Espacios Culturales Alternativos a los espacios no convencionales, experimentales o multifuncionales donde se realice la producción, formación, investigación y promoción del arte y la cultura en sus diversas manifestaciones: artes escénicas (danza y teatro), música, artes plásticas, literatura, medios audiovisuales, exhibiciones de artes visuales, proyecciones multimedia, charlas, conferencias, educación formal y no formal, otras expresiones culturales y cualquier actividad de carácter formativa relacionada con todas las manifestaciones tangibles e intangibles del arte y la cultura.”*. Como puede verse, se trata de un concepto amplio cuyo origen se vincula a una realidad que es esencialmente compleja: los espacios culturales alternativos son heterogéneos tanto en formas de organización como en contenido y origen y difieren el uno del otro. Pero si bien la Cultura, su acceso, fomento y desarrollo son deberes para el Estado reconocidos tanto en la Constitución Nacional (Art. 75 inc. 19) como en textos normativos de jerarquía supranacional (Art. 15, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) es necesario observar que no puede acotarse su funcionamiento a la mera gestión de actividades culturales, ya que cada Espacio o Centro integra una multitud de derechos de igual o mayor relevancia, como lo son el derecho a trabajar, a la asociación y aún a la libre expresión.

Resulta útil reseñar el origen y desarrollo de dos Espacios Culturales Alternativos para trazar una breve reseña de los últimos años en materia de políticas culturales en el ámbito del municipio de La Plata y como surgen estas organizaciones. De esta forma podremos apreciar el contexto en donde surgen, su evolución, ligada al (no) accionar estatal, y sobre todo su real importancia en la cultura platense, la escena independiente y todos los actores que en ella se integran. Cabe antes de empezar una mención especial a Pura Vida, el legendario bar de rock ubicado en diagonal 78 entre 8 y 61. Su ejemplo y coherencia a lo largo de los años es uno de los principales mo-

tores de la lucha alternativa, y asimismo se reflejan en el mismo reiteradamente, los avances y retrocesos de toda la escena. Volveremos sobre ello más tarde.

Casa Unclan surge a mediados del 2012 en principio como un sello discográfico. Con la música como denominador común, el colectivo de Unclan tuvo integrantes provenientes de varias disciplinas, no sólo músicos sino también diseñadores gráficos y audiovisuales. A los fines de recaudar dinero para editar a las bandas (entre ellas Dynammo, los Idos, Garuda y Fausto y los Isotónicos), comenzaron a organizar eventos en los pocos reductos disponibles, tales como Pura Vida, el Moura o el Pasillo de las Artes; lo que tenían en común estos espacios es una cuestión más profunda que la mera disponibilidad: eran los lugares donde no se pagaba para tocar. Las fechas que se repartieron entre recitales y fiestas (como la Fiesta Jaguar, otro colectivo itinerante), tuvieron como resultado la formación de los discos debut de todas las bandas que eran parte del sello, poniendo en marcha además el trabajo de todos los involucrados: músicos, ingenieros de sonido, los diseños de portada y difusión. Cada uno de ellos es resultado de un esfuerzo en conjunto y al margen del mainstream con su tonelada de recursos, es decir, un doble o incluso triple esfuerzo.

Pero la organización evoluciona, y la voluntad de continuar con el sello se traslada a la búsqueda de un lugar propio que permita conseguir recursos a la vez que conforme un espacio genuino de integración para otros actores en igualdad de situaciones. En el 2014, varios integrantes de Unclan se trasladan hacia el caserón de 5 entre 63 y 64, que empieza a funcionar como su vivienda y su propio escenario para organizar fechas y recitales. En el 2015, llegó al barrio Casa Lumpen.

Casa Lumpen empezó a funcionar en el año 2010, por iniciativa de una agrupación de estudiantes de periodismo. Imposibilitados de continuar con la edición de la revista Ser Lumpen Hoy, surgió el proyecto de armar Radio Lumpen en una casona propiedad de la Alianza Francesa ubicada en 59 entre 8 y 9, donde eventualmente se multiplicaron los emprendimientos: a la radio siguieron la cantina, donde se le dió salida laboral a jóvenes de Villa Alba, los talleres, los “jueves de cata y flow” y los recitales, como los organizados por la “Hermandad Ninja”, conformada por los sellos RacRac, Algo Increíble y Unclan. Los Lumpen abordaron la conformación del espacio también desde la perspectiva jurídica: conformaron una Asociación Civil (Asociación Civil Unidad e Integración Social La Plata) que les permitió suscribir convenios con una constructora privada y el Estado para la refacción del espacio. De uno de estos con el Ministerio de Desarrollo Social se consiguió el material para formar una productora audiovisual. Así, el Centro Cultural comenzó a aunar en su sede no sólo cuestiones de comunicación, sino además políticas y de integración social, trascendiendo por mucho una concepción del espacio meramente cultural.

Pero tres años después comenzarían los problemas. A las quejas de los vecinos por tener en el barrio un espacio que interpretaban de nocturnidad, se sumó La Alianza Francesa que aduciendo sus intenciones de “difundir la lengua francesa y promover el intercambio cultural entre nuestras naciones” se negó a renovar el contrato. Casa Lumpen se preparó para la resistencia: se intentó negociar un alquiler mayor con la Alianza que se negó, se convocaron asambleas y eventos de resistencia cultural,

pero el propietario fue inflexible. La última opción fue un proyecto de expropiación del inmueble, a cederse en comodato para que la asociación civil cumpliera sus objetivos, atento a su importancia en virtud del interés social que ellos revistían, pero quedó en la nada. En el 2015 se visibiliza la lucha de los espacios alternativos: a la situación de Casa Lumpen se le suma la persecución al Olga Vázquez y se profundiza la lucha por una ordenanza que proteja a los centros culturales, que asfixiados por las clausuras y su desfasaje con los espacios de nocturnidad tradicionales, se tornan al mismo tiempo en organizaciones fundamentales para toda una comunidad de sujetos y actores sociales que en ellos encuentran el espacio donde formarse y crecer al margen de cuestiones meramente lucrativas.

Finalmente, el vencimiento del contrato derivó en la toma del espacio por un año y medio hasta la llegada de la orden de desalojo. ¿Que pasó con la difusión de la lengua francesa? Al día que este trabajo se escribe, la ex Casa Lumpen todavía está pintada con el prolijo negro, celeste, magenta y amarillo, pero con todas las aberturas tapadas por barreras de ladrillo a la vista.

Pura Vida y Casa Lumpen fueron durante esos años los lugares que para muchos músicos no sólo les permitieron tocar y mostrar su arte al público, sino que además encontraron en ellos una lógica coherente y en sintonía con de las propias bandas. Mientras la cultura platense lograba conquistar la sanción de la Ordenanza 11.301, los Lumpen debieron refundar su propio espacio.

El Centro Cultural Mil Flores, otro participante en los debates por la sanción de la Ordenanza convocados por los concejales del bloque del Frente Para la Victoria, estaba ubicado en 5, 63 y 64, al lado de Casa Unclan hasta ese mismo año. Sin embargo tenía otro tipo de funcionamiento, lo que da cuenta de la heterogeneidad de los espacios culturales, siendo que el Mil Flores también tenía una radio online y algunos talleres pero un funcionamiento intermitente y mucho más ligado a la política tradicional. Una vez liberado el espacio, fue el lugar ideal para la refundación de Casa Lumpen. El 24 de Octubre del 2015 con el relanzamiento de Radio Lumpen y un recital donde tocaron algunas de las bandas mas populares de la escena alternativa como The Hojas Secas y Bestia Bebé, se celebró el matrimonio entre ambos espacios que empezaron a trabajar en conjunto aunque manteniendo cada uno su propia identidad.

De ahí en adelante, todo ha sido crecimiento para las Casas. Con el antecedente positivo otorgado por la sanción de la Ordenanza, las iniciativas autogestivas se multiplicaron. El caso de Casa Unclan es paradigmático para observar en detalle la complejidad que alcanzan los Centros Culturales a medida que evolucionan: a lo largo del 2015 se sumaron la sala de ensayo El Diablo Monserrat, el Grow Shop Ananda, la librería Payasadas y la peluquería Galaxia. Después de la primer fecha donde tocaron Santiago Barrionuevo (de El Mató a un Policía Motorizado) y Fausto, todos los fines de semana se llenaron de música en vivo con pautas especiales y ajenas a la mayoría del circuito platense, dividiendo la ganancia de la puerta según los criterios de la Ley de la Música 26.801, 70% para el artista y 30% para el lugar, con el que a su vez se remunera a fotógrafos, diseñadores y controles de ingreso

Lejos de ser cuestiones triviales, cada uno de estos emprendimientos materializan circuitos de economía popular y generan puestos de trabajo para cada vez mas personas ligadas al campo de la cultura, lo cual se puede observar en la Motherferia, organizada desde el mismo espacio, de la cual ya van 8 ediciones generando un mercado independiente de ropa, diseño, e incluso tarot, tatuajes y cortes de pelo. En materia legal, el desafío pasa por otorgar personería jurídica al funcionamiento y la gestión del espacio: la cooperativa “Verde Lima” (a cargo de la gestión de la cantina de Casa Lumpen) está en proceso de adaptación para abarcar todos los supuestos que ya funcionan en Casa Unclan.

Como puede apreciarse en la breve pero intensa historia de apenas dos de los más de 100 centros culturales de La Plata, la conceptualización de los espacios alternativos y las actividades que en ellos se desarrollan es una tarea difícil pero necesaria, y su protección se relaciona con varios derechos de raigambre constitucional y una ineludible función social.

III. La Ordenanza 11.301. Política cultural y fomento en las diagonales

La Ordenanza 11.301 fue conquistada por los Centros Culturales y las coordinadoras que los reunieron (UCECAA, RECA y Red de Espacios Culturales) en el año 2015. ¿Cuál fue el régimen de fomento y la política de fomento del municipio que derivó en su sanción?

Durante varios años, la escena alternativa se ha visto enfrentada a una realidad donde se la marginalizó sistemáticamente. La gestión anterior en materia de cultura tuvo como distintivo los grandes recitales en espacios públicos, generalmente para conmemorar fechas tales como el 19 de Noviembre, muchas veces controvertidos por las sumas que en ellos se invirtieron y el carácter de los artistas que se convocaron. Esta situación fue un gran causal del crecimiento de espacios que suplieran la desidia del circuito “oficial”.

El otro gran desafío (aún vigente) es la nocturnidad. Como ya hemos visto, la sustentabilidad de los espacios culturales alternativos depende en gran medida de la posibilidad de autogestionarse y la principal fuente es la organización de eventos nocturnos. Ocurre que ante esta situación, los organismos de control urbano se veían inclinados a aplicar el Código de Nocturnidad (“Código de espectáculos públicos, actividades recreativas y nocturnidad de la Ciudad de La Plata - Ordenanza 10.799/2011), cuyo artículo 1 engloba “confiterías, discotecas, salones de fiesta, bares, pubs, clubes sociales o centros culturales). Como se ha visto, es imposible equiparar un boliche con un espacio cultural alternativo que posee una función social y un interés colectivo en su funcionamiento que debiera ser ponderado en forma diferenciada por el Estado, no obstante, la aplicación del Código de Nocturnidad derivó en una ola de clausuras, cuyos coletazos se sienten hasta el día de hoy, ya que recientemente se clausuraron el Club Cultural Lucamba y Pura Vida (el cual a mediados de año estuvo a punto de cerrar definitivamente). Para los actores de la cultura, la justificación de la clausura está clara y no tiene que ver con cuestiones reglamentarias: los espacios han alcanzado un

estadio organizacional donde pueden pelear con la comunicación y el mainstream de la “noche platense”, un negocio lucrativo en pocas manos.

Con el antecedentes tales como el “Régimen de fomento municipal para espacios culturales alternativos” del 2008, una ordenanza con el número 10.463 con mayor valor simbólico que real (nunca fue reglamentada), y diversas acciones durante el año pasado tales como el “Baterazo” frente a la Municipalidad, el accionar conjunto de los Centros Culturales y la apertura al diálogo de los entes del Estado lograron el 23 de Septiembre del 2015 la sanción de la Ordenanza 11.301, inspirada en la Ley 5240 de la Ciudad de Buenos Aires; y más de un año después (cambio de gestión y nuevas clausuras mediante), su reglamentación en Octubre del 2016. Pasemos a analizar sus previsiones.

El art. 1 crea el Registro Municipal de Espacios Culturales Alternativos, a funcionar en el ámbito de la Secretaría de Cultura, el cual es público, gratuito y debe brindar asesoramiento legal y contable a los espacios que no tengan los requisitos básicos para la inscripción. El Registro ya se encuentra en funcionamiento, pero limitado a la mera inscripción de los espacios solicitantes que en la actualidad rondan el número de los 40, a título de “habilitación provisoria”, que no obstante ser una autorización precaria, ya ha actuado como garantía para algunos centros frente a las inspecciones de Control Urbano que desconocen la existencia de la ordenanza, mientras se movilizan para conseguir los requisitos del art. 3, a saber:

- “- Personería jurídica de Asociación Civil sin fines de lucro o cooperativas.*
- Acreditar propiedad, locación, comodato, tenencia de hecho, y /o cualquier otra forma legal de ejercicio de la administración del Espacio Cultural Alternativo.*
- Certificación de bomberos acreditando las condiciones de antisiniestralidad.*
- Presentación de dos copias de plano aprobados por la Dirección de Obras Particulares.*
- Proyecto de Planificación Cultural en donde se especifiquen las actividades culturales y artísticas a realizar y la zona de incidencia de las mismas. Se deberá detallar cursos, docentes, ferias y actividades de nocturnidad.”* El artículo 4 agrega la cobertura de emergencias médicas, una vez conseguida la habilitación.

En este punto la norma realiza una discriminación positiva en favor de los espacios culturales suprimiendo requisitos del Código de Nocturnidad que en vista a las propias características de los espacios se tornaban superfluos y en ocasiones imposibles de cumplir.

Los artículos 5 y 6 son cruciales para entender la proyección que realiza la Ordenanza sobre la realidad de los Espacios Culturales y no están exentos de críticas. El “Proyecto de Planificación Cultural” es la pauta de la cual depende la categorización del espacio según el art. 5 (sea categoría A, B, C, o D), y de ella depende el subsidio que el municipio otorgue. Pero la categorías se reparten en función de las horas semanales de “actividades, talleres, jornadas, etc” que se acrediten en el proyecto y he ahí la principal controversia. La caracterización de estas actividades se relaciona con una cuestión eminentemente formativa, la cual responde a una concepción algo anacrónica de la cultura, que no se condice en todo con los Espacios Alternativos

que proponen otro tipo de función social, relacionada con la integración pero mucho más cercana a aquella que proponían en el pasado los clubes de barrio, espacios de desarrollo de puertas abiertas hacia los vecinos, como en las Casas Lumpen y Unclan, donde esto se materializó en la Fiesta en el Barrio del 1° de Mayo, donde se invitó a los emprendedores de la zona a participar en la Motherferia y además se festejó el día del Trabajador de la Cultura. En los arts. 6 y 7 se hace referencia a los subsidios correspondientes según la categoría, equivalentes a un sueldo municipal básico o categoría 4, 5 o 7, y la posibilidad de retirar hasta tres por adelantado para hacer frente a refacciones.

En el artículo 8 se encuentra un cierto régimen de fomento, otorgando exenciones para el pago de algunas tasas municipales, aunque en el caso de los Servicios Urbanos Municipales exige la propiedad del inmueble. En los artículos 9 está la autoridad de aplicación de la ordenanza: la Comisión de Coordinación de Política Cultural de la Municipalidad de La Plata. Integrada por 2 miembros de la Secretaría de Cultura, 2 representantes del Concejo Deliberante y 3 representantes de los Espacios Culturales Alternativos. Las funciones de la Comisión están contenidas en el art. 10: *“La Comisión tendrá por objeto:*

1. Recibir y evaluar las propuestas que consten en el Proyecto de Planificación Cultural de los Espacios Culturales Alternativos.

2. Promover y difundir las actividades culturales de los mismos.

3. Asesorar a los Centros Culturales en todo lo pertinente al inicio de trámites en las distintas dependencias provinciales y municipales, con el fin de regularizar la situación para que puedan acceder a la habilitación.

4. Tramitar las exenciones tributarias previstas en el artículo 8°.

5. Intervenir como mediador entre los Espacios Culturales Alternativos y los vecinos.

6. Articular políticas culturales que impliquen la participación del municipio en los espacios culturales alternativos, como así también otras iniciativas comunes y complementarias.”

No puede obviarse la existencia de intereses muchas veces contrapuestos, aún entre los representantes de los espacios, y está por verse cuál será la composición de la Comisión, ya que de ella dependerá la aplicación de la ley en el caso concreto. Por lo pronto, el asesoramiento para iniciar los trámites es una cuestión fundamental, habida cuenta que la mayoría de los gestores de centros y espacios culturales no poseen el capital técnico para hacerlo, lo cual muchas veces termina en la burocratización y su funcionamiento al margen de la ley.

Entre el artículo 11 y el 13 se recepta la cuestión fundamental de la gestión económica de los espacios. En primer lugar se les permite incluir dentro del Proyecto de Planificación hasta 4 eventos nocturnos mensuales, pero inmediatamente remite al artículo 8 del Código de Nocturnidad, es decir: estas actividades quedan comprendidas en las disposiciones del Código, pero queda en la Secretaría de Cultura informar a la de Control Urbano sobre los eventos planificados por espacios alternativos. En el art. 12 se habla de la autogestión en los siguientes términos: *“Autogestión. Podrán funcionar como actividades complementarias al uso de los Espacios Culturales Al-*

ternativos: galerías de arte, venta y/o canje de producciones culturales y artísticas y/o ferias y alimentos y bebidas.”, sin embargo en el art. 13 se limitan las “actividades complementarias”: “Las actividades complementarias al Espacio Cultural Alternativo no podrán representar la actividad principal del Espacio, y deberán desarrollarse conjuntamente con las actividades mencionadas en el artículo 2° de la presente Ordenanza. Estas actividades complementarias no podrán superar el 30% de la superficie total del establecimiento.”.

Estos últimos artículos son muy discutibles. Se incluye como complementarias actividades tan disímiles como la venta de alimentos y bebidas y la venta de producciones culturales y artísticas, es decir, se pasa por alto al trabajo del artista, que al igual que cualquier otro trabajador tiene derecho a ser remunerado en lo que produce, y en La Plata las oportunidades de acceder a un mercado para su obra se viabiliza en gran medida a través de los Espacios Culturales Alternativos (algunos de ellos también galerías de arte). Es a través de las posibilidades de tener un pago digno a los actores por su trabajo que se fomentan y promocionan el arte y la cultura, los altos objetivos generales de la ordenanza. Es extremadamente valioso el reconocimiento a la autogestión de los espacios, pero lamentablemente queda opacado por esta cuestión.

Finalmente, se deroga la Ordenanza 10463 y se reforma en lo pertinente al Código de Nocturnidad. El artículo 15 preceptúa al instrumento objeto de los deseos de todos los espacios: el Certificado de Espacio Cultural Alternativo.

IV. Conclusiones

La Ordenanza 11.301 a pesar de las objeciones que le caben, fue un logro importante para la cultura platense. A pesar de los tumbos en su aplicación y la tardanza en su reglamentación, ya ha funcionado en algunos casos como un escudo para los Espacios Culturales Alternativos y ha habido avances concretos como la apertura del Registro y la otorgación de habilitaciones provisorias, pero mientras tanto desde algunos sectores del Municipio se sigue desconociendo su existencia y continúan las clausuras y la persecución administrativa. Desde la escena independiente, las cosas están claras: las movidas culturales a lo largo de las última gestión municipal y durante la actual, son patrimonio de la gente y su protección le incumbe a los mismos. Como muestra, basta hablar del festival Provincia Emergente organizado a mediados de año por la Secretaría de Cultura de la Provincia de Buenos Aires: mientras desde las autoridades se ponderaba a la cultura joven de la Ciudad de La Plata y su escena rockera, en paralelo se volvía a clausurar Pura Vida, su reducto más emblemático. Provincia Emergente tuvo que conformarse con artistas “reconocidos” como Illya Kuryaki y Dread Mar-I que nada tenían que ver con la cultura platense, porque las bandas que la integran (Güacho, The Hojas Secas, Las Armas BsAs, La Teoría del Caos, Peces Raros, Pérez, Un Planeta, entre tantas otras) renunciaron a participar del festival en apoyo a Pura Vida, y no sólo eso, si no que además organizaron en cuestión de días un contrafestival para reclamar por el levantamiento de la clausura y en defensa de la cultura al margen de una mera concepción lucrativa y utilitarista: Cultura en Emergencia. Este increíble gesto de solidaridad y desprendimiento habla

a las claras de la madurez de un colectivo mucho más amplio organizado en defensa de sus derechos, los cuales se ejercen y viabilizan a través de los Espacios Culturales Alternativos, como hemos podido apreciar a través de la reseña de los casos de Casa Lumpen y Casa Unclan, apenas dos de los más de 100 que existen en La Plata.

Desde ellos, continúa la expectativa por la implementación en forma plena de la Ordenanza luego de la reglamentación finalmente otorgada a fines de Octubre del 2016. Será, sin dudas, un enorme paso para todos aquellos que entienden que *“cultura no es que uno toque la guitarra frente a miles de personas, cultura es que miles de personas toquen la guitarra”*.*

*Publicado en la página de facebook de El Mató a un Policía Motorizado en ocasión de la clausura de Pura Vida en Junio del 2016.

Novedades Bibliográficas

Ramón Javier Torres Molina
mjo

8/6/1982

Mi querido Javier:

Hola; ¿cómo estás?

Yo estoy muy bien, espero que en la escuela
estés aprendiendo cosas muy interesantes. Como te

había prometido, aquí está la ronda:

A la ronda ronda
de los argentinos
a la ronda ciega
que estamos alerta
para defenderla
lo que nuestro es

A la ronda ronda
que empuja la historia
señora pinata
váyase a dormir
señora quinga
señora pinata
cazera de lata
ojos de cartón
pata de palo
como el corazón.

A la ronda ronda
de los americanos
a darnos la mano
con los cubanos
los mejicanos
y los peruanos
que se van a Uruguayos
y paraguayos
los panameños con los chilenos
Nicaragua y El Salvador

que se van
todos los americanos
a darnos la mano
la mano del sol
y de la unión

A la ronda ronda
que juntos podemos
Echar los pinatas
cazera de lata
ojos de algodón
manos de cartón
pata de palo
como el corazón.

¿te gustó?

Besos y abrazos para
tus hermanos. Te quiero

Mami

5-1020-609-104

“Otros nomos: Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, de Alejandro Médiçi

Por Lucía Carolina Colombato

Otros nomos: Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano, de Alejandro Médiçi, editado en este 2016 por el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat y la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma San Luis Potosí de México (Maestría que dirige el iusfilósofo Alejandro Rosillo) es una obra muy trascendente.

En especial lo es, como señala Jesús Antonio de la Torre Rangel en el prólogo, porque sienta las bases de una nueva teoría del derecho constitucional con una visión crítica.

En este sentido, es un trabajo que no se inscribe en el constitucionalismo clásico de autores europeos y norteamericanos, y tampoco en las teorías que contemporáneamente han cobrado centralidad en los estudios constitucionales de América Latina como el neoconstitucionalismo y el garantismo, sino que es pionero en desarrollar una teoría constitucional con un giro decolonial o descolonizador.

El giro decolonial aplicado al derecho, permite comprender que como modos de intervenir en la realidad en busca de satisfacer el valor de la dignidad humana, los derechos humanos han nacido al abrigo de un modo de relación económico e ideológico dado: el sistema-mundo moderno/colonial. La metáfora de la doble cara de la modernidad, de Walter Mignolo (2003) a la vez da por tierra con la idea de la modernidad como un fenómeno intraeuropeo, evidencia la co-constitución entre ‘modernidad’ y ‘colonialidad’, que se asocia al surgimiento del nuevo patrón de poder mundial, capitalista y eurocentrado.

Aníbal Quijano (2007), a la vez, señala que ese patrón de poder capitalista eurocentrado y global se cimienta sobre dos bases: una, la colonialidad del poder y la modernidad, demostrando que uno de sus ejes fundamentales es la clasificación social de la población mundial sobre la idea de raza, a la que Mignolo (2003) ha llamado ‘diferencia colonial’ (por oposición a la retórica de la diferencia cultural que oculta la colonialidad del poder) y la otra, el eurocentrismo como perspectiva y modo de construcción de conocimiento (Quijano, 2007).

La afirmación que antecede no tiende a menoscabar los logros conseguidos a partir de la consolidación internacional de los derechos humanos, sino a advertir que no hay un único horizonte de sentido para comprenderlos, explicarlos y ejercerlos.

Así, el libro de Alejandro se propone explorar la potencialidad de la filosofía latinoamericana de la liberación y del llamado giro decolonizador o descolonial para fundamentar la teoría constitucional, lo que considera necesario a la luz de la experiencia de lo que ha dado en llamarse el “nuevo constitucionalismo transformador” en la región, a partir de los nuevos textos y sistemas constitucionales de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

Según Alejandro, estos nuevos textos y sistemas “plantean innovaciones tales como:

1. una voluntad descolonizadora y refundadora del estado;
2. la participación popular protagónica, a través de la articulación de formas de democracia directa, indirecta, e incluso reconociendo una dimensión comunitaria de la organización del poder;
3. la asunción del pluralismo cultural y jurídico y su institucionalización en procura de la construcción de una sociedad intercultural;
4. la adopción de la forma de estado plurinacional,
5. la incorporación de una serie de principios valorativos propios de las cosmovisiones de los pueblos originarios junto a los tradicionales dimanantes del constitucionalismo moderno,
6. la aparición de nuevos derechos que le dan una nueva profundidad a las pretensiones sociales y ambientales del constitucionalismo,
7. la priorización dentro de la programación constitucional de la integración latinoamericana con criterios políticos de identidad regional, solidaridad, complementación y reciprocidad, mucho más allá de las meras conveniencias económicas y comerciales” (Médici, 2016).

Para Alejandro, todas estas innovaciones requieren además de un esfuerzo de fundamentación teórica que excede la agenda y las bases de la teoría constitucional predominante en nuestra región. En este sentido, Médici propone recuperar la impronta propia del constitucionalismo de Nuestra América, a partir de la asunción de un pensamiento situado, que se hace cargo de las premisas axiológicas y gnoseológicas de las que parte, para no naturalizar ni presentar como universal a priori la experiencia simbólica epistémica de las academias hegemónicas del mundo.

Desde ese desafío, Alejandro explicita el lugar desde el que escribe este libro, que no es solamente un lugar geográfico o contextual, sino fundamentalmente un sitio epistémico, un lugar de enunciación, que da cuenta de nuestra realidad histórica, caracterizada por una matriz de colonialidad, persistente y a la vez cambiante, del poder, del saber, del ser y del hacer como marco de nuestros estados regionales situados en el Sur.

Es así que, desde la convicción de que estos procesos constitucionales se comprenden mejor fundamentando la teoría constitucional desde la filosofía de la liberación regional y el giro decolonizador, explora los claroscuros del constitucionalismo regional de las dos últimas décadas, profundizando la tarea iniciada en *La Constitución Horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial* (2012). Aguascalientes / San Luis Potosí / San Cristóbal de Las Casas: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí Educación para las Ciencias en Chiapas A. Cs que señala el tránsito de una constitución jerárquica a una constitución horizontal, más adecuada para los procesos de democratización intercultural, complejidad y pluralismo de nuestra región.

Para hacerlo, propone:

- a) Aplicar “El principio de producción, reproducción y desarrollo de la vida”, como criterio material -no abstracto- de priorización de princi-

pios reglas y valores. Siguiendo a la propuesta de la filosofía de la liberación de Dussel, Hinkelammert y Ellacuría, Alejandro entiende que este principio, opera como criterio último de verdad práctica con el que contrastar el telos -la finalidad/ el propósito- del proceso constitucional.

b) La alteridad, como ejercicio de análisis constitucional, lo que supone reconocer el punto de vista de los sujetos, individuales y colectivos, oprimidos, explotados, excluidos, invisibles cuya voz no cuenta en el espacio público, es decir, los sujetos que no ven los teóricos de un derecho monista. La sociología de las ausencias a que refiere Boaventura de Sousa Santos.

c) La praxis socio-histórica crítica, es decir el excedente de prácticas y relaciones no subsumidas en el sistema jurídico hegemónico. Las tramas sociales donde los sujetos concretos corporales y necesitados se constituyen desde la intersujektividad, desde los lazos sociales amenazados y negados, como comunidades críticas.

Es desde estas premisas que explica cómo surgen los nuevos derechos: “Los movimientos sociales, organizaciones populares los pueblos originarios y campesinos, las organizaciones de la clase trabajadora, las de la sociedad civil en general, presionan formulando sus necesidades como nuevos derechos o re enunciando desde nuevas subjetividades y situaciones de derechos ya existentes, pero no efectivamente garantizados ni concretizados jurídicamente, de esta forma apropian o reinterpretan espacios y funciones del sistema constitucional que hasta ese momento eran opacos o estaban sometidas a un proceso de encriptación o fetichismo constitucional” (Médici, 2016).

El recorrido que propone Alejandro, comienza mostrando en el capítulo primero a la Constitución como objeto complejo. Es decir, no como concepto jurídico formal o racional normativo, que fundamenta la pirámide jerárquica de las normas de una organización estatal, sino como “un punto de articulación entre los campos de la política, el derecho, las valoraciones morales, las relaciones económicas y ecológicas de una sociedad, resultando por ello, un producto cultural -no abstracto- de esa sociedad” (Médici, 2016).

Y finalmente se adentra en el análisis de cómo la trama jerárquica de la globalización penetra también en el modo de producir el derecho profundizando sobre las dimensiones reguladoras y emancipadoras del derecho internacional, que articulan y contrastan las diferentes sus fuentes de creación: el derecho internacional público, el derecho internacional de los derechos humanos, la *lex mercatoria*.

A pesar de su carácter fuertemente crítico, el pensamiento de Alejandro no abandona su impronta utópica y esperanzada. Nos enseña que el momento constitucional es un punto en que se articula una imagen social, una narración sobre el pasado, el presente y el proyecto de una sociedad.

Por ello -dice- la justicia social entendida desde la articulación de lo ecológico, lo económico, lo político, el reconocimiento de la pluralidad social, de nuevos derechos humanos y garantías sociales, políticas, jurídicas, son objetivos irrenuncia-

bles de las praxis sociales críticas que no hay que abandonar a la ofensiva de los globalizadores hegemónicos.

Desde ese lugar advierte que el carácter de las constituciones, en tanto herramientas populares, será puesto a prueba en los próximos años, dado el escenario de dificultades -no de fin de ciclo- que enfrentan los gobiernos populares postneoliberales de algunos cuadrantes de nuestra región.

Por ello, nos invita a aprender del uso que los movimientos sociales hacen de las posibilidades abiertas por los textos constitucionales, recordando que si la constitución tiene un sentido para una sociedad democrática, es el de constituirse en un código, en una herramienta popular capaz de devolver un sentido inteligible y factible de la convivencia social.

En definitiva, como señala Jesús Antonio de la Torre Rangel en el prólogo, "*Otros nomos: Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*" de Alejandro Médiçi, es la propuesta de una teoría constitucional crítica, de una teoría constitucional desde el otro, desde el pobre, desde el oprimido, desde las víctimas de la totalidad sistémica. Es realmente una filosofía de derecho constitucional que propone *otros nomos*, es decir otros fundamentos, otros principios para organizar el derecho que rija la comunidad política y los derechos humanos.

Referencias

Médiçi, A (2016). *Otros nomos: Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát y la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma San Luis Potosí.

Mignolo, W. (2007): El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. En Santiago Castro Gómez y Ramón Grosfoguel (comp.) *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 25-46). Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.

Quijano, A (2007). Colonialidad del poder y clasificación social. En Santiago Castro Gómez y Ramón Grosfoguel (comp.), *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 93-126). Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.

Una herramienta al servicio del litigio estratégico de derechos humanos: Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el libro de Pablo Larsen

Por Román De Antoni

Tengo el agrado de presentar a la comunidad lectora de ReDeA una obra de un novel jurista de la UNLP que, con absoluta seguridad, se convertirá pronto en un referente académico en materia de derechos humanos: Pablo Larsen. Como bien indica Mario Juliano en su prólogo, llama la atención que con su notable juventud, Pablo haya elaborado una brillante obra de orfebrería jurídica, la cual –adelanto- será de plena utilidad no sólo en nuestro país, sino también en todo el continente americano.

Quienes conocemos al autor, sabemos que esta será la primera de las tantas labores que le esperan en su prometedor futuro académico y, en su desarrollo –con total certeza- seguirá reluciendo la bandera de la UNLP entre las más destacadas, como lo hizo allá por el 2013 al ganar la competencia interuniversitaria de litigio en el sistema interamericano de derechos humanos, representando a nuestra casa de estudios.

La obra de Pablo trata de un análisis pormenorizado de los arts. 1° al 32° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), principal herramienta de protección de derechos fundamentales en toda la región, en base a comentarios fundamentados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Por cierto, esta síntesis que el autor logra, no es sencilla. Quien la intenta debe evitar, en primer lugar, las frecuentes confusiones que existen en base a las constantes variaciones de posturas en las decisiones del más alto tribunal interamericano. Por otra parte, debe enfrentarse con las que surgen de su propia particularidades, que hace que el jurista habitual no esté familiarizado a su uso.

El valor de la jurisprudencia de la CADH, ha sido un tema muy debatido en cada uno de los Estados que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), en especial durante la etapa de restauración democrática, donde se puso en juego su jerarquía normativa en connotación con los sistemas locales. Por dicha razón, varios de los Estados que conforman el sistema, como la República Argentina, sintieron la necesidad de ajustar sus constituciones adecuando los sistemas locales de justicia a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

A pesar de las reformas, persistió una cierta confusión sobre el valor interpretativo del derecho internacional por parte de quienes integran los servicios locales de justicia, lo que llevó a que muchos Estados sean pasibles de responsabilidad internacional por trasgresión a la CADH. En este contexto, en aras de fortalecer el cumplimiento de las obligaciones internacionales contempladas en los instrumentos de derechos humanos, la Corte Interamericana pronunció-en el año 2006- la doctrina del “*control de convencionalidad*”, la cual implicó un nuevo paradigma en la interpretación jurídica que los jueces y operadores deben hacer sobre la CADH.

En este marco, la obra de Larsen viene a brindar, a través de un detallado análisis jurisprudencial (a través de más de mil citas de fallos), redactado de manera

sencilla y ágil, un material de suma utilidad que invita a cualquier operador jurídico al uso de la jurisprudencia que la Corte IDH brinda sobre la CADH, como herramienta hermenéutica.

Su fácil lectura y la forma de organización de esta pieza académica que Larsen construye, la convierte -sin lugar a dudas- en un instrumento de lectura obligatoria para todos aquellos que deseen utilizar y conocer los estándares que la Corte regional ha brindado en sus más de doscientos cincuenta fallos interpretando los derechos fundamentales que la CADH consagra: derecho a la vida, a la protección personal, a las garantías judiciales, libertad de expresión, protección judicial, entre otros. Por lo cual, este libro resulta útil no sólo para quienes deseen estudiar el sistema interamericano, sino también para la biblioteca de aquellos que litigan a diario en los diversos fueros: penal, familia, administrativo, tributario, laboral, etc.

Finalmente, debo advertir al lector que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido en el año 2012 el carácter obligatorio que posee la jurisprudencia de la Corte IDH en nuestro ordenamiento interno, al afirmar:

...los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.¹

Por ello, en nuestro sistema constitucional la exégesis que efectúa la Corte IDH sobre la CADH posee una superlativa importancia a la hora de interpretar las normas internas, motivo por lo cual, esta obra cobra aún mayor relevancia. Quienes a diario utilizamos su jurisprudencia sabemos que no es para nada sencillo encontrar documentos de esta calidad.

En definitiva, no tengo dudas que la obra de Pablo Larsen se constituye desde ya en una pieza fundamental al estudio del derecho internacional de los derechos humanos y especialmente al importante impacto en la interpretación eficaz al derecho interno. Hago votos, además, para que muy prontamente se convierta también en un instrumento al servicio de quienes luchan, desde la función pública y desde la sociedad civil, por la construcción de una sociedad decente, que respete y dignifique a todos los ciudadanos.

1 CSJN. Rodríguez Pereyra C/ Ejército Nacional. Sentencia del 27 de noviembre de 2012. Considerando 12 del voto mayoritario.

Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial

Amós Arturo Grajales y Nicolás Jorge Negri

Por Rosario Echevesti

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ha sido una oportunidad para que la comunidad jurídica pueda incorporar nuevas y valiosas obras, con modernas y superadoras propuestas acerca del derecho, de su concepción y del rol de quienes en el día a día deben llevarlo a la práctica.

Una de ellas es esta novedosa obra de dos abogados y docentes de nuestra casa –la Universidad Nacional de La Plata-. Con prólogo de Eduardo de Lazzari, la obra apunta a un análisis profundo de conceptos jurídicos y meta jurídicos, pero embebidos de un sentido de realidad práctica que resulta interesante, proponiendo una lectura dinámica y organizada.

Los autores comienzan analizando la transformación que ha atravesado el derecho en su totalidad, un evidente “*cambio de modelo*” que excede la mera reforma legislativa. Este nuevo estándar se ve reflejado –entre otras cosas- en una dinámica y diálogo de sus fuentes, en las pautas interpretativas incorporadas, como también en cuestiones morales y políticas –siendo una de sus expresiones más importantes la constitucionalización del derecho civil-. Pero este modelo no es caprichoso ni infundado. El mismo responde a una evolución, a una transformación del derecho y sus prácticas, que es analizada por los autores al comienzo de la obra.

Continúan con un análisis crítico del contenido del Título Preliminar del cuerpo normativo. Apuntan a un comentario teórico y práctico, orientado a los operadores del derecho cuya necesidad es, justamente, llevar conceptos jurídico-técnicos a la praxis diaria. Ese foco rector se vislumbra a lo largo de toda la obra. Los escritores realizan un análisis pormenorizado de cada una de las novedades incorporadas, con particular interés y desarrollo sobre la interpretación, y un muy interesante estudio sobre el deber de los jueces de resolver mediante decisiones razonablemente fundadas. Estudian el rol y las facultades del juez en cuanto operador del derecho, conceptos que consideran enrolados dentro del positivismo constitucional.

Dedican luego algunos párrafos a la técnica legislativa del Código, describiendo los fundamentos históricos, normativos, prácticos, sistemáticos y funcionales que la rigen, y aportando su propio análisis crítico, con una interesante visión sobre la inclusión de un título preliminar en un cuerpo de leyes como el que motiva la obra.

Finalmente, proponen al lector el aporte de elementos para la praxis, basados en una argumentación jurídica, que lleve a una mejor práctica del derecho. Resulta interesante la propuesta esquemática y el análisis de los distintos tipos de argumentos y –por supuesto- falacias. Todo ello, en miras a lo que consideran una “nueva praxis del derecho”, atento el cambio de modelo analizado previamente.

Culmina la obra con las derivaciones e implicancias que trae el nuevo Código Civil y Comercial, en el marco del proceso judicial, en la práctica del abogado litigante y en

el ejercicio de la magistratura. Vuelven a poner de resalto la idea rectora de la obra: la imperiosa necesidad de los operadores del derecho –y sus formadores- de argumentar, lo cual “*lleva aparejada la interdicción de la arbitrariedad*”, y les propone un nuevo rol que responde a los trascendentales cambios analizados a lo largo de la obra.

Sin dudas se trata de un aporte valioso, significativo, novedoso, útil y sobre todo práctico, para cualquiera que desee abocarse un estudio actualizado sobre el derecho en nuestro país, y su concepción –o al menos, una concepción muy interesante del mismo- en nuestros días.

Trabajos Finales de Grado

Celina Torres Molina
hija

3 de marzo. -

Mi querida Ulimita:

¡Hola mi amor! ¿cómo estás?

Fue una lástima que Lela no pudiera retinar hoy el paquete, bueno, lo hará en la próxima visita, ¿no te parece? Este bichito que dibujé para vos te dará un montón de besitos todos muy dulces.

¿Querés que te cuente un cuentito?

Se llama El miedo y el viejo:

En la tarde y la hora en que el sol juega a la escondida. En la vereda está todavía la tiza con que Martín hizo la rayuela. ¡- y pobre de vos que salgás a jugar a la siesta, a esa ho-

na se duerme, porque sino vos es que viene el viejo de la bolsa y entonces....! ¿Entonces qué? se preguntaba Martín. Todos los días a la misma hora de la siesta algún grande tenía algo que decir con el viejo de la bolsa.

Martín miró por la ventana y allí lo vio. Era el viejo que con la ~~bolita~~ tiza en la mano completaba los números que le faltaron poner a la rayuela... 9, 10, 11 y la palatosa cielo. Martín miró a todos lados pero la casa estaba en silencio, los grandes dormían la siesta. Despacio, des-pa-



Contemplación histórica del sistema penitenciario y nuevos horizontes para la protección de los derechos de las personas privadas de su libertad

Por Tomás Vasser

I. Introducción

“Brooks esta institucionalizado. El hombre ha estado aquí por cincuenta años Heywood, cincuenta años. Esto es todo lo que conoce. Aquí es un hombre importante, un hombre educado. Afuera no es nadie, sólo un ex convicto con artritis en ambas manos. Probablemente no podría siquiera sacarse un carnet de biblioteca. Estas paredes son graciosas, primero las odias, luego te acostumbras a ellas. Cuando pasa un cierto tiempo llegas a depender de ellas. Eso es ser institucionalizado. Te mandan aquí de por vida y es exactamente eso lo que te quitan, la parte que cuenta”. (Rita Hayworth y la redención de Shawshank, de Stephen King)

Con el paso del tiempo la cárcel se ha manifestado como una institución de control social, su ida central se forja en la privación de la libertad en pos de, como dirían los positivistas clásicos como Enrico Ferri y Ezequiel Lombroso, resocializar a la persona que ha cometido un delito. Su idea de construcción fue una alternativa a la solución de conflictos personales, expresados a través de la venganza privada, como forma máxima. El poder punitivo siempre implicó un arma de doble filo, mientras por un lado se lo utiliza para asegurar el bienestar general por otro lado se acentúa fuertemente en el provecho de sus propios intereses, son claras las propagandas de neto corte político que manifiestan la inseguridad y los delitos argumentando la necesidad de aumentar las penas como si fuera beneficioso para la sociedad, considerada como una masa que no distingue la realidad social de la persona privada de su libertad, porque solo se contentan con que se castigue el crimen cometido. Esta institución ha servido como muestra de esa arma, no solo a través de sus mecanismos degradadores, sino a través del control social, y digo control social ya que su objetivo final es mantener “a raya” si se quiere a cierto sector de la sociedad, sabiendo que es mucho más sencillo intervenir de una forma punitiva, que preventiva, esperando que el delito se cometa para que se aplique el castigo, cuando este mismo se puede evitar con fomento y asistencia al sector social más vulnerable. Manteniendo así, el statu quo y las diferencias sociales necesarias para que este perdure. Es por eso que la cárcel ha tenido como huéspedes no solo ha criminales, sino también prisioneros de guerra y políticos que presentaban un contratiempo para el futuro que los grandes y poderosos soñaban. Siempre estuvo ahí para albergar desde asesinos seriales hasta revolucionarios, estos últimos por una razón más que evidente, si eran eliminados se convertían en mártires y le daban al pueblo una figura y un ideal que seguir.

Nos enfrentamos a un complejo sistema que denigra, humilla y perjudica la autoestima de los individuos. Es en esa humillación es que el preso encuentra su ma-

yor debilidad, la creencia de que es una persona inferior a otra y que siempre lo será, más allá de que vuelva o no a delinquir tendrá una marca social que lo llevará durante toda su vida. Es por eso que la excepción a la regla han sido los que se han recuperado del maltrato carcelario.

La realidad es que no hay un pensamiento común acerca de esta situación, o bien la cárcel debe existir o bien debe ser eliminada; o bien “resocializa” a las personas o bien las denigra; o bien funciona o no funciona. Mi intención es demostrar que dentro de la cárcel están los propios elementos que llevarán a su eliminación por un proceso de humanización del sistema penitenciario, sin tener que llegar al extremo de eliminarla por vías externas. En síntesis, el proceso final será la abolición del sistema penitenciario como herramienta vejadora de derechos, pero solo a través de la humanización interna del propio sistema como así también, de la recuperación de la dignidad de sus habitantes.

Es por eso que este trabajo se concentrará en una palabra, más que otras para caracterizar a esta institución, no es el castigo, no es la privación de derechos ni la desigualdad social, es la humillación.

II. Breve acercamiento histórico a los sistemas privativos de libertad.

Si bien la privación de la libertad es tan vieja como la historia misma, ha mutado como forma de castigo a lo largo del tiempo, los planteamientos filosóficos remontan desde la época de Sócrates, donde el hombre culpable e injusto que merecía ser castigado era penoso a ser pasivo de una injusticia peor que la cometida.

Los planteos del castigo fueron varios a lo largo del tiempo, si bien en un principio predominó la venganza privada de los hombres, ella fue mutando en otros aspectos. La tortura o suplicio, constituyó una fuerte forma de castigo sobre vejaciones al cuerpo, que encontró, en esa época, su máxima antítesis con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Ahora, esto no evitó que en el auge revolucionario rueden las cabezas de todos los reyes. El problema es que el castigo siempre existió y siempre existirá. Sin miedo a equivocarme, puedo decir que mientras haya delito habrá un castigo, más allá del medio utilizado para contenerlo. Porque cuando una persona vulnera los derechos de otra en esencia existirá u castigo, tan simple como un padre que envía a la habitación a su hijo por romper un plato, como así tan complejo como una persona que es culpable del delito de robo, cuando su único fin fue el de alimentar a su familia. En “El Panóptico en el Texto de Foucault”, se menciona a la esclavitud como forma de castigo, creo incorrecto esa visión, la esclavitud es mucho peor al castigo, en el último hay una limitación al ejercicio de los derechos de la persona, sea por una imposición, física, psíquica o patrimonial. Pero en la esclavitud hay una apropiación total de la persona, es decir, no se puede castigar a la propiedad, se le quita incluso, la posibilidad de ser castigado, debido a que se le extrae la condición propia de persona, directamente no hay libertad, no es que existe una limitación a ella.

Los castigadores, pasaron de la pena de muerte directa, a la prisión como intervalo a la espera de la muerte hasta llegar a la prisión como pena en sí misma.

La idea de la prisión, muchas veces fue para evitar lo que la muerte traía a ciertas personas, cuando agitadores o revolucionarios, eran asesinados por los tiranos que trataban de derrocar se convertían en mártires, en figuras de público reconocimiento y admiración del pueblo. A través de la humillación que acarrea la prisión evitaban convertirlos en mártires y que su historia sea mucho más recordada.

En Inglaterra, durante la primera mitad del siglo XVI se instaura la primera casa de corrección para mendigos, vagabundos y prostitutas, con el objeto de frustrarlos y en esa forma corregir sus vicios.

A principios del siglo XVII y tomando como punto de partida las experiencias inglesas, surgen en Holanda institutos para hombres y mujeres, donde se inició una incipiente readaptación social tomando como base el trabajo. Su característica fundamental era la férrea disciplina, la frecuencia de los castigos corporales y la persistencia de las condiciones de promiscuidad.

Hasta finales del siglo XVIII, en Europa, la cárcel coexiste con varias clases de penas que el Estado imponía como las mutilaciones, la pena de muerte, los azotes y otro tipo de torturas. Paralelamente en los países bajos nacen las casas de trabajo de similares características a las cárceles. Producto del mercantilismo bajo la necesidad de mano de obra no especializada utilizando régimen de disciplina y aprendizaje laboral. Con la crisis mercantilista a inicios del siglo XVIII y el aumento de la población, estas casas sufren una mutación y comienzan a entrecruzarse con las cárceles. Las corrientes ideológicas materialistas, las nuevas premisas morales y la intervención del luteranismo dan lugar a las posturas reformistas de las cárceles y las casas de trabajos con el fin de darle una postura disciplinaria a la zona marginada. En 1779 se publica *El Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales* por John Howard, donde se denuncia la situación de las cárceles y las casa de trabajo impulsando una reforma sanitaria, disciplinaria y religiosa. Fomenta la clasificación por edad y sexo, así también como el aislamiento celular, en forma de trabajo común pero en silencio. Se sostiene que la segregación celular es necesaria para reflexión y arrepentimiento de la persona. El aislamiento triunfa como sistema imperante en Europa y Norteamérica. En 1846 el Congreso Penitenciario en Alemania apoya este sistema. El aislamiento despoja a la persona su yo interno hasta alienarlo totalmente. Posteriormente se comienza a vislumbrar una crítica hacia este sistema ya que debilita el funcionamiento como obrero que necesitara el preso. Melossi y Pavarini concuerdan que estas críticas son:

- a. La falta de concurrencia lo aísla del libre mercado de trabajo.
- b. Hace emerger la idea de obrero no retribuido.
- c. Hay una absoluta dependencia hacia la administración.

A comienzos del siglo XIX se pierde la noción de cárcel como castigo dándole una nueva visión, el de la cárcel rehabilitadora. La idea de aislamiento se va perdiendo a falta del apoyo político, más que nada causado por la ola de suicidios y mutilaciones de los presos a causas de su confinamiento solitario. Se modifican los presupuestos carcelarios para dar un tratamiento individualizado a cada preso para que pueda “volver a ser libre”. Esto se traduce en un tratamiento terapéutico humi-

llante, basado en terapias médico-psicológico, tomando a la persona como una rata de laboratorio en este nuevo experimento carcelario.

Por otro lado el aprendizaje laboral, es orientado solo al trabajo obrero, no existe evolución pedagógica ya que la era industrial no necesitaba profesionales sino mano de obra barata, lo que limitaba la libertad de elección de trabajo. Bien señala Foucault que la relación de este aprendizaje laboral, no es otra cosa que la relación de poder.

Otro elemento cabal de la cárcel rehabilitadora es la medicalización, señala Teresa Miralles, que era mantener al recluso en una situación de aceptación alienada de disciplina, modificando la psiquis del preso a una más “adecuada para la sociedad”, es decir la clásica idea de orientar la conducta desviada, quebrando la resistencia psicológica del individuo.

La nueva prisión, es omnidisciplinaria, busca un control del reo en todos los sentidos, el sometimiento de su persona al sistema que lo condene y la docilidad, si bien no a través de torturas físicas tan fuertemente marcadas como cuando era tomada como un castigo, los nuevos sistemas de coacción abracan los estados tanto físicos como psíquicos.

El modelo de la cárcel resocializadora ha pasado al modelo de castigo. Los nuevos proyectos carcelarios son experimentos de castigos institucionalizados: las famosas cárceles de máxima seguridad, de mínima seguridad, de confinamiento solitario, de criminales peligrosos, como también categorización respectiva de delitos, comúnmente materializada en ver cárceles para criminales de cuello blanco con mínimos elementos represores y para el resto de los criminales con fuertes iniciativas de castigo. Se denota un gran fomento a la desigualdad social y mantener este sistema para sostener el status quo.

Más allá de esto en los últimos tiempos no a través del estado, sino a través de organizaciones no gubernamentales, ciudadanos preocupados, sociólogos críticos y prácticas carcelarias más tolerantes, se ha fomentado la educación en todos los grados, las salidas transitorias, nuevos proyectos como las cárceles-pueblo y demás ejemplos que buscan superar la idea de aislamiento celular y la humillación de sus individuos. Más allá de esto la brecha no se ha superado y estos últimos ejemplos son la excepción a la regla.

III. Las cárceles y las “teorías re”

Como Foucault, y un gran número de autores han puesto de resalto, la pena resocializadora nace con la prisión moderna, a fines del siglo XVIII. No obstante, sólo alcanzará un desarrollo y dimensión especial en la última parte del siglo XIX, cuando el proyecto de transformación de los individuos se promueva plenamente por las disciplinas vinculadas a la cuestión criminal y se acompañe por creaciones institucionales y reformas legislativas del sistema penal.

Más precisamente, Rotman considera que la historia de la resocialización puede ser representada por cuatro modelos sucesivos: el modelo penitenciario (que tendría por elementos básicos el trabajo, la disciplina y la educación moral), el te-

rapéutico o médico (sobre el que gira la mayor parte del debate actual sobre la resocialización), el modelo de aprendizaje social, y una concepción de la resocialización orientado por los derechos de los presos. Por esta razón, afirma que términos como reforma, regeneración, y corrección, tanto expresiones más modernas como reentrada, reintegración social, reeducación y resocialización (rehabilitación), fueron usados para referirse a la misma idea.

El positivismo clásico consideraba que la conducta desviada podría ser reconducida o recaminada. La resocialización entendía que el individuo necesitaba volver a socializarse, que mediante un proceso controlado de limitaciones sistemáticas de derechos y refuerzos positivos en otras áreas se encaminaría al individuo a una conducta “adecuada” para el entorno social que lo rodeaba.

Así pues, la justificación de la pena, por medio de la resocialización está asociada al positivismo criminológico, el correccionalismo penal europeo y al penitenciarismo estadounidense, movimientos que se desarrollaron, básicamente, en la segunda parte del siglo XIX. En todo caso, siempre ligada al desarrollo de la criminología, y a una representación del delincuente, como un sujeto deficiente, que requiere ser curado o corregido para conformarse como sujeto del derecho.

Este presupuesto, ha sido marcador de las teorías carcelarias que siguen rigiendo en nuestra época. Pero es necesario volverlo a interpretar desde un punto de vista más moderno ya que la propia historia nos ha demostrado que los reos no pueden “resocializarse”.

Emile Durkheim señala que el proceso de socialización opera a través de la absorción de conocimientos socio-culturales que el humano incorpora de diversos agentes sociales (familia, amigos, profesión, escuela, etc.), en diversos grados, implica un avance no un retroceso. En ese sentido una persona que incorporó un conocimiento social (delito), lo racionaliza lo comprende y lo supera. Pero esto se logra solo si él se mira hacia adelante y no se vuelve a recriminar sobre la misma situación. Pero no pierdo ese conocimiento ya que se convierte en experiencia que sirve de fundamento para su próxima enseñanza, el ser humano aprende de sus errores para tratar de no volver a cometerlos. Es decir, si una persona cometió un robo y lo condenan a tiempo en prisión esto no implica que una vez cumplida la sentencia se eliminará ese conocimiento, pero si lo miro en miras a la resocialización sí, porque su finalidad sería reconducir ese conocimiento en pos de la rehabilitación. No existe manera de remover una experiencia de la vida de alguna persona sin utilizar algún mecanismo de afectación psicológica a tal fin, ósea, que la resocialización no vendría a ser otra cosa que intervenir en el proceso psíquico de una persona en el interés propio del sistema carcelario, como un psicólogo que se aprovecha de mi situación para explotarme económicamente.

Nuestra Constitución, como el grueso de los textos fundamentales, se enlista dentro de las llamadas “teorías RE” que pretenden que los individuos que infringieron el pacto social de convivencia adquieran en su estadía en la prisión aquellas aptitudes no internalizadas a través de instancias de socialización previa. Pero en realidad no ocurre una falta de internalización, sino que ella todavía no ha sido aprendida, sin

embargo forzamos al reo a que incorpore eliminándole otras facetas de su ser, hundiéndolo en humillante castigo.

En mi opinión el objetivo de una prisión no es, ni debe ser resocializar, rehabilitar o reconducir conductas del ser humano. Estos es así porque nunca existe la resocialización, ya que en nuestra forma humana comprendemos una idea, la aplicamos, vemos su resultado en el mundo y si el resultado es negativo aprendemos de nuestros errores y tratamos de no volver a cometerlos. Pero no a través de una imposición sino de un proceso cognoscitivo saliente de la propia voluntad humana. No podemos como Estado obligar a una persona a que piense diferente, sin embargo podemos facilitar y asistir a la persona para que tome la decisión que crea correcta. Lo difícil de realizarlo en prisión sería, que los elementos que faciliten su decisión no solo deben ayudarlo sino al mismo tiempo deben distraerlo, tenemos que comprenderlo: *el entorno en sí mismo constituye una limitación propia de su pensamiento, producto del obvio encierro.*

Quizás la pregunta que debemos hacernos en la sociedad actual, es muy ingenua, quizás incluso ofensiva, pero al mismo tiempo válida: *¿Cómo se puede hacerle creer a un preso que no está privado de su libertad?*, la respuesta es sencilla: No es posible. Pero eso no evita que se pueda llevar al mínimo posible ese pensamiento, es ahí donde el Estado puede ayudar potenciando al máximo la creatividad y libertad posible que tiene esa persona: fomentando y asegurando la educación en todos sus niveles; cooperando y conviviendo como iguales con sus compañeros en un entorno totalmente civilizado, minimizar todo aspecto de infantilización como hora de dormir y luces apagadas, llevando el ideal de las cárceles sanas y limpias como marca la constitución, es decir, que no se busque como ideal moldear una conducta de la persona, sino darle la comodidad y medios suficientes para que de su propio ideal aprenda de su error. Estas deberían ser las cárceles del siglo XXI para evitar caer en una teoría del siglo XIX.

IV. Abolicionismo Vs. Positivismo

Frente al positivismo clásico como doctrina imperante sobre la cárcel como castigo, hace lógico que tras su constante fracaso se presente teorías del otro lado de la cancha, por así decirlo. Mientras el positivismo se concentra en las herramientas de coacción estatal y la habilitación del poder punitivo, a través de formas de castigo como es la privación de libertad, fundamentado en teorías sobre resocialización del individuo, dentro de la teoría abolicionista, como su nombre lo explica, se mantiene imperante la idea de la eliminación de la cárcel como herramienta punitiva del Estado. Dice Maximiliano Postay coordinador de la organización *“Locos, Tumberos y Faloperos”*: *...”en el sistema penal la víctima no es parte natural del proceso judicial. No hay margen de reparación de los daños causados. La víctima queda absolutamente excluida de cualquier rol protagónico. Para el abolicionismo penal, el sistema penal debe interpretarse únicamente como una suerte de organización burocrática de la venganza. Bajo ningún punto de vista cumple con ninguna de las funciones que habitualmente*

suelen atribuirsele. Desde el sistema penal no se previenen delitos, no se reinserta socialmente a las personas que los cometen ni nada que se le parezca”.

Dice Foucault: “La prisión es el único lugar donde el poder se manifiesta con total desnudez, en su forma más excesiva y donde se lo justifica como fuerza moral”. En mi entender esta premisa está marcada en su idea de no tratar a la historia del derecho penal y de las ciencias humanas como dos series separadas.

La mejor manera de explotar el castigo burocrático es desvirtuar toda justificación histórica que sostenga el maltrato del hombre a través del castigo. Para mantenerlo alejado el Estado utilizara su arma más devastadora, que en mi opinión son dos: *el estereotipo y el terror*. El primero servirá como instrumento del segundo.

El planteamiento comienza utilizando a los sujetos más debilitados del entorno social y a los más vulnerables, para manifestar que son individuos peligrosos, los medios de comunicación se encargarán del refuerzo de esta figura, debido a que toda noticia logra su efecto más atrapante cuando se resalta a una persona en carácter de “villano” de la historia. Todos los días lo escuchamos: “Todos los negros son chorros”; “hay que matarlos a todos”; “justicia por mi familia”. No se debe comprender el dolor a través del sufrimiento del victimario. Son dos estereotipos víctima y victimario, de ahí el Estado generara el terror, la masa uniforme que representa a la población responderá de forma inmediata queriendo que se castigue, pero sin tener que intervenir, es ahí donde el Estado vuelve a entrar y utiliza su máximo instrumento de poder punitivo: la cárcel.

Quizás lo más triste de todo esto, es que la cárcel como castigo humillante es de realidad histórica conocida por todos, es conocimiento común, porque nadie quiere ir a la cárcel, nadie quiere enfrentar ese tipo de encuentro, pero al mismo tiempo siempre se menciona, como solucionadora de problemas, como propaganda política y como forma justicia. Por alguna razón en el momento en que los delitos son conocido y distorsionados por los medios de comunicación y por el aparato del Estado, la persona se separa de todo su conocimiento histórico sobre la cárcel y solo se interesa en la víctima, pero no como protagonista de la historia, sino como un elemento más de ella. El verdadero protagonista es el victimario, el asesino, el ladrón, el maltratador, el enemigo y el enemigo debe ser destruido. Los mejores estrategias en tiempo de guerra saben que por más batallas que se pierdan es posible ganar la guerra, pero para hacerlo no deben atacar a la persona, deben destruir el ideal. Despoja a una persona de su ideal y no tendrá motivación para luchar, en palabras de Ortega y Gasset, el hombre es el hombre y su circunstancia, si esta no es salvada el hombre tampoco lo será. La víctima quiere justicia, ese es su ideal, en este momento distorsionado por sus pasiones y sentimientos, el aparato punitivo cual cirujano extirpara la poca idea de justicia que quede para concentrarse en solo una cosa, el dolor de la víctima, simplemente ataca la idea y la destruye. La víctima ya no siente deseos de justicia porque fue totalmente consumida por su dolor, solo le interesa la venganza. El poder punitivo facilitará esta situación, estatizando el castigo en un aparato que sistemáticamente se irá vengando del delincuente.

Existe una carencia del rol protagónico de la víctima, que los abolicionistas sostienen sirve como fundamento para sostener el fracaso de la cárcel. En el proceso la víctima es un damnificado pero no es parte del mismo, pensémoslo un segundo, es como ir a ver una película pero el actor principal solo está los primeros cinco minutos, luego es reemplazado por otra persona y pasa a un segundo plano donde las decisiones de él no afectaran la trama principal.

Son los principales exponentes del abolicionismo Nils Chirstie, Thomas Mathiesen y Louk Hulsman, sus ideas si bien fuertemente controvertidas han llegado a lograr una aplicación concreta en el campo de lo penal. Un gran ejemplo sería Hulsman que, a través de sus sistema intermedio de resolución de conflictos, logró una aplicación concreta a través de institutos como la mediación penal y la suspensión de juicio a prueba. En mi opinión el planteamiento de esta corriente no debe darse desde afuera atacando el positivismo criminológico, sino que, como remarqué en el ejemplo de Hulsman, debe lograr su manifestación en el sistema actual, adaptarse a este y desde ese punto, moldearlo para lograr su modificación total. Como bien explica Foucault es necesario aprovechar la debilidad del poder cuando descarga violencia, es más fácil entenderlo de esta manera, porque en vez de proponer alternativas y pensar fuera del juego del positivismo clásico, estar en el mismo tablero permite un acercamiento más importante a la realidad de todos los días, y a través de los propios elementos constitutivos del castigo actual, buscar la solución. Atacar el problema no pensar fuera de él. Utilizar esos elementos que debilitan el sistema penal: la humillación, la infantilización, la falta de educación, la insalubridad y toda otra descarga de acción violenta que se manifieste y que se presencie, es ahí donde la sociedad entenderá la realidad de las cárceles, no a través de teorías enarboladas por autores de renombre, sino a través de la acción y la manifestación de conductas que hagan hacer sentir lo terrible de este sistema arcaico.

El abolicionismo criminológico y el positivismo clásico están en guerra, porque de a poco la primera teoría empezó a cobrar fuerza y a abracar el campo de la segunda, pero el abolicionismo pierde popularidad porque su idea general es tan radical y , en mi opinión, de tan poca aplicación práctica que hace imposible que se conciba por una sociedad que vive, respira y siente la cárcel, siente la manipulación del dolor de las víctimas, su ausencia protagónica y que todos los días sale a la calle y no ve el cambio. El abolicionismo tiene ganar terreno pero no teórico, debe ser practico no se puede seguir ahondando conceptos ni escribiendo nuevas tesis se debe atacar el problema cuando más débil esta, como señala Foucault, y hoy es el día. La sociedad puede entender la afectación del sistema carcelario, su imposibilidad como resolución de conflictos y finalmente su eliminación.

Lo expreso de esta manera, porque no me considero abolicionista pero al mismo tiempo que se la cárcel no sirve, hoy en día, como castigo dentro de la dinámica resolución de conflictos.

V. La educación como elemento cabal en la humanización carcelaria

Establecimos la educación como programa clave en el intento de reorganización carcelaria, como futuro para lograr la abolición de la misma. El punto más importante de la educación, es que libera y expande la mente. Los confinamientos físicos, limitan nuestra capacidad de motriz, el cuerpo cede ante las paredes, de algún modo la mente también. Solo le dan órdenes pero no posibilidades. Eso al mismo tiempo coacciona sobre la mente del individuo aislándolo tanto en cuerpo, mente y alma.

La educación aumenta nuestra capacidad cognoscitiva y nos da algo que perdimos una vez caídos en este aparato: un objetivo, una meta, una nueva circunstancia si se quiere para llevar nuestra vida delante de manera productiva.

Hoy en día, rige como marco legal de la educación carcelaria, la ley 24660, con la siguiente premisa: *Todas las personas privadas de su libertad tienen derecho a la educación pública. El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad indelegable de proveer prioritariamente a una educación integral, permanente y de calidad para todas las personas privadas de su libertad en sus jurisdicciones, garantizando la igualdad y gratuidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones no gubernamentales y de las familias.*

No queda duda que ante la letra de la ley como así también ante las organizaciones internacionales, el acceso a la educación debe ser posible para todos por igual, porque sino implicaría pensar que somos desiguales ante la ley. Ahora uno lee el texto legal y parece que se intenta hacer lo correcto, ahora repasemos, en una nota del diario La Nación el 15 de Marzo de 2015 se llevó a la siguiente conclusión: *“Según el último informe del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (Sneep, 2013), publicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el 54% de los presos de todo el país (unos 34.000) no participan de ningún programa educativo dentro de las cárceles. En los penales que dependen del Servicio Penitenciario Federal, ese porcentaje es de apenas el 14% (unos 1300 presos). Un 18% de los presos cursa estudios correspondientes al EGB, mientras que un 15% cursa el nivel correspondiente al Polimodal. En tanto apenas unos 1600 presos (2,5%) cursan carreras universitarias o terciarias. En el SPF, el porcentaje para esta última categoría es de 7,4% (unos 700 presos). En tanto, un 68,64% de los presos ingresaron a la cárcel con el nivel educativo primario completo. Un 22,9% tenía el secundario completo al momento de ser detenido. En tanto sólo un 2,2% había cursado el ciclo terciario o universitario”.*

Solo el 2.2% de la población carcelaria habría cursado, ciclo universitario o terciario. Este fue el último análisis hecho, para ser una reforma reciente de la ley el cambio no se siente, con menos de 1.700 presos cursando estudios universitarios.

Posteriormente otro artículo de la ley expresa: *“El acceso a la educación en todos sus niveles y modalidades no admitirá limitación alguna fundada en motivos discriminatorios, ni en la situación procesal de los internos, el tipo de establecimiento de detención, la modalidad de encierro, el nivel de seguridad, el grado de avance en la progresividad del régimen penitenciario, las calificaciones de conducta o concep-*

to, ni en ninguna otra circunstancia que implique una restricción injustificada del derecho a la educación”.

Ahora con un sistema tan abierto para la educación en contexto de encierro ¿Por qué los números son tan bajos? Porque en el sistema actual la educación es un acceso que solo lo tienen aquellos en contexto de encierro que son premiados, imperando el sistema de premios y castigos.

Sobre esta ley de estímulo educativo el jurista Leandro Halperin explica: *“Una cosa es estimular a la gente para que estudie, pero muy distinto es poner a los docentes a decidir, aprobado o no aprobando a un alumno, si esa persona sale o no en libertad. En la cárcel lo que impera es una lógica de premios selectivos y parece que la educación en lugar de ser un derecho es un privilegio. Esto conspira contra lo que nosotros pretendemos de estos hombres y mujeres cuando vuelvan al medio libre”*

Se necesita una verdadera vocación profesional del docente que estimule realmente la educación en este sistema, al mismo tiempo con políticas que no solo estimulen sino que habiliten, permitan y, a mi parecer obliguen, llevar adelante formas educación en contexto de encierro. Si bien parece una medida autoritaria, la imposición proviene desde un bien común. Estoy seguro que será la máxima herramienta contra el aislamiento social, imponer una educación laica, gratuita y por sobre todo creativa. Liberar sus mentes en contexto de encierro, fortalecer estas ideas con programas reales que apliquen esta idea de obligar a estudiar. Si bien la batalla por mejorar las cárceles a partir de cómo son ahora, ya se perdió antes de empezar porque no existe una manera de mejorar una situación en la que se coaccionan derechos, de la misma manera que ocurriría si la cárcel no estuviera, seguramente la forma de resolución de conflictos implicaría alguna imposición u obligación de la parte damnificadora, es decir un castigo.

El problema es la falta de profesionales que se quieren integrar a este compromiso social, cuestión que no es extraña, realmente que profesional quiere enseñar en una cárcel donde el prejuicio abunda y las ideas imperante es estar en un entorno de miedo.

Creo que se tiene que generar una reforma legal sobre la educación en contexto de encierro no como fomento, ya que eso implica una actividad seriamente discrecional y poco controlada, sino una ley que impulse como obligación terminar los estudios primarios y secundarios dentro de este entorno, como así también impulsar programas de docencia universitaria en contexto de encierro y programas de asesoramiento por parte de todos los colegios profesionales del país. De otra forma se mantendrá un sistema de cupos limitados, de premios y castigos y de presos que constantemente deberán presentar habeas corpus ante jueces de turno por haberse vulnerado un derecho humano esencial e inalterable más allá del entorno en el que se encuentre.

VI. La ley 24.660 y el art. 18 de la Constitución Nacional: Reflejo de un positi- vismo clásico

Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución

conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.(art. 18 constitución nacional)

El texto ya comienza con una mentira, hoy en día el sistema carcelario es deplorable, la superpoblación como así también las condiciones higiénicas de los pabellones son terribles. El Estado no ha dado solución a estos problemas, las malas condiciones, los pabellones sucios, si bien existen organizaciones de los propios internos dentro de los pabellones que se encargan del cuidado de los mismos, esta tarea constituye una obligación del Estado no de aquellos. Sus instalaciones de baja salubridad son ejemplos de los problemas que puede traer a sus habitantes, es común que la suciedad genere enfermedades producto de bacterias, como también otro tipo de afecciones infecciosas. Esto produce una serie de mortificaciones como las que el art. intenta evitar.

Una de las enfermedades más comunes y nocivas del medio carcelario es el HIV-sida. La situación actual es dramática ya que se ha estimado que un 7,07 % de la población carcelaria tiene HIV (+), superando casi en doce veces a la tasa estado-unidense (0,6 %).

La gran superpoblación de reclusos que llega a veces a ser superior al 50% de lo establecido. Esto agrega otro factor desestabilizante de la frágil relación interno/personal penitenciaria, tornando a ésta una tarea de alto riesgo laboral.

El mismo art 18, en otra de sus fragmentos establece que no se admitirán como pena los azotes y tormentos de toda clase, haciendo alusión a la tortura como forma de pena. Es necesario entender que la interpretación de los preceptos constitucionales deben ser dinámicos, adecuarse al tiempo en el cual nos encontramos, este texto tiene más de 150 años.

Más allá de la eliminación constitucional de los azotes y otras formas de tortura el tratamiento carcelario, sus condiciones actuales y sus mecanismos de control, constituyen una clara materialización de tortura.

Se establecen escala de conductas, formas de comportamiento estandarizadas y actividades poco creativas, siendo solo el acceso a la educación la única herramienta que lo aleja de su condición aislada. La separación del castigado del mundo sin intención de acercarlo a este o limitándolo en lo más posible, debe ser considerado como una forma de tortura actual en los lineamientos de interpretación del texto constitucional.

Por otro lado la ley 24660 marca la higiene como un deber tanto del servicio penitenciario como de los internos estableciendo que *“...se atenderán especialmente las condiciones ambientales e higiénicas de los establecimientos”*. Más allá de la crisis de superpoblación esta ley no deja de decir que: *“El número de internos de cada establecimiento deberá estar preestablecido y no se lo excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento...”*. Mientras al mismo tiempo sostienen que se asegurarán las condiciones de limpieza, cuidado y conservación e las cárceles.

Estos fragmentos extraídos de la ley, marcan como la prisión debe ser, pero no como es realidad, la superpoblación carcelaria es un hecho notorio actual, las condiciones insalubres se ven al propio momento en que se pone pie en una prisión.

Ese bienestar psicofísico es una ilusión que la sociedad acepta, solo para que se produzca el aislamiento.

La ley mantiene el sistema de premios y castigos en su art 105: *Los actos del interno que demuestren buena conducta, espíritu de trabajo, voluntad en el aprendizaje y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento, serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado.*

Al mismo tiempo cataloga las conductas de sus internos generando una brecha social entre ellos debido a que *“El interno será calificado de acuerdo a su conducta...”*

Esa calificación la decide el propio sistema penitenciario, irrogándose el poder de decidir lo que significa una “conducta aceptable” y la categorizará *“...de conformidad con la siguiente escala: a) Ejemplar; b) Muy buena; c) Buena; d) Regular; e) Mala; f) Pésima”*.

Estas conductas nos determinarán si somos aceptables o reconocidos dentro del sistema para ser merecedores de visitas y otros tipos de contactos sociales, es decir que el mayor o menor aislamiento está determinado por la conducta que el propio Estado nos obligue a aplicar. Como así también no solo al contacto social dentro de la cárcel sino fuera de ella también, ya que de tener una conducta “ejemplar”, seremos merecedores de salidas transitorias, programas de libertad asistida, habitación a la libertad condicional, conmutación de penas, etc.

Da vergüenza la utilización de palabras como *“Semilibertad”* dentro de esta ley, como si fuera un control total de la vida del interno, tanto dentro como fuera de la cárcel, de esa forma se nota que también la ley guarda ideas relacionadas al control panóptico como señalaba Jeremy Bentham.

La realidad de la legislación actual todavía no nos da otra concepción del prisionero que no sea la del aislado celularmente del siglo XVIII, ya que solo a través de un control formal total se nos permitirá acceder a beneficios que deberíamos tener ya que son inherentes a toda persona como lo es trabajar, como lo es la educación, pero que al mismo tiempo no son despojados, básicamente son los dueños de nuestro destino. Pareciera que cada artículo de la ley 24.660 es un ladrillo más de la construcción panóptica que Bentham concibió.

VII. Punta de rieles y la idea de un sistema diferente

En Uruguay, un duro informe sobre los penales de ese país, presentado en 2009 por el relator de la ONU Manfred Nowak, promovió un consenso de las diferentes fuerzas políticas del país vecino, que derivó en la creación del Instituto Nacional de Rehabilitación (INR), con el objetivo de reformar el sistema penitenciario. Hoy, la mayoría de las cárceles uruguayas están bajo la órbita de esta institución. En total, hay 9900 presos en todo el país.

La historia de “Punta de Rieles” como unidad de detención, se remonta, al menos en el tiempo histórico más cercano, a los años de la dictadura militar en el país. Adquirida sobre 1967- 1968 por las Fuerzas Armadas, la propiedad que había funcio-

nado antes como centro de noviciado religioso, fue convertida en uno de los tantos Centros de detención del país.

La actual Unidad de internación para personas Privadas de Libertad No. 6 “Punta de Rieles”, perteneciente al INR, Ministerio del Interior, se encuentra abocada al desarrollo de las transformaciones contenidas en el proceso de creación de una nueva institucionalidad para materializar una nueva modalidad en la gestión de la privación de libertad. Luego de su puesta en marcha, durante el año 2010, esta unidad, comenzó a desarrollar un conjunto de actividades productivas, educativas y culturales que definen su cercanía conceptual y de prácticas.

Por primera vez, en la corta historia de la Unidad, las actividades laborales han incluido el trabajo extramuros.

Este penal aloja a unos 500 presos. En algunos aspectos, funciona como un pueblo. La confitería, el almacén social, una peluquería, una rotisería, una casa de tatuajes y una huerta son algunos de los proyectos creados por los detenidos que se distribuyen sobre las callecitas de tierra del predio, donde, en un día normal, los presos circulan casi sin restricciones, siempre dentro del perímetro.

Las celdas, que son para cuatro o seis personas, sólo se usan para dormir y algunas barracas permanecen abiertas las 24 horas. A su vez, se proyecta que haya lugares individuales para que los detenidos puedan tener un espacio de privacidad.

El dinero que ingresa le pertenece al emprendedor, y sólo se les descuenta un canon variable de hasta el 20% por el consumo de electricidad y agua, y el uso del terreno.

El 80% de los emprendimientos dentro de Punta de Rieles es de los presos. También hay detenidos que trabajan para el Estado y cobran un peculio. En el área educativa, un espacio llamado Inclusión Digital fomenta que los detenidos accedan a Internet, con algunos filtros.

Según una nota del diario infobae, se afirma que mientras la reincidencia en otros sistemas penitenciarios ha llegado a escalar el 50%, los primeros datos del penal dan una reincidencia del solo 2%.

El objetivo es sencillo, se está tratando de humanizar las cárceles, de darles un contexto que no implique un encierro absoluto, donde no exista una infantilización del prisionero, donde tenga responsabilidades y se pueda manifestar sus necesidades. La idea de la cárcel-pueblo ayuda al prisionero a sentirse que no está tan alejado de la sociedad, sino que es parte de ella pero dentro de otro ámbito. No hay que ser ingenuos, sigue privado de su libertad, sigue aislado y sigue castigado. El castigo jamás se podrá extraer pero si se puede racionalizar y comprenderlo dentro de un panorama en el cual no se sienta como un marginado social.

Si bien existe un especie de experimento, siendo los internos sujetos de prueba, este no apunta a la humillación sino al progreso y la interacción social de la persona, creo que es el mayor extremo opuesto al aislamiento celular que los autores clásicos sostenían, al mismo tiempo que no se manifiesta a través de teorías resocializadoras sino que solo intenta que la persona que cometió un delito logre encasillarse

en la regla de la cantidad mínima que Foucault predicó (Se comete un crimen porque se espera obtener ventajas. Por tanto, el castigo tiene que superar, pero sólo un poco, esas ventajas).

VIII. Conclusiones

De lo aquí expuesto, es menester resaltar que el sistema carcelario se mantiene como una institución arcaica, que concentra dos grandes características: la Humillación e Infantilización. Se han enarbolado teorías y llevado estandarte de humanización a un sistema que se ha perdido en el tiempo y que no ha cambiado. La cárcel es y será un instrumento de castigo, jamás se podrá decir que una forma de rehabilitación social, es imposible. Es necesario remarcar que más allá de la existencia o no de la cárcel, la resolución de conflictos siempre va a llevar un castigo, porque el castigo constituye una limitación a los derechos de las personas y no puede esperarse que quien cometa un delito no sea pasible de esto. Sino habilitaríamos a pensar que toda conducta delictiva no implicaría ninguna consecuencia para la persona, es decir podemos librarnos de instituciones que fomentan un castigo cruel, pero no podemos librarnos del castigo porque es la herramienta que se utilizara en la solución de conflictos. Podrá utilizarse alguna otro sinónimo para encuadrar el procedimiento que a carrera la consecuencia de un delito pero siempre sea una imposición y el cumplimiento de una obligación, ya que la persona no puede vivir libre de responsabilidades.

Toda nivel de maduración del ser humano se logra a través dela adquisición de responsabilidades, sino no seríamos más que niños y nuestra figura paterna seria el poder punitivo, ya que necesitaríamos de un instrumento externo a nosotros para diferenciar el bien del mal.

Creo que el abolicionismo es una postura muy pretenciosa, pero altamente justificada, al mismo tiempo creo que la forma de enseñar esta teoría debería ser a través de una suerte de conversión de un sistema en otro, es decir, todo los elementos necesarios para que pasemos de un aparato punitivo extremo a una eliminación total del sistema carcelario.

Creo que esto solo se da en la práctica, a través de proyectos carcelarios que manejen un cierto grado de humanidad con sus integrantes, que fomenten la educación, que traten como adultos a sus internos, que busquen realmente entender porque cometieron un delito más que evitar a que vuelva a cometer. Se debe comprender a la persona no asustarla. Es sencillo realmente es escuchar y es ayudar al privado de libertad, es necesario que se deje de estigmatizarlo, los medios de comunicación son una constante herramienta que sostiene el programa político de “mano dura” con los delinquentes. Siendo una real vergüenza ver la superpoblación carcelaria que en su mayoría son de clases marginales, cuando las persecuciones por delito de cuello blanco es mínima y sus penas son prácticamente inexistentes. El Estado debe amparar los derechos de la víctima y victimario, no dejarlos en un segundo plano.

Pero para lograr este cometido se deben utilizar las propias herramientas con las que el poder punitivo reprime y convertirlas en propias para ayuda y no represión. Ya sabemos que la cárcel no es la respuesta, pero tampoco podemos concebir un mun-

do sin ella, así que empecemos donde podamos, humanicemos el sistema carcelario, como ya lo dije anteriormente y, más allá que suene un poco doloroso, distraigamos a quien ha caído dentro de la rueda punitiva, dándole oportunidades, asistencia y responsabilidades, no formemos reincidentes, formemos profesionales, no criemos niños, responsabilicemos adultos.

IX. Bibliografía

- El control formal: la cárcel, Teresa Miralles El pensamiento criminológico: estado y control / coord. Por Juan José Bustos Ramírez, Roberto Bergalli, 1983, ISBN84-297-2028-6, págs. 95-120
- Resocialización o control social, por Alessandro Baratta. Ponencia presentada en el Seminario Criminología Crítica y Sistema Penal.
- El Panóptico en el texto de Michael Foucault (Vigilar y Castigar).
- ¿Qué es el Abolicionismo Penal?, por Maxi Postay (<http://www.agenciaparalalibertad.org/articulo/que-es-el-abolicionismo-penal/>)

CAPÍTULO V:

- Ley N° 24.660, arts. 133 y 135.
- Artículo del Diario La Nación: “Una mirada al interior de las Cárceles Argentinas”, por Sol Amaya y Marthe Rubio, del 25 de Enero de 2016 (<http://www.lanacion.com.ar/1861899-radiografia-de-las-carceles-argentinas>)
- Artículo del Diario La Nación: “Cómo funciona el sistema educativo en las cárceles argentinas”, por Sol Amaya y Florencia Barragán, del 13 de Marzo de 2015 (<http://www.lanacion.com.ar/1774947-como-funciona-el-sistema-educativo-en-las-carceles-argentinas>)
- Ley N° 24.660, arts. 58 a 61 y 100 a 105
- Art. 18 de la Constitución Nacional
- Artículo del Diario La Nación: “Punta de Rieles: la cárcel uruguaya que funciona como un pueblo”, por Sol Amaya, del 13 de Mayo de 2015 (<http://www.lanacion.com.ar/1797451-punta-de-rieles-la-carcel-uruguaya-que-funciona-como-un-pueblo>).
- Artículo del Diario Infobae: “Cómo funciona la cárcel uruguaya que logró bajar la reincidencia”, por Giovanna Fleitas, del 23 de Agosto de 2014.
- Modelo Penitenciario Alternativo. Punta de Rieles. Por Camila Petrone. (<http://www.pensamientopenal.org.ar/modelo-penitenciario-alternativo-punta-de-rieles-por-camila-petrone/>)

Derechos Humanos universales para pocos

Por Leandro Gallardo

I- Introducción

Este trabajo tratará de dar una respuesta aproximada a la cuestión de si los derechos humanos son universales, porque siempre y a cada rato los países con sus ordenamientos jurídicos tan distintos y a la vez tan similares, deben pronunciar y promover distintas leyes y comportamientos humanos en favor de proteger colectivos “minoritarios”. La investigación se enfoca especialmente en el colectivo de las personas trans, colectivo por demás vulnerable y relegado socialmente. Las personas transexuales necesitan el reconocimiento de esos derechos que consideramos universales más un “plus” que es el reconocimiento y aceptación social.

La transexualidad es un fenómeno social y humano presente en todos los tiempos y de todas las épocas, aunque a lo largo de la historia ha recibido abordajes muy dispares. En la actualidad, las personas trans están luchando por sus derechos reclamando mayor visibilidad y el fin de la patologización de sus vidas, lo que se traduce en la necesidad de generar herramientas y estrategias con las que enfrentarnos a los sesgos transfóbicos que atraviesan todos los contextos sociales en los que una persona trans tiene que moverse para poder llevar una vida vivible... (Latorre, 2014).

II- Hipótesis.

Es necesario la creación de normas específicas que protejan colectivos minoritarios para la aceptación legal y social, como y de qué manera surgen leyes que vuelquen en un sustento legal, la realidad social, asimismo, como y de qué manera estas nuevas normativas, forman y transforman la vida de los agentes sociales, tanto operadores jurídicos como personas comunes. Sumado a la vulneración de derechos, que creamos universales y reconocidos por todxs y para todxs. Complementario a estas leyes de reconocimiento, son necesarias y en conjunto a la creación legislativa, políticas públicas que den el sustento a la ley y que reconozcan efectivamente además de materializar las necesidades jurídicas-sociales.

En particular nos enfocaremos en el acceso a la educación, a la salud y la situación de encierro, privación de la libertad, para dar cuenta sobre este interrogante.

III. Desarrollo

“Cuando se habla de dos sexos, masculino y femenino, se está abarcando en esta dicotomía un disciplinamiento de aspectos muy complejos de la sexualidad humana. Por supuesto el sexo anatómico, con el que a primera vista y al nacer se clasifica a casi todos los seres humanos. Tan fuerte es, que cuando no se la encuentra se la produce” (Maffia, S/A). Para empezar a hablar sobre transexualidad y sus relaciones sociales, es necesario tener en cuenta y partir de esta base, la disciplina de la sexualidad. Si bien la persona cuando nace trae aparejado símbolos o caracteres asociados a un sexo, no necesariamente en el desarrollo de su vida se puede identificar con el

género masculino o femenino. Es importante remarcar que el género es el que uno va construyendo a través de vivencias, situaciones y sensaciones a lo largo de su vida, como así también, Diana Maffia reafirma “que los sexos son dos, es afirmar también que todos estos elementos irán encolumnados, que el sujeto tendrá la identidad subjetiva de género de su sexo anatómico y cromosómico, lo expresará y aceptará los roles correspondientes, y hará una elección heterosexual. Lo que escape a esta disciplina se considerará perverso, desviado, enfermo, antinatural, y será combatido con la espada, con la cruz, con la pluma, con el bisturí y con la palabra” (idem)

A su vez continua diciendo que: “los Derechos humanos universales, para ser ejercidos por personas singulares, requieren respuestas muy diversas. Una sociedad disciplinadora que sólo acepta como ciudadanxs a quienes cumplen con el estereotipo prefijado por el grupo hegemónico dominante, deja fuera de la ciudadanía de modo arbitrario e injusto a enormes porciones de la población”, ella habla y aspira a la “humanización de las relaciones sociales”, ya que las personas al no cumplir con esos estereotipos ya prefijados por las distintas instituciones sociales, instituciones en la concepción de conjunto de personas, con base moral, religiosa, ética y porque no también de estética. Este trabajo busca hacer visible los estereotipos que sufren a diario la población trans al sentirse vulnerados aspectos básicos y fundamentales como el acceso a la educación y a la salud, como así también en qué situación se encuentran las personas privadas de su libertad, en contexto de encierro.

La organización de Naciones Unidas por su parte dice que “Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.” Surgen como universales proclamados por la asamblea general de Naciones unidas en 1948, como consecuencia de los diversos conflictos bélicos que ocurrían en el momento en el mundo.

...Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión...

Mediante la declaración universal de Derechos Humanos los estados partes se comprometen a un reconocimiento íntegro y particular de los derechos de las personas sin

distinción alguna. Son garantizados por los ordenamientos internos de cada país, a través de los diferentes tratados, y el derecho internacional consuetudinarios.

En Argentina, la ley de identidad de género, 26.743, fue sin ninguna duda un gran avance tanto para las personas que luchaban por el sancionamiento de alguna ley en cual sentirse amparado, sino también para toda la sociedad en general. Si hablamos de Derechos Humanos corresponde que una ley este a la altura de protección y reconocimiento de estos en diferentes aspectos y planos. La ley hace un mero recorrido por los aspectos generales, que deben cumplirse para justamente, garantizar los derechos inherentes a las personas, en su artículo segundo, hace una clara y específica mención a la definición de identidad de género.

Capítulo I: Acceso a la Educación

Cuando se habla de educación, es sin lugar a dudas uno de los derechos humanos por excelencia ya que la persona tiene el derecho inquebrantable a poder educarse, ya sea en los primeros pasos de la vida como así también en el momento que se lo considere oportuno. Teniendo en cuenta, que la educación como tal, es una herramienta emancipadora para lxs sujetxs en sociedad.

En el ámbito legal y legislativo, Argentina cuenta con leyes de suma importancia, tal es así como la Ley 26.150 que establece el acceso de las personas a la educación sexual integral en cualquier periodo ya sea inicial, primaria y secundaria. Sumada a esta normativa, se encuentra la Ley de educación nacional 26.206 donde establece en su artículo 2, que la educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal además garantizado por el Estado, la normativa legal continua diciendo que la educación es una prioridad, respetando los derechos humanos y libertades fundamentales. La ley de educación nacional, hace énfasis, en que la educación brindara las oportunidades necesarias para el fortalecimiento integral de las personas a lo largo de toda su vida, promoviendo la capacidad para definir su proyecto de vida, basado entre tantos valores en el respeto a la diversidad.

Dentro de los fines y objetivos de la política educativa, hace mención a que el estado "...asegurara condiciones de igualdad, respetando las diferencias entre las personas sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo....". Finalizando este apartado, hace referencia a la promoción en todos los niveles educativos la eliminación de todas las formas de discriminación.

En nuestro país tenemos distintos niveles de educación obligatoria:

- En la primera etapa de crecimiento, la educación Inicial que comprende a lxs niñxs desde los cuarenta y cinco días hasta los cinco años de edad inclusive, siendo obligatorio el último año.
- La Educación Primaria destinada a la formación de lxs niñxs a partir de los seis años de edad, donde ya empiezan a formar al niño como bien hace mención la ley en su artículo 27, apartado h, a la igualdad de las personas y el respeto a la diversidad.
- La educación secundaria como tercer escalón educativo, es para aquellos adolescentes y jóvenes que hayan cumplido con el nivel de educación primaria, se divide

en dos ciclos: el primero: ciclo básico, de carácter común a todas las orientaciones y el segundo ciclo orientado según las distintas áreas del conocimiento. En esta etapa de la educación, al ser adolescentes entra en juego la discriminación al que es “distinto” pese que a la ley garantiza que lxs estudiantes puedan desempeñarse como “... sujetos conscientes de sus derechos y obligaciones, que practican el pluralismo, la cooperación y la solidaridad, que respetan los derechos humanos, rechazan todo tipo de discriminación...”

Para abordar el tema desde un enfoque educativo, entreviste a Lucas y Juan, dos varones trans de 18 y 22 años respectivamente, que al preguntárseles sobre su experiencia personal y como tomaron a la educación me respondieron: “... la pase con su otra identidad, no fue mala, comencé el cambio de género luego de terminar la escuela...” Juan, por su parte cuenta que paso todo el proceso de transición en el colegio secundario y que nunca recibió una limitación, ni tampoco discriminación por parte de la institución “... Nunca me discriminaron por ser diferente, al contrario, me ayudaron y me entendieron a la perfección...” (Ley 26,206, 2006)

También se le pregunto acerca de las limitaciones del colectivo trans acerca del acceso a la educación y su respuesta fue un rotundo no, no consideran que este limitado el acceso a la educación para las personas trans.

Capítulo II: Acceso a la Salud.

Cuando se habla de salud¹ lo primero que se viene a la mente es enfermedad, pero también hay que rescatar que dentro de un sistema de salud, no solo quedan comprendidas las enfermedades, si no también, las obras sociales y medico asistenciales, los hospitales (como institución formada por personas), salitas de barrio y de primeros auxilios. Podemos encontrar que como menciona la “Fundación Huésped” en conjunto con “ATTTA”¹², el sistema de salud de Argentina se caracteriza por ser segmentado, heterogéneo y poco equitativo. Al sector público tienen derecho al acceso todos los habitantes, independientemente de que tengan algún tipo de cobertura social o privado”.

De diversas formas, se pone siempre en “jaque” el servicio de salud, más allá de la idoneidad del profesional que te toca en una guardia, como el profesional que se elige en una consulta, sino también del trato o mejor dicho, el destrato que sufren las personas trans. Un claro y sencillo ejemplo es el llamado por el nombre de pila que figura en el DNI si la persona no ha hecho el cambio, se expone a una situación engorrosa y bastante discriminatoria, por un lado, y avergonzante por el otro. Valentina¹⁴, expuso esta situación, haciendo hincapié en los malos tratos que reciben sus compañeras como así también la ridiculización que se torna moneda corriente por parte del equipo de salud como así también, del área de administración de los diferentes lugares de salud.

Carla, comenta esta situación para el suplemento “Soy” del diario Pagina|12: “Si para lasociedad es difícil incluirnos en el día a día, imagínate en una institución como un hospital, con ciertas reglas, disciplinas. No se me ocurría entrar a

un hospital como paciente. Se te burlaban en tu cara, te internaban en cualquier lado. Fue una lucha muy fuerte capacitar a los que trabajan acá y a nosotras mismas”.

Gabriela Mansilla, mamá de Luana, primera niña trans en nuestro país, relata en su libro “Yo nena, yo princesa” todas las situaciones que tuvo que pasar para que a su hija le dieran el DNI respetando su identidad de género, “tenías la carita roja de la fiebre y los ojitos vidriosos y la médica sin mirarte me preguntó: -¿Tiene los genitales atrofiados? -¿Perdón? - Mirá, cuando me dijeron que era un varón no lo podía creer, ¡pero parece una nena! ¡Qué hermosa, es increíble!, pero ¿tiene pene?”(Mansilla, 2015).

Lohana Berkins (2015), opinaba que “La reasignación sexual y la hominización son derechos personalísimos que ni deberíamos discutir. pero no son nuestras únicas necesidades. La salud también es prevención, que la compañera incorpore la idea de hacerse un chequeo anual, que el sistema de salud la reciba... tanto la ley como la salud misma son cuestiones interpretativas.” También continua agregando: “La idea de salud integral también concierne a aquellos médicos que te operan ilegalmente, de modo privado, y sin darte ni siquiera un recibo por la intervención que te hicieron, ni hacerte un seguimiento pre y postoperatorio”(Berkins, 2015).

Capítulo III: Contexto de encierro: privación de la libertad

En una entrevista con Fabián Bernal, quien es Director del Comité contra la tortura de la provincia de Buenos Aires, menciona la problemática provincial de las personas en contexto de encierro, haciendo alusión a las malas condiciones edilicias, pésimas medidas de higiene, sumadas a la mala calidad en la comida, si es que la hay, la poca educación que se les brinda y el negado acceso a la atención médica. Pasado unos pocos minutos, Fabián, el director del comité, empieza a comentar la realidad carcelaria que sufren, las personas trans que no solo se le restringe la libertad ambulatoria, sino también los derechos inherentes y por lo tanto esenciales para un “normal” desarrollo de la vida.

En su informe alternativo, “Seguimiento a las recomendaciones del cuarto informe periódico de Argentina”. Para ser presentado ante el comité de derechos humanos de naciones unidas. Elaborado por la comisión por la memoria, presentado en el mes de Junio del año 2011, hace mención a esta problemática, en el apartado que hace referencia a “torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en el punto cuarto denominado: Violencia, torturas y discriminación con población trans. (García, 2011)

(...) El colectivo de personas trans que adoptaron una identidad de género femenina es, por varios motivos, el más vulnerable dentro de las unidades penales. Obligadas a permanecer en unidades penales masculinas, son constantemente sometidas a torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes. Son objeto de burlas, malos tratos y abusos sexuales de manera sistemática. No existe respeto por su identidad de género, y son de modo permanente tratadas como hombres homosexuales, de manera despectiva y humillante (...)

Comienza diciendo el informe antes mencionado. El escrito muestra la realidad carcelaria del colectivo trans, hace referencia a la unidad penal número 32 de Florencio Varela como única unidad perteneciente al sistema penitenciario que cuenta con un pabellón denominado “homosexuales”, donde conviven personas trans, homosexuales y personas con causas vinculadas a delitos contra la integridad sexual.

El comité pone énfasis en la ausencia de criterios responsables y la falta de capacitación de los operadores (judiciales como penitenciarios) para respetar los derechos de quienes adoptaron una orientación sexual diferente, da lugar a todo tipo de prejuicios y de delitos que desprecian la dignidad de las personas. Los miembros de comité han realizado diferentes inspecciones, las detenidas trans manifestaron que no tienen acceso a continuar con el tratamiento hormonal que realizaban en libertad (tratamiento por demás fundamental), tampoco a tener visitas íntimas con sus parejas. Además tienen problemas para acceder a la educación dado que las autoridades argumentan que “no pueden compartir espacios con otros hombres no homosexuales”. También se les dificulta el ingreso de tintura para el pelo, ropa femenina, maquillaje, etc.

IV. Reflexiones finales

En el trascurso del trabajo nos damos cuenta que, si bien se ha avanzado y mucho en cuanto al reconocimiento de los Derechos de las personas trans, se nota y se hace saber que lo que falta es la mayor inclusión por parte del conjunto de personas que llamamos sociedad.

La concientización de lxs personas, tanto operadores jurídicos como así también de todxs aquellxs que cumplen funciones es muy importante y de tal trascendencia ya que son lxs que van a tener contacto cotidiano. Por ejemplo en la atención en un hospital, como hemos remarcado anteriormente, todavía no encontramos la adaptación entre la norma y la persona, al encontrarse en estas situaciones nos damos cuentas que esa adaptación no es concreta ni completa, en lo más mínimo, como llamar por su nombre elegido.

También en estas reflexiones finales queremos remarcar la importancia que tienen los colectivos que luchan por el reconocimiento de sus derechos, como así también de las distintas organizaciones, sociales y políticas que acompañan la lucha por su visibilidad, si bien esta lucha viene de larga data, creemos que se puede siempre mejorar e ir hacia adelante.

Como decía Lohana Berkins (2016) “Cada unx construye su identidad y su sexualidad como puede, con las herramientas que tiene”, la implementación de políticas públicas es sin ninguna duda un paso para poder hacer efectivo el reconocimiento, y dar en favor de estas personas un abanico de posibilidades y así también, de herramientas solidas y concretas.

Trabajos de Investigación



Lacrecia Torres Molina
hija

19/1/1982. -

Mi querida:

Hace apenas un rato que te vi, pero, como ves, ya te estoy escribiendo. Después de la visita, me di cuenta que no te había dado ningún mensaje para tu papá, ¿cree que se enojará?

Le dije a Ana sobre tu pedido de un tapiz como el que le hizo a Celinita y quedamos en que, entre las dos, te lo vamos a hacer. ¡Llevaste a alguna visita la vincha para que la visto tu papá?

En la próxima, me gustaría contarle cómo era yo cuando tenía tu edad; aunque una mamá y su hijo hayan vivido épocas diferentes, hay muchas cosas que se viven de una forma bastante similar.

Decile a Tita, si ella dispone de dinero como para comprar una remera para una de las chicas que no tiene visita, preguntásele y cuando tengas me traaes la respuesta, ¿de acuerdo? Si la respuesta es positiva, charlaremos con vos sobre el talle, color, etc.

Bueno mi corazón, espero que sigas zambulléndote en los tres metros, seguro que dentro de unos meses días, Guly también lo hará. Carinos para todos, especialmente para Tita; para los todos mis heros y abuecos. Te quiero mucho.

mamá

El funcionamiento del mercado de trabajo en tiempos de crisis. Un enfoque desde la economía política y el derecho

Por Ricardo C. Andreu¹; Rodolfo Alberto Sosa²; Paula Ayoroa³ y Eliseo Riccobene⁴

Este trabajo se inscribe en un proyecto de investigación colectiva conformado en el área de Estado, Políticas Públicas y Derecho del Instituto de Cultura Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. A su vez, los productos de investigación forman parte de los proyectos de investigación acreditados I+D 2016 del Programa de Docentes Investigadores de la Secretaría de Políticas Universitarias.

El mismo se propone reseñar en una primera etapa los diferentes mecanismos de solución de conflictos que puedan presentarse entre la clase trabajadora y la capitalista en el marco del sistema actual de la economía de mercado. Para ello revisamos la evolución de los diferentes enfoques teóricos económicos del desempleo, a saber: clásico y keynesiano; en orden a entender su funcionamiento. Posteriormente, revisamos algunas de las teorías provenientes de la heterodoxia que cuestionan dicho modelo, para concluir exponiendo la situación actual, que traemos a modo de ejemplo, con el propósito de ilustrar los desequilibrios que aún subsisten como producto de las relaciones de poder y las tensiones que se dan entre el capital y el trabajo.

Asimismo, se indaga sobre el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia más relevante sobre la materia, y se analizan las medidas llevadas a cabo por el Estado. Concluye con ciertas observaciones sobre los puntos analizados.

I. El análisis neoclásico del mercado de trabajo

La teoría neoclásica del desempleo se obtiene como resultado de la apli-

1 Licenciado en Economía, Profesor Adjunto Ordinario de la Cátedra 2 de Economía Política. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Profesor Titular Ordinario de la Cátedra de Economía Política. Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas UNLPAM. Investigador categorizado del Programa de Docentes e Investigadores de la Secretaría de Políticas Universitarias.

rcandreu@fibertel.com.ar

2 Abogado, Profesor Adjunto de la Cátedra de Derecho Social. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Profesor Titular de Derecho Social Facultad de Trabajo Social UNLP. Especialista en Derecho Social Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. rodolfo.alberto.sosa@gmail.com

3 Abogado, Ayudante de la Cátedra de Derecho Social Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Cursando Especialización en Derecho Social Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Integrante de la Clínica Jurídica de Derecho Social en el ámbito de extensión de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. paulaayoroa@gmail.com

4 Abogado, Becario Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Cursando Especialización en Dcho. Empresario Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Auxiliar docente cátedra 2 de Economía Política Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. eliseo640@yahoo.com.ar

cación de la teoría del equilibrio de mercado al caso particular del mercado de trabajo. Si el precio del trabajo (el salario) fuera superior al de equilibrio, el exceso de oferta resultante haría exacerbarse la competencia entre los oferentes, impulsando hacia abajo el precio hasta el nivel en que desapareciera finalmente el origen de ese impulso bajista (es decir, el exceso de oferta), y ese nivel es el de equilibrio a corto plazo. Si partiéramos del caso opuesto, tomando como punto de partida un precio por debajo del de equilibrio, serían los potenciales compradores (las empresas) las que, en su pugna por el producto, harían subir el precio hasta el nivel del equilibrio, donde, nuevamente, oferta y demanda se anularían al terminar coincidiendo ambas cantidades.

Pues bien, lo que ocurre en el mercado de trabajo, según el análisis neoclásico es que los excesos de oferta **no se comportan igual que en los demás mercados** debido a que en tenemos una circunstancia especial, que es su rigidez. Esta rigidez se explica como el efecto de la presencia de elementos extraños en el funcionamiento de este mercado, y hacen de él algo muy distinto de un mercado libre, donde sólo están presentes las llamadas fuerzas de mercado

La corriente de pensamiento que ha sustentado primordialmente este tipo de análisis, ha sido la denominada Escuela Marginalista: Sus desarrollos teóricos pueden ubicarse en el contexto de la Segunda Revolución Industrial (mediados y fines del S. XIX), concibiendo a la economía como una ciencia a la cual se *le aplica el método de las Cs. Naturales, objetivo y absoluto*. Con aspiraciones de pureza y rigurosidad matemática. Sin concebir como parte del análisis la conflictividad social ni el contexto histórico. Para esta postura, *problema central* de la economía está dado por cómo maximizar el placer. Dado que el ser humano siempre tiene *necesidades ilimitadas y recursos escasos*. Los neoclásicos explican la *formación de los precios*, no en función de la cantidad de trabajo necesaria para producir los bienes, como en las teorías de Ricardo y de Marx, sino *en función de la intensidad de la preferencia de los consumidores en obtener una unidad adicional de un determinado producto*.

Ahora bien, analicemos las particularidades a las que hacíamos referencia.

El trabajo es uno de los factores productivos básicos, junto con la tierra y el capital. Que se combina con ellos para la producción de bienes y servicios. Por las particularidades que presenta, se negocia en el mercado de de trabajo.

El mismo, es inseparable de la persona humana del trabajador.

a. No puede admitirse que su precio se establezca al nivel cualquiera, que determine el libre mercado

b. La elección de ocupación no estará orientada exclusivamente a la mayor remuneración.

c. No hay plena movilidad del trabajo de una localidad ni de una ocupación a otra. (Calificación, costos, familia, etc.)

A su vez, la cantidad de trabajo disponible en todo momento (el número de individuos que componen una determinada colectividad), depende del movimiento de la población, que a su vez está influenciado por factores distintos, además del económico.

El trabajo es una “mercancía” que no se puede almacenar. Por tanto, el trabajador no puede esperar para ofrecer la fuerza del trabajo, hasta que la remuneración suba a un nivel determinado. A diferencia de los otros factores productivos el TRABAJO NO RENDIDO IMPLICA UNA PÉRDIDA por toda la duración de la espera inactiva.

Veamos ahora la “Oferta de trabajo”

La misma, es *Individual*, a diferencia de los otros factores productivos, la oferta de trabajo individual no siempre varía en el mismo sentido que las variaciones de la remuneración. Cuando el salario se eleva a un cierto nivel la oferta tiende a aumentar. Pero cuando ello se extiende a cierto nivel (considerado por el individuo como suficiente) la oferta disminuye.

Con el aumento de remuneración de una empresa determinada provoca la afluencia a ella de trabajadores que prefieren dejar empresas con remuneración más baja. Verificándose la movilidad del trabajo por una remuneración mayor.

Por otro lado, la “Demanda de trabajo” *la realizan las empresas*, que requieren de este factor productivo para realizar sus actividades. El producto marginal del trabajo determina con su valor, la conveniencia e inconveniencia para el empresario de ocupar o restringir las unidades de trabajo. Así, si el costo del producto marginal del trabajo es mayor que el precio (salario) de la última unidad de trabajo entonces le conviene ocuparlo.

En el “Mercado de trabajo” se ofrece y se demanda trabajo. La oferta de trabajo está conformada por las personas que, en un momento dado, desean trabajar a los salarios corrientes. Estas dos fuerzas confluyen en un espacio geográfico determinado y de su resultante emerge, como en cualquier otro mercado, el precio de la mercancía, que en este caso es el salario, pero *no existe un mercado único para todo tipo de trabajo*, pues la oferta y la demanda serán considerablemente diferentes según el tipo de tarea a desempeñar. Salvo para las ocupaciones más sencillas, *las empresas no podrán intercambiar fácilmente un trabajador por otro*, pues requieren que éstos posean ciertas aptitudes específicas. Del mismo modo, los oferentes, que poseen también capacidades y entrenamientos diferentes, encontrarán que pueden desempeñar sólo ciertas labores y exigirán un salario acorde con sus capacidades. *Ello hace que existan tantos submercados como especialidades vayan delineándose entre oferentes y demandantes.*

Por otra parte La movilidad espacial del trabajo, , tiene mayores restricciones que la de otras mercancías (problemáticas como la vivienda, el costo de traslado, incidencia de lo cultural y lo personal).

Los oferentes pueden escoger, dentro de límites a veces bastante amplios, si trabajarán o no, así como las condiciones en que lo harán (autonomía de la voluntad como estructura contractual).

Asimismo, la existencia de sindicatos y otras organizaciones laborales afecta también notablemente el funcionamiento de este mercado, lo mismo que las regulaciones que, sobre salario mínimo, seguridad industrial, seguridad social y otros muchos aspectos, emanan del Estado.

Así, el salario de equilibrio: indica la igualación de la oferta y la demanda del factor trabajo en el marco del mercado de trabajo, por fuerzas objetivas. A partir de los que aporta cada factor (tierra, capital, trabajo) a la producción. Si se deja fluctuar el salario libremente siempre existirá un precio por el que las empresas estén dispuestas a contratar más trabajadores. Los límites a ello, están dados en tanto si ese equilibrio tiene un nivel tal que permite la subsistencia o no la permite.

Hasta aquí, hemos analizado las particularidades que presentan para este factor, veamos ahora el salario en el **RÉGIMEN DE LUCHA** de trabajo.

El mercado de trabajo del sistema de concurrencia se transforma ahora en el monopolio bilateral: monopolio de la oferta (sindicatos obreros) monopolio de la demanda (sindicatos patronales). A excepción del caso en que haya igual capacidad de contratación por los dos monopolistas, el precio está determinado por el grado de potencia económica de cada uno. Los trabajadores organizados tienden a llevar al salario a nivel alto y los patronos organizados se esfuerzan por lograr lo contrario. Cuanto mayor es el nivel de salarios menos trabajadores encuentran trabajo y más la cantidad de parados. También será mayor la suma necesaria para subsidiarlos. Haciendo esto, evidente que existe UN LÍMITE más allá del cual no conviene llevar los salarios. Análogicamente cuanto más bajo es el salario son menos los obreros que aceptan el trabajo y por lo tanto, se reduce la producción. Haciendo de nuevo, evidente que hay un límite por debajo del cual los empresarios no verían conveniente bajar los salarios. Así se establece un máximo y mínimo del salario.

Surgen así **LA HUELGA Y EL PARO FORZOSO** como herramientas para determinar el salario, *considerados por esta corriente como un DAÑO AL SISTEMA*, trayendo como consecuencia un aumento de salario nominal pero no del real.

Como alternativa, desde esta línea de pensamiento se propone el **RÉGIMEN DE COLABORACIÓN**, con el propósito de *superar tanto el sistema de la libertad de trabajo como el de lucha del trabajo*. De este último se conserva el aspecto positivo (la organización de los trabajadores y de los patronos en sindicatos, en lugar de la concurrencia atomística del régimen de trabajo). Y se abandona el aspecto negativo (el sindicato concebido como herramienta de lucha de clases). Se instaura por el contrario el sistema de la colaboración, bajo el control del Estado, entre patronos y obreros, organizados en sindicatos jurídicamente reconocidos.

Aquí se propone un sistema de Arbitraje obligatorio, donde la demanda y la oferta de trabajo proceden de asociaciones de patronos y obreros **LEGALMENTE RECONOCIDOS (sobre este punto haremos la disquisición al momento de las conclusiones)**, que estipulan contratos colectivos válidos para todos cuanto pertenecen a la categoría.

Naturalmente la contratación colectiva no llega a eliminar todos los choques de intereses. Los eventuales conflictos quedan resueltos, ANTES que con el recurso a los instrumentos de lucha de clases, mediante formas de arbitraje obligatorio. Este se funda sobre la libre aceptación de las partes, las que de común acuerdo, confían la decisión a sujetos extraños.

Así esta teoría explica cómo *desde el punto de vista económico* esta condición implica que el salario se determina no solo de conformidad con los intereses de obreros y patronos, sino de manera que permita un conveniente tenor de vida de los trabajadores con la productividad del trabajo y el interés general de la economía.

II. El análisis keynesiano del desempleo y las recetas socialdemócratas

A la visión atomística planteada, Keynes opuso un enfoque que se reconoce como macroeconómico pero, ¿qué quería decir Keynes con eso del “enfoque macro”? Algo tan simple como que el análisis tradicional empezaba a presentar fallas tan pronto como el mercado de trabajo, en vez de estudiarse sólo por separado, se estudiara también conjuntamente con lo que le ocurría en el resto de los mercados.

El salario, cuando se concibe desde un punto de vista agregado (como colectivo de la clase trabajadora), es para Keynes uno de los componentes básicos de la demanda agregada, pues sus ingresos son gastados casi en su totalidad en los bienes y servicios que hacen a la subsistencia. Por otra parte la masa salarial representa una fracción muy importante del poder adquisitivo total; cosa que es más cierta aun en el día de hoy, al menos en las economías desarrolladas)

La verdadera causa había que buscarla en un problema de insuficiencia de demanda agregada (falta de poder adquisitivo) y fundamentalmente, en su componente más volátil: la inversión privada de los empresarios. Keynes se dio cuenta de que la inversión empresarial dependía del estado de ánimo de los capitalistas y de que éste se alimentaba de acuerdo con sus expectativas de obtención de beneficios. En consecuencia podría ocurrir que ese estado de ánimo fuera más bien depresivo debido a las pobres expectativas, en cuyo caso la inversión se hundiría (o podría hacerlo) y con ella, también la demanda de trabajo por parte de la clase capitalista.

En este estado de cosas la aparente solución de los neoclásicos podría complicar más aun las cosas, sobre todo si se intentara la reducción de los salarios en una época ya de por sí depresiva. Puesto que si para volver al pleno empleo, el mercado consiguiera hacer bajar el salario medio (w') a un nivel inferior —al de equilibrio (neoclásico) w^* , esto podría deprimir la demanda total dirigida a las empresas en forma de gasto de bienes y servicios de consumo (aclarando que no necesariamente la demanda iba a descender en mismo porcentaje que se redujesen los salarios. El nuevo diagnóstico de Keynes lo condujo a un tipo de solución muy distinto del neoclásico (**desempleo voluntario**), puesto que el problema era de insuficiencia de demanda agregada y más concretamente de la inversión privada.

En consecuencia se trataba de reactivar la demanda deprimida para poner fin a las causas de la depresión. Para ello, se trataría de reproducir (a largo plazo) las condiciones de confianza empresarial que llevan a los capitalistas a generar espontáneamente el nivel de inversión suficiente para poner en marcha el termostato de la recuperación, que vendría seguida por una tendencia alcista en los ritmos de producción y de oferta, y, por consiguiente, del empleo.

Pero Keynes estaba mucho más interesado en el corto, que en el largo plazo (*recordando su famosa frase “a largo plazo estamos todos muertos”*), por lo que se

concentró en un conjunto de políticas públicas reactivantes que, según él, deberían ponerse en práctica por la sociedad, y más particularmente a través del intervencionismo Estatal, con el objetivo de reducir las tasas de desempleo a los niveles más bajos posibles en el plazo de tiempo más corto posible. *Desde este punto de vista, Keynes creía que, en tiempos de depresión, no había tiempo para esperar que las fuerzas de mercado se pusieran a corregir por sí solas los desequilibrios* (ya que el ritmo esperable por esta vía sería muy inferior al necesario) y defendió la necesidad de que el Estado (capitalista) se encargara él mismo de dirigir a la economía en la dirección adecuada. *A falta de una demanda espontánea de mercado suficiente, proponía que fuera el Estado el que completara su insuficiencia con una demanda pública adicional destinada a favorecer las ventas y la producción de las empresas (es decir, el empleo).*

Hoy sabemos que Keynes no estaba sólo en la defensa de estas posiciones en los años 30. Sabemos también que de hecho los gobiernos habían empezado a reaccionar en la dirección keynesiana. Por ejemplo, Roosevelt defendía intervenciones “keynesianas” sin saberlo, lo mismo que, por otra parte, estaban haciendo Hitler, Stalin y otros, siguiendo la pauta del célebre economista.

III. El análisis del mercado de fuerza de trabajo desde el punto de vista de la teoría del valor Trabajo (TVT)

En realidad, se trata desde la heterodoxia, siguiendo a Marx y a otros, como Rubin, de tener una concepción distinta del equilibrio y llevar a cabo un análisis teórico y gráfico del equilibrio en el mercado de trabajo que difiere tanto del neoclásico como del keynesiano.

No es la conjunción de la oferta y la demanda la que determina simultáneamente el precio y la cantidad de equilibrio. Eso sólo ocurre en el llamado corto plazo neoclásico, es decir, cuando suponemos que dada la cantidad de todos los factores nos concentramos en el análisis estático-comparativo de los efectos que ocurren como consecuencia de cambios en el factor que tomamos como variable.

A la teoría del valor realista lo que le interesa es el valor o precio de las mercancías en el tiempo real, y a la hora de analizar eso, si lo que nos preocupa es entender la realidad tal cual es, y no hacer propaganda y apología del sistema, la única conclusión sólida es que, **en el corto y el largo plazo reales, es decir, en el tiempo histórico, es la oferta la que determina los precios de equilibrio estables, mientras que el papel de la demanda se limita a determinar la cantidad que se puede vender a los precios previamente determinados.**

Si la tecnología y los costes de producción están dados, la teoría neoclásica nos dice que el equilibrio a largo plazo viene dado por el óptimo de explotación de la escala de producción, que es otra forma de referirse al punto mínimo de la curva envolvente de costes medios, que, como se sabe, incluye entre los costes lo que los neoclásicos llaman el rendimiento normal, es decir, la tasa de ganancia media del sistema. Dicho de otra manera, ese coste a largo plazo, es en realidad, dada la definición neoclásica de los costes, un auténtico precio, que no es otra cosa que el *prix nécessaire* de los fisiócratas, el *natural price* de los clásicos, o *el precio de producción marxista*, es

decir, la forma más concreta que adopta el valor-trabajo de las mercancías. Por tanto, el equilibrio estable de los mercados lo proporciona, como muy bien analizó Rubín, siguiendo a Marx, el precio de producción de la mercancía, donde no entra ninguna consideración de demanda, salvo en la medida en que es ésta la que fija la cantidad de mercancía que es posible vender a ese precio.

Pues bien, exactamente igual ocurre con el mercado de la fuerza de trabajo, eso que neoclásicos y keynesianos traducen por mercado de trabajo. El salario de equilibrio es el coste de reproducción de la canasta necesaria para reponer esa fuerza de trabajo a largo plazo

¿Qué es lo que explica las dos tendencias básicas del mercado de trabajo capitalista, es decir, que el desempleo sea consustancial al sistema y que tienda a ser un volumen creciente en el largo plazo? Estudiaremos a continuación ambos problemas de forma sucesiva.

El desempleo es necesario como fenómeno recurrente debido a que, por necesidad, con la misma naturalidad con que la economía capitalista pasa por fases expansivas, tiene que pasar también por fases depresivas que tienen su origen en el desencadenamiento de crisis de sobre-acumulación de capital.

La producción humana no se hace en él con el propósito de satisfacer las necesidades humanas (de todos), sino con el propósito de obtener el máximo beneficio posible (de algunos). Es decir, la producción se lleva a cabo como un simple medio para la valorización del capital y el trabajo es un simple medio para la explotación, es decir para la extracción de plusvalía.

Por esta razón, dentro de nuestro sistema capitalista, el derecho al trabajo no existe, al menos no existe en el sentido en que los juristas hablan de los derechos plenos, sino tan sólo en la forma subalterna y mediocre de un derecho condicionado, es decir, de un derecho que sólo existe cuando confluye con una condición necesaria (pero no suficiente) en el sentido estrictamente jurídico: que el ejercicio de ese derecho esté autorizado por --o sea compatible con-- las perspectivas de beneficio del capitalista contratante.

Por tanto, si no hay previsión de beneficio, no hay producción; y si no hay producción, no habrá empleo; y si no hay empleo, es que no hay derecho efectivo al trabajo para todos.

Por tanto, en la posición heterodoxa el desempleo es una consecuencia necesaria de la dinámica interna del sistema y va ligada necesariamente a su propio contenido sustancial. Su origen no es otro que la contradicción natural en que se mueve el sistema capitalista, que obliga a convertir en mercancía hasta las propias capacidades humanas (en forma de fuerza de trabajo mercantilizada).

Bajo estas circunstancias el capitalista tiene que destruir capital, aunque en un principio, y por su propia naturaleza, se resista a ello, y se crea capaz de escapar de la tormenta simplemente destruyendo producción y empleo, pero sin afectar a su capacidad productiva. Por eso, normalmente no es el capitalista individual el que destruye su capital --al menos, voluntariamente--, sino que es el mercado, a través de su furia ciega y objetiva, el encargado de llevar a cabo ese trabajo.

Mientras el sistema siga siendo el sistema, el empresario tiene la última palabra. Si se trata de la libre empresa, nadie puede obligar al capitalista ni a la clase capitalista a invertir, ni mucho menos a contratar nuevo empleo, porque ni siquiera se le puede impedir que siga destruyéndolo.

IV. La tendencia secular hacia el aumento del desempleo

El desempleo no es simplemente un fenómeno cíclico, ligado a la evolución del ciclo de los negocios y a los largos movimientos de fluctuación conocidos como ondas largas (Kondrátiev, Bosserelle, Mandel). El desempleo, como ejército de reserva de mano de obra es la tendencia del capitalismo contemporáneo a hacer funcionar sus unidades productivas con un exceso de capacidad ociosa (lejos del pleno empleo) que sirva de almohadón o amortiguador de los grandes movimientos oscilatorios citados y mantenga los respectivos precios al nivel adecuado en periodos de fuerte alza en la demanda de cualquiera de los insumos productivos

¿Tiene el desempleo solución?

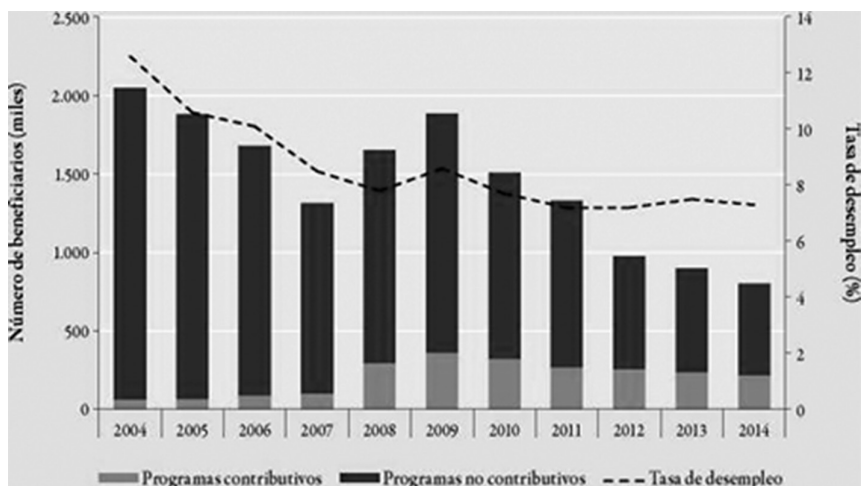
A diferencia de sus oponentes neoclásicos y keynesianos, los heterodoxos no tienen estas recetas. Para ser exactos, saben que no existen tales recetas contra el desempleo dentro del sistema capitalista. Fuera de ese sistema, claro que hay solución al desempleo. Simplemente, se trata de instaurar una auténtica democracia, poner en práctica la voluntad popular de trabajar colectivamente y ganarse la vida dignamente.

V. Reseña del desempleo en la Argentina a partir del 2001

Ante una situación de desempleo creciente efectuamos una reseña de la experiencia adoptada por la Argentina a partir del año 2001. Nos hemos basado en los informes de CEPAL/OIT (Estudios sobre el crecimiento con equidad. Soluciones eficaces. Políticas activas del mercado de trabajo en América Latina y el Caribe. 2016)

Entre 2001 y 2002, la Argentina padeció una de las peores crisis económicas de su historia. Además de los efectos macroeconómicos perjudiciales que acarreó, la crisis tuvo severas consecuencias sobre las condiciones sociales del país. La tasa de desempleo aumentó más de 6 puntos porcentuales en un plazo de dos años y alcanzó el 21,5 por ciento en 2002, mientras que en el mismo periodo la tasa de empleo cayó más de 3 puntos porcentuales. Además, la proporción de individuos que vivía por debajo del umbral de la pobreza subió de 37 por ciento antes de la crisis a 57 por ciento en 2002.

En la medida que las Políticas Activas del Mercado de Trabajo (PAMT) implementadas en América Latina y el Caribe aún se encuentran en una etapa inicial de evaluación, los programas no contributivos como los (PTC) PROGRAMA de TRANSFERENCIAS CONDICIONADAS (PTC) se han impuesto como el principal tipo de intervención en América Latina en general para ampliar la protección social a los sectores de la población sin cobertura, tales como los trabajadores informales y sus familias (Ob. Cit. CEPAL/OIT, 2016). Un ejemplo de ello es la Argentina, donde, tras la crisis económica de 2001, el país dio prioridad a la ampliación de la protección social mediante una serie de programas no contributivos. Cuadro:



A partir del 2004, cuando el país empezaba a recuperarse de la crisis económica, los programas no contributivos proporcionaban apoyo económico a casi dos millones de beneficiarios. Sin embargo, a medida que las condiciones del mercado de trabajo mejoraban y un mayor número de personas obtenía un empleo formal, la cantidad de beneficiarios disminuyó de manera continua (salvo durante la crisis mundial de 2008 y 2009). Como consecuencia, en 2014, los programas no contributivos registraron más de 580.000 beneficiarios, lo que representa una disminución del 70 por ciento en comparación con 2004. En paralelo, la cobertura de la seguridad social aumentó debido al incremento del empleo formal.

Sin embargo, a pesar de las importantes mejoras observadas en años recientes, la incidencia del empleo informal, situada en más del 40 por ciento del total del empleo, persistió, por lo que todavía existen brechas significativas en la cobertura de la seguridad social.

Para paliar esta situación, el Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados o Plan Jefes fue lanzado en abril de 2002 como la medida principal con miras a otorgar apoyo a los ingresos de una gran cantidad de hogares en situación de desempleo. El programa otorgaba una subvención mensual en efectivo a jefes y jefas de hogar desempleados con niños menores de 18 años o con miembros que padecieran alguna discapacidad.

El Plan Jefes estaba destinado a más de dos millones de personas, de los cuales la mayoría no tenía derecho a un seguro de desempleo por haber estado al margen del sistema contributivo. En un primer momento, el programa otorgó el apoyo económico con la única condición de que los niños recibieran atención médica básica y asistieran a la escuela. Sin embargo, tres meses más tarde se añadió un requisito de empleo a todos los participantes con miras a que los beneficios llegaran verdaderamente a aquellos que más lo necesitaban (Galasso y Ravallion, 2004).

En este contexto, se reformuló el Plan Jefes y los beneficiarios que no habían obtenido para entonces un empleo formal, fueron transferidos ya sea a un (PTC) Programa de Transferencia Condicionado tradicional, denominado Plan Familias, o al

Seguro de Capacitación y Empleo (SCE). De este modo, a medida que la cantidad de beneficiarios del Plan Jefes se redujo, se registró un aumento en la cantidad de participantes en programas de empleo que combinaba el apoyo económico con medidas activas del mercado de trabajo

A medida que disminuía el empleo informal (entre 2004 y 2008, la tasa de empleo asalariado no registrado disminuyó en 11 puntos porcentuales hasta alcanzar el 36,3 por ciento), se comenzaron a implementar programas destinados a los grupos con más problemas para acceder al empleo formal empezaron a adquirir relevancia. Por ejemplo, el programa Jóvenes con Más y Mejor Trabajo fue lanzado en junio de 2008 para crear oportunidades que fomentaran la inclusión laboral de jóvenes de entre 18 y 24 años sin empleo ni asistencia social, a través del apoyo a la finalización de sus estudios y la ayuda a la inserción laboral.

Por otra parte, a partir de la crisis internacional de 2008 se generaron programas dirigidos a trabajadores en riesgo de perder su puesto de trabajo. En un esfuerzo por mantener los niveles de empleo, el Programa de Recuperación Productiva (REPRO) fue reforzado a finales de 2008. El REPRO otorga a los empleados de empresas en situación de crisis un subsidio mensual durante un periodo máximo de 12 meses.

La reforma del Plan Jefes supuso la implementación de dos programas principales: el Plan Familias que estaba principalmente destinado a personas más vulnerables (jefas de hogar con dos o más hijos menores de 18 años, desempleadas y que no hubieran terminado sus estudios secundarios o jefas de hogar en la misma situación, en el caso de familias monoparentales) y el SCE que estaba destinado a aquellos participantes del Plan Jefes con más probabilidades de ingresar en el mercado de trabajo. A cambio de la ayuda económica, los beneficiarios se comprometían a comparecer regularmente en la oficina del SPE para elaborar un plan profesional, participar en programas de capacitación, aprendizaje o en actividades de orientación profesional y aceptar ofertas de empleo que correspondiesen a su perfil y a su experiencia.

Las oficinas de los SPE se ocupaban de brindar asistencia en la búsqueda de trabajo y consejo profesional, así como de mejorar la cobertura y la calidad de los servicios de capacitación. En 2006, se creó también un sistema informático para facilitar el apoyo en la búsqueda de trabajo (Neffa y Brown, 2011).

En la Argentina, al igual que en muchos países de América Latina y el Caribe, se intentó diseñar e implementar programas no contributivos, entre los cuales se destacaron los PTC. Estos programas cumplieron un papel crucial en la reducción de la pobreza gracias a la seguridad que procuran en materia de ingresos y al acceso a servicios esenciales que otorgan a los grupos vulnerables. En otras palabras, los programas no contributivos han sido esenciales en el desarrollo de un piso de protección social en la región.

No obstante, el empleo informal sigue siendo alto y hacen falta más esfuerzos para alcanzar el siguiente escalón en la escalera de la protección social, a saber, un sistema de seguridad social mejor vinculado al empleo asalariado (por lo menos, para aquellos que pueden trabajar) (OIT, 2010)

La evaluación del caso argentino demuestra que una manera eficiente de alcanzar este objetivo es ofrecer servicios activos del mercado de trabajo a beneficiarios de transferencias monetarias, pues estas medidas tienen un impacto positivo sobre la calidad del trabajo de los participantes. Por su parte, los programas no contributivos constituyen un muy buen medio para articular dichos programas activos del mercado de trabajo

Ante las circunstancias de un posible aumento del desempleo, por lo menos en el corto plazo, es necesario tener en cuenta todos los mecanismos que puedan contribuir los nefastos efectos del desempleo, capitalizando las experiencias efectivizadas durante el período descrito

Una cuestión importante es el fortalecimiento de la capacidad institucional de los programas que pudiesen implementarse ante la emergencia. Además de las características del diseño del programa, algunas cuestiones relacionadas a la implementación del mismo podrían haber afectado la participación. Por ejemplo, se verificó que pocos años después de la implementación del SCE, no se había aún ofrecido la opción a una parte importante de beneficiarios del Plan Jefes de afiliarse al nuevo programa porque el SCE no había sido puesto en marcha plenamente en todo el país (OEA/CEPAL/OIT, 2010).

VI. A modo de conclusión

Tal como mencionamos anteriormente el Plan Jefes y Jefas de familia nació con el objetivo de lograr el goce del “derecho familiar a la inclusión social.” Si bien este no es un derecho expresamente contemplado en las Constitución Nacional ni en los tratados de derechos humanos, se puede considerar contenido en el derecho a un nivel de vida adecuado (CELS.)

Ahora bien, compartimos la postura que sostiene que se parte de un concepto limitante de “inclusión social,” ya que resulta irrazonable pensar que una ayuda económica mensual por sí sola pueda lograr la inclusión social de un sector de la población, siendo que se trata de un programa asistencial, y no de una plan de acción de intervención del Estado para el abordaje integral de una problemática compleja como lo es la que se pretende solucionar. (CELS, 2003)

Teniendo en cuenta el monto del subsidio que recibían sus beneficiarios, es evidente que el plan no cumple con los parámetros mínimos para garantizar el goce del derecho a un nivel de vida adecuado, por las siguientes razones (entre otras): I) es una suma que no alcanza para garantizar la necesidades alimentarias de una familia; II) no es de carácter universal, porque está dirigido solo a una parte de las personas que se encuentran en situación de extrema pobreza (desocupados con menores a cargo); III) es de carácter transitorio; IV) no está prevista la posibilidad de recurrir administrativa ni judicialmente el rechazo a la inscripción (CELS, 2003).

Sumado a ello, a partir del análisis del desarrollo de las políticas de trabajo a partir de la crisis del año 2001, sostenemos que el Estado se encuentra obligado a realizar todas aquellas medidas que garanticen el pleno goce del derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, tal como lo ordena el art. 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), pero

el diseño de las políticas públicas de trabajo deben construirse desde un enfoque que tenga en cuenta el contexto económico y político en el que se implementan. Pese al pasaje paulatino del Programa de Jefes y Jefas de Hogares al Seguro de Capacitación y Empleo (2006), el enfoque respecto a la formación vinculada al trabajo siempre ha sido el de *empleabilidad*, entendida en los términos de la OIT, como la capacidad para acceder a un puesto de empleo, y de integrarse en la vida económica y social a través del trabajo asalariado. Este enfoque puede ser considerado estigmatizante para el trabajador, en tanto que pone el foco en la responsabilidad individual de la persona, respecto a su imposibilidad de acceder a un empleo, invisibilizando todas aquellas variables macroeconómicas que crean desempleo. (Pautassi y Gamillo, 2012).

Ahora bien, para el año 2009, con la creación del Programa Argentina Trabaja, se intenta abandonar la perspectiva de *empleabilidad*, para darle lugar al trabajo autogestionado, como medio para la inclusión social de los sectores más vulnerables, bajo los postulados de la economía social y el cooperativismo. El diseño del programa contempla la incorporación de los beneficiarios a una cooperativa de trabajo, que se dedica a realizar obras públicas, creando entonces nuevos puestos de empleo. Así el Estado intenta promover esta forma de producción autogestionada, a través de cooperativas “inducidas por el Estado” (Vuotto, 2011:20).

Desde el mismo Programa se definen las obras a realizar, se organiza la forma de trabajar, se controla las asistencias, se eligen los receptores del programa que para ingresarán a la cooperativa. Por lo tanto, es necesario analizar y evaluar si realmente han sido respetadas las notas características de este tipo de entidades, tales como: el principio de adhesión libre y voluntaria, el gobierno democrático, la autonomía, etc. (Pautassi y Gamallo, 2012).

Aún en el supuesto de que la respuesta a dicho interrogante sea afirmativa, es importante definir qué tipo de relación se entabla entre las cooperativas y los trabajadores, teniendo en cuenta que se prevé la posibilidad de que los receptores se inscriban en el Monotributo Social, por lo tanto resulta necesario definir si se trata de un trabajador en relación de dependencia. Para pensar este tema, resulta importante detenerse en la posición de Ricardo J. Cornaglia, quien defiende la protección del derecho del trabajo respecto del trabajador de una cooperativa en los términos del art. 14 bis de la Constitución Nacional, a saber: *“La tutela del trabajador se produce en las diversas formas del trabajo, sin sectores de trabajadores que puedan ser discriminados de los límites protectorios que las leyes imponen. Constituye una paradoja que en la cooperativa de trabajo, siendo la única empresa argentina modelada a partir del estricto cumplimiento del modelo constitucional del art. 14 bis, se pretenda desposeer a sus trabajadores de derechos alimentarios y humanos fundamentales. La cooperativa de trabajo es la empresa que se apropia del trabajo de sus trabajadores, respetando el mandato que reconoce “participación en las ganancias... con control de la producción y colaboración en la dirección”. Su acatamiento al modelo constitucional, lejos de alejarla del derecho del trabajo, la sitúa en el mismo. ¿Será por eso que se ha tratado con tanta saña al trabajador autogestionario haciendo del modelo ideal de la economía social el sujeto lábil al fraude?”* (Cornaglia, 2010.)

Proyectos de Extensión



Querida Celina.

Hola querida hermosa! ¿Cómo estás?
Mamá te manda el dibujo de Tota una vaquita a la que le gusta mucho comer chupetines. Siempre le pide a la abuela que le compre cuando salen a pasear, van hasta la plaza y, mientras Tota se hamaca y juega con amiguitos, la abuelita se sienta en un banco. Después, si Tota se ha portado bien, la abuela le compra un chupetín grande, rojo y se lo da junto con un beso en la nariz. Te cuento despacito en la oreja que mamá y papá te quieren un montón y te mandan 100 besos que te dará Lela. Un abrazo fuerte Celina

Construyendo Lazos Sociales

Educación no formal para la inclusión social y laboral, el empoderamiento y la construcción de identidad

Por Nazarena Mazzarini (Directora)

¿Hasta dónde la extensión es socialización del conocimiento producido en la universidad?

La práctica territorial concreta de los alumnos de grado, los graduados y los docentes, ONGs y otras instituciones, permite un intercambio concreto de pareceres y realidades sociales. En esta interrelación surgen las prácticas educativas con base territorial.

A través de la Extensión se establece una doble apertura Universidad-Comunidad y Comunidad -Universidad. Esta apertura genera que el conocimiento ya no sea cerrado intra claustro, sino que los estudiantes, docentes e investigadores participen en proyectos sociales, en donde, el conocimiento se traza con el involucramiento de los agentes de la Universidad en la sociedad. Para esto es necesario establecer zonas intermedias (la Universidad abre sus límites en el proceso académico en espacios externos a esta -sociedad-) de procesos dinámicos de formación y transformación, en donde las partes se implican y se modifican.

Las políticas públicas actuales de la Universidad Nacional de La Plata, tienden a abandonar las propuestas asistencialistas.

Los planes y proyectos nacionales intentan intensificar ese modelo, a partir de programas como el de Voluntariado Universitario, donde se busca que los alumnos participen en el proceso de reflexión y debate a través de sus prácticas con y en la comunidad.

Esta instancia se caracteriza por ser la que delimita el concepto de extensión: se está reconceptualizando, a través de la discusión de las políticas universitarias, sus alcances, las evaluaciones, la ampliación de los destinatarios y la expansión territorial. Lo importante es que los proyectos de Extensión busquen soluciones para problemas de poblaciones específicas, y que éstas posibiliten la apropiación, a fin de que las experiencias se sostengan en el tiempo; En definitiva, que no sea solo un proceso receptivo, sino que se transforme en un proceso productivo.

La Universidad así genera el capital intelectual que necesitan los sectores caracterizados por haber sido excluidos del ámbito del conocimiento, pero en este proceso de ayuda, la Universidad se ve favorecida en la formación ética y profesional de los alumnos, docentes e investigadores.

La Universidad forma a sus estudiantes y, la Comunidad, a partir del conocimiento se vuelve autoconsciente de sus problemas y de cómo solucionarlos.

El sistema educativo y, en consecuencia la Universidad está en un proceso de replanteo y de re-estructuración de funciones, metas y responsabilidades primarias. Alrededor de este eje central rígido se consolidan experiencias como la de la Extensión. Con el arte se tematiza la vida, la ciudad y su gente, las costumbres, la belleza, los sueños que iluminan las voluntades. Todo hombre al compartir una cultura, comparte valores, representaciones sociales y formaciones imaginarias.

Estos dos planos propician en las personas, actitudes transformadoras de sí y de las sociedades en donde viven.

Síntesis

El proyecto Construyendo Lazos Sociales se viene implementando de manera continua y sostenida desde el año 2011, aborda los ejes de educación, extensión e inclusión social y laboral.

Este está dirigido hacia sectores sociales con mayor vulnerabilidad: Sujetos que egresan de los contextos de encierro, usuarios de hospitales neuropsiquiátricos y quienes habitan en Barrio Alegre.

Se busca a través del mismo, centrarse en la construcción y acción conjunta, tanto para el aprendizaje como para la realización de actividades, posibilitando así, que los actores involucrados como destinatarios, funcionen como agentes multiplicadores de la experiencia y como gestores de nuevas iniciativas en las mismas instituciones y barrio.

En función de esto se busca fortalecer el desarrollo de profesionales, docentes /alumnos/pasantes que, como ciudadanos activos y comprometidos socialmente, promuevan la pluralidad de pensamiento y desarrollen una ciencia solidaria con todos los actores de la población, en particular al servicio de los sectores más vulnerables Conociendo la Universidad como parte integrante de la comunidad.

Buscando favorecer una formación académica y profesional interdisciplinaria, capacitada y comprometida, al fortalecimiento de las subjetividades de los destinatarios, proyección laboral y construcción de los derechos.

Estas metas se vinculan en la articulación equilibrada entre las misiones de docencia, investigación y extensión.

Área temática

Educación

Unidad académica ejecutora

Facultad de Bellas Artes

Unidades Co Ejecutora

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Justificación

Las estrategias implementadas en anteriores proyectos, tendientes a formalizar la educación artística y la construcción de Derechos Humanos, nos permite sostener que la relación Universidad /Comunidad es relevante para la elaboración conjunta de un sistema de significación, de construcción de la subjetividad, de reconstrucción de vínculos sociales fragmentados por el encierro, de Identidad y alfabetización jurídica

participante en determinados ejes de Derechos Humanos como método de re-conceptualización mediante su mismo ejercicio reflexivo.

A partir del desarrollo del Proyecto Construyendo Lazos Sociales, se pretende mediante el diseño de talleres en Unidades Carcelarias y Htal Neuropsiquiátrico, vincular los contenidos de las disciplinas artísticas con un abordaje en los Derechos Humanos. A partir de esta etapa de construcción de conocimiento, de desarrollo reflexivo, de práctica colectiva de promoción de los Derechos Humanos y de implementación de actividades concretas que implican, entre otras, el aprendizaje de saberes artísticos específicos, formación de alumnos tutores en las Instituciones se posibilita el fortalecimiento de los modos de hacer, la obtención de experiencias que pretenden identificar, analizar, reconocer y promover la réplica creativa de iniciativas en las que la comunidad se transforme en actor de su propio desarrollo y fortalecimiento, sostenible en el tiempo y replicable.

Como segunda etapa de los talleres, se plantea el desarrollo de los “productos”, donde se genera un producto individual y otro colectivo.

En la producción individual, cada alumno, realiza objetos con características específicas de acuerdo a las particularidades propias de los destinatarios y las instituciones. Esto contribuye en el fortalecimiento, el empoderamiento y la construcción de Identidad individual.

Las intervenciones en procesos de elaboración colectivos vinculan en la creación conjunta, la toma de decisiones, la reflexión, y la construcción de la identidad colectiva.

En esta segunda etapa también incluimos el desarrollo y consolidación del Proyecto Productivo Serigrafico “El Viaje”, donde intervienen personas que egresan de los contextos de encierro (Unidades Carcelarias), y comenzó a formalizarse en el año 2015.

Entendemos este proceso cooperativo de fundamental relevancia para la inclusión social y laboral de aquellas personas con mayor vulnerabilidad.

En cuanto al proceso de activación y formalización de la Biblioteca de Barrio Alegre, se diseñan talleres que generen un valor agregado en el espacio (ej. Pintura Mural, Cerámica, Mosaico)

En este desarrollo las Instituciones destinatarias se vinculan a través de la intervención en las diferentes etapas del proceso productivo y venta final del producto.

Objetivo General

-Generar un ámbito de desarrollo cultural a través de la producción artística, de la construcción de Derechos Humanos y del empoderamiento de los sujetos, propiciando así, la construcción conjunta de un hábitat colectivo, atendiendo a las necesidades territoriales específicas en lo que refiere a las problemáticas de inclusión, activando desde el trabajo colectivo e interdisciplinario la construcción de espacios compartidos para el acceso a la participación cultural.

Metodología

Este proyecto se basa en la realización de talleres de producción, enseñanza-aprendizaje y otras acciones de extensión universitaria, como la gestión cultural y educati-

va, la consolidación de los Derechos, la inclusión social, la incorporación al sistema laboral, en las que se concreta la transferencia de saberes y conocimiento específico hacia grupos organizados en instituciones de mayor vulnerabilidad.

La transferencia de conocimientos, la Interacción y el debate/puesta en común con los agentes destinatarios son las tres etapas de un proceso en el que el grupo extensionista mantiene un diálogo de pares con el destinatario de sus acciones, lo que se comprende como construcción de saberes en forma conjunta.

En los talleres, dado su carácter interdisciplinario, confluyen diversos aportes metodológicos de las distintas disciplinas intervinientes. En donde, a partir de los Talleres, los docentes van a articular a través de una disciplina específica, por ejemplo Lenguaje Audiovisual y Derecho al acceso de la Educación, un trabajo interdisciplinario territorial

Desde el punto de vista metodológico las acciones se desarrollan en cinco *etapas*:

a. **La primera etapa**, está relacionada al acercamiento de los docentes y coordinadores a las Instituciones participantes. A partir de este encuentro se comienza la planificación del Taller, considerando la descripción, diagnóstico y relevamiento de necesidades grupales e institucionales a partir de las entrevistas con referentes, autoridades y participantes. Por último se hace un recorte conceptual de acuerdo a los ejes planteados para dicha planificación, buscando articular conceptos relacionados a la disciplina artística y a la promoción de Derechos Humanos, a partir de este recorte se pretende lograr la justificación del mismo.

b. **La segunda etapa**, vincula la planificación realizada en la primera etapa con el desarrollo del taller. Aquí surgen diversas variables y estrategias de acuerdo a la disciplina que se aborde, buscando por un lado, la transferencia de conocimiento como enseñanza - aprendizaje dinámico, y, por otro lado, la producción de objetos de diseño artístico surgidos de la propia técnica, buscando, así, consolidar la identidad y inclusión social de los destinatarios.

Por otra parte, y, dentro de esta misma etapa, se comienza el Emprendimiento cooperativo en donde cada taller hará circular la producción de algunos objetos* realizados en dichos talleres, para que otros talleres vayan realizando diferentes valores agregados de acuerdo a las disciplinas específicas, con esto buscamos establecer una vinculación directa de los destinatarios con el medio productivo, incorporándolos al sistema laboral.

c. **En la tercera etapa**, se plantea un ámbito común de diálogo, puesta abierta entre participantes de las Instituciones y del Grupo de Extensionistas. El objetivo final de esta etapa es realizar una evaluación individual de cada Taller y una evaluación colectiva de todos los integrantes que conforman el Proyecto de Extensión en relación a los objetivos, búsqueda de resultados, progresos, articulaciones alcanzadas. Revisión crítica de la metodología aplicada y estrategias de intervención, autoevaluación.

También se estipula para esta etapa la Muestra de los Talleres en la Instituciones y en otros espacios culturales o académicos.

Por último se hará una recopilación del material documental para la producción escrita para publicación y audiovisual.

d. **Cuarta etapa**, difusión en espacios públicos y mediáticos: difusión en distintos medios de comunicación y otros ámbitos sociales. Serie de muestras y charlas con la exhibición de publicación y audiovisual. Informe final Secretaría de Extensión. UNLP.

e. **Quinta Etapa**, seminarios de capacitación a destinados a alumnos, docentes e investigadores. Talleres de formación específica.

La propuesta innova en la búsqueda de formas de vinculación con la comunidad, en donde las prácticas generan vínculos grupales dinámicos: en los talleres como parte de la transferencia del conocimiento; en los consultorios de capacitación en temas específicos (aplicación de la Nueva ley de Salud Mental con referentes Institucionales); y por último con la promoción de su incorporación al sistema laboral a través de la constitución de un Proyecto Productivo puesto en marcha en el 2015.

Las Instituciones podrán involucrarse en la acción y obtención de un producto, tomando como desarrollo del valor agregado los talleres implementados en cada una de las mismas, alcanzando así nuevas perspectivas en la construcción del conocimiento y el objeto de vinculación.

Por otro lado, se busca la formación de los estudiantes, la capacitación de los docentes e investigadores; también la de los miembros de las organizaciones y/o Instituciones específicas (Unidades Carcelarias y Operadores de Salud).

Este proceso de complementariedad técnica y conocimiento será abordado a través de cuatro ejes conceptuales:

1- **Desarrollo sustentable**. Supone pensar en un nuevo conocimiento, en una “ecología de saberes” y en “comunidades de aprendizaje” (a partir del desarrollo de una práctica común). Es un cambio organizativo, que apuesta a la transversalidad.

2- **Uso de lenguajes artístico-comunicacionales**. La educación Artística permite no sólo otorgar herramientas de expresión, sino también colaborar con la producción de un lenguaje específico que favorezca la comprensión de la realidad y promueve la inserción laboral.

3- **Construcción de la Identidad**. La cultura es un concepto amplio e inclusivo que comprende todas las expresiones de la existencia humana. Hace referencia explícita al carácter de la cultura como un proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo, que tiene un pasado, un presente y un futuro. Se trata de un proceso interactivo a través del cual los individuos y las comunidades, manteniendo sus particularidades y sus fines, dan

expresión a la cultura de la humanidad. Ese concepto tiene en cuenta la individualidad y la alteridad de la cultura como creación y producto social.

Refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades (conf. Comité DESC, O.G. n° 21).

Los sujetos pueden ejercer los derechos culturales individual y/o colectivamente dentro de un grupo o una comunidad determinada.

Por medio de la Construcción de la Identidad se busca generar e instalar objetos que respondan a las necesidades comunitarias, y que atiendan a las demandas materiales y simbólicas, respetando las particularidades individuales y grupales. Alcanzando así, una reflexión situada sobre las características de la identidad propia y colectiva, como una proyección de medidas y emprendimientos para la integración social.

4- Empoderamiento. Partimos del concepto de “empoderamiento” de los destinatarios directos (personas que comparten un alto grado de vulnerabilidad social) no sólo por la adquisición de un “saber práctico específico”, sino porque el mismo proceso de aprendizaje se convierte en una “práctica de ejercicio democrático” con énfasis en el diálogo, respetuoso de la subjetividad, responsable y valioso en sí mismo.

El propio Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que el empoderamiento cultural inclusivo resultante del derecho de toda persona a participar en la vida cultural es una herramienta para reducir las disparidades, de manera que todos puedan disfrutar, en pie de igualdad, de los valores de su propia cultura dentro de una sociedad democrática (Observación General n° 21). La redes, entendidas como una forma de asociación entre Instituciones Universitarias, o entre ellas y los sectores públicos y privados, constituyen una herramienta potente y probada para el mejoramiento de la calidad y la pertinencia de la formación y la investigación así como para el pleno desarrollo institucional.

Al favorecer estructuras más flexibles, las redes permiten extender y diversificar actividades, experimentar nuevos desarrollos y compartir riesgos, potenciando los propios perfiles de cada institución universitaria y generando a la par la provisión de nuevos servicios y competencias, antes fuera de su alcance individual, como consecuencia de la sinergia producida.

Sostenibilidad

Uno de los desafíos del Proyecto “Construyendo Lazos Sociales” estriba en la posibilidad de que conceptos relativos a la enseñanza - aprendizaje, la promoción de los Derechos Humanos, el empoderamiento, el desarrollo y reflexión de los lenguajes artísticos y la cultura como contenedora del Sujeto. Estos ejes funcionan como reflexión y acción en la comunidad, en las Instituciones, en los destinatarios y en el grupo extensionista.

La meta es el fortalecimiento de la apropiación de estrategias, recursos y proyectos productivos por parte de los destinatarios, pertenecientes a sectores especialmente vulnerables desde el punto de vista social.

En este sentido es que pensamos en la construcción del conocimiento de técnicas específicas y el emprendimiento cooperativo, como ampliación de las estrategias para lo que se denomina “replicabilidad”: por la que los participantes comunitarios sean agentes multiplicadores de la experiencia en sus contextos, que inicien procesos afines no previstos, como por ejemplo otros emprendimientos cooperativos en la Institución en la cual residen, y por último que otros organismos gubernamentales y no gubernamentales (ONG’s) se interesen en acompañar la producción de estos sectores, generando, así, una inserción social y proyección laboral.

En esta línea de trabajo se inscribe el objetivo de que cada desarrollo pedagógico vaya teniendo una estructura teórico-práctica en perspectiva, donde la adquisición de saberes específicos, proyección laboral y alfabetización básica en Derechos Humanos formen parte de una experiencia susceptible de ser replicada intra y extra-institucionalmente.

La consecución de estos objetivos dependerá de la eficacia con que se opere en el mencionado equilibrio, conscientes de que las problemáticas sociales abordadas desde ambos extremos del binomio universidad-comunidad redundan en el valioso enriquecimiento mutuo.

En este sentido la propuesta permitirá desarrollar instrumentos precisos de seguimiento en el largo plazo, cumplimentándose de este modo la responsabilidad social que la Universidad debe asumir como parte integrante de la comunidad.

Estas metas se vinculan al imprescindible nuevo horizonte de la Extensión Universitaria: el avance en la articulación equilibrada entre las misiones de docencia, investigación y extensión.

Por otra parte, la difusión planteada en términos de producción gráfica y audiovisual se plantea en función de la replicabilidad a ámbitos que excedan el circuito original de este proyecto.

La replicabilidad

Uno de los desafíos del Proyecto “Construyendo Lazos Sociales” consiste en la posibilidad de que conceptos relativos a la enseñanza - aprendizaje, la promoción de los Derechos Humanos, el desarrollo y reflexión de los lenguajes artísticos y la cultura como contenedora del Sujeto, funcionan como reflexión y acción en la comunidad, en las Instituciones, en los destinatarios y en el grupo extensionista.

La meta es el fortalecimiento de la apropiación de estrategias, recursos y proyectos productivos por parte de los destinatarios, pertenecientes a sectores especialmente vulnerables desde el punto de vista social.

En este sentido, la estrategia diseñada mediante el presente proyecto admite la posibilidad de ser replicada en otros contextos que presenten similares dificultades en el acceso a los bienes y servicios culturales producto de determinadas situaciones de vulnerabilidad social.

Algunas experiencias de talleres

Taller de Cerámica

Resumen

En la actualidad ya no se puede considerar a lo artístico como simple movilizador de sentidos, como adiestramiento de una técnica o como mero ejercicio de la “libre expresión” individual. Esta disciplina necesita ser valorada como un área de conocimiento particular que permita generar diversas competencias comunicativas y posibles salidas laborales.

Se propone poner en común regionalismos, identidades y experiencias cotidianas.

La enseñanza de las técnicas de cerámica para la construcción objetual-funcional así como para la construcción de reafirmaciones de subjetividades, reafirmaciones identitarias tanto en lo individual como en lo cultural promueve no sólo el ejercicio manual de la propia disciplina sino que alienta el trabajo en cooperación.

Este Taller se vio parcialmente modificado, ya que, en una primera instancia había sido planificado para realizarse en Unidades Carcelarias con personas adultas, y luego, se reestructuró para niños y adolescentes en la Biblioteca Popular de Barrio Alegre.



Taller de mosaico

Resumen

A través de la técnica del mosaiquismo se buscó desarrollar la parte creativa y cognoscitiva de modo individual y colectivo. La valoración del trabajo propio y del compañero.

Como así también la motricidad, el manejo correcto de las herramientas y el cuidado de las mismas

Abarcamos el recorrido del mosaico y las diferentes composiciones que nos da la técnica para el alumno pueda expresar libremente su creatividad.

Problemática que abordó el Taller

concepto de IDENTIDAD

Partimos diciendo que la identidad “...pone en juego la construcción de un discurso propio de saberes, ideas, y realidades. Hablar de uno mismo y /o colectivamente de un “nosotros” como comunidad, permite replantearse elecciones, saberes y la historia propia, favoreciendo una nueva toma de decisiones, una nueva forma de actuar.”

“Ya no se basa en las grandes figuras que lo legitimaban como Nación, Territorio, Clase social, etc. Sino que ha devenido en nuevos y diferentes factores de identificación y creación de subjetividades como por ejemplo la información, comunicación, etc. De este modo surgen proyectos generadores de micro identidades. Estas se construyen a partir de identificaciones variables ya sea clase social, la religión, la región, la ciudad, el barrio, la familia, la raza, etc.

Las identidades se afirman desde lo particular pero se sostienen desde un nosotros y pueden ser el resultado de fijaciones parciales asumiendo un carácter inestable y provisional.

La idea de identidad se encuentra en toda práctica social.

El gran reto de la identidad es apuntalar la articulación social a través de figuras que ayuden a imaginar el conjunto y sustenten la construcción de lo público involucrando el bien común.

Las identidades son expertas en crear imágenes. La energía de las distintas identidades que otorgan a dichas imágenes, son capaces de recargar los imaginarios y renovar las representaciones colectivas. El arte ayuda a expresar con mayor facilidad la diferencia que el de la unidad, por eso su desafío de cara a lo público coincide con el que tienen las identidades, enlazar recuerdos esparcidos, deseos, y ficciones flotantes para imaginar representaciones compartidas”.

Destinatarios (género, edad, clase social, otros)

La biblioteca popular “Florecerán mil flores”, donde dictaremos el Taller de mosaico, está ubicada dentro del barrio Barrio Alegre el cual se encuentra circundado por las calles 122 y 613 bis



Taller de Mural

Temática del Taller: Identidad

Resumen

El concepto transversal de este proyecto es la identidad como construcción. A través del escrito de **Mario Casalla** se revela que toda cultura está situada y que solo desde la conciencia de esa situacionalidad es posible yectarse más allá de sí misma y realizar la experiencia de lo ajeno, lo universal. Es necesario distinguir una universalidad abstracta y una universalidad situada. Nos interesa esta segunda, la universalidad situada, entendiéndola como aquella que se construye como ámbito respetuoso de las diferencias como totalidad abierta que pide y acepta las diferencias

nacionales y que se niega a vestir los atributos que le son ajenas. Desde este punto es que este proyecto considera clave profundizar en la conciencia sobre la situacionalidad de cada uno de los participantes del taller.

El taller se trata de una actividad que combina la práctica con la teoría, teniendo en cuenta el contexto, para la apropiación del lugar en donde se emplazará el objeto mural y para la consolidación de la identidad individual y colectiva. La propuesta se enfoca en construir una pieza artística que surja de la creación propia de los participantes del taller. **Manuel López Blanco** define al arte como un hacer consciente porque no surge de una acción proveniente de un hacer sin conocer, un mero oficio, una práctica inconsciente, por un lado, y tampoco de una especulación teórica, un conocer sin hacer, por otro lado. El arte surge de la conjugación de la teoría y la práctica, involucrando necesariamente una serie de conocimientos previos, un contenido cultural asimilado por el artista del cual se vale en su actividad con un fin, el de comunicar, de construir cultura. El arte es un trabajo cuya finalidad es satisfacer ciertas necesidades del hombre, implica un producto, una herramienta, una técnica. Esto hace que el arte sea un hacer consciente. El autor define arte como un hacer consciente, debido a que el artista va a concretar su obra a partir de su experiencia.

La obra de arte refleja siempre la concepción del mundo de su autor, una toma de conciencia, una especial manera de relacionarse con sus semejantes y esto es más que un conocimiento, es el hacer consciente, un comunicarse, un relacionarse, un liberar lo humano. El grado de este conocimiento varía no solo con la época sino también con las características particulares de cada artista.

Otro concepto fundamental es el de poder, tomando a **Michel Foucault**, quien analiza en su escrito el cómo del poder; tiene en cuenta sus mecanismos según dos puntos de relación: por un lado, las reglas del derecho que delimitan formalmente el poder, por otro, los efectos de verdad que este poder produce, transmite y que a su vez reproducen ese poder. Produciéndose el triángulo: poder, derecho, verdad.

En las distintas sociedades, las relaciones de poder atraviesan, caracterizan, constituyen el cuerpo social. Por eso el taller apunta a que los destinatarios puedan hacerse conscientes de que el poder está en todos y que todos tenemos el derecho de ejercerlo.



Taller de Serigrafía

Problemática que abordó el Taller

Inserción Social y Laboral de personas que egresan de los contextos de encierro

Resumen

A partir del Taller se pretende plantear el aprendizaje y la experimentación desde la fotografía hacia la serigrafía. Utilizando el lenguaje fotográfico para alcanzar las imágenes para ser serigrafiadas.

Se busca desarrollar el empoderamiento desde la subjetividad y en una segunda instancia activar la inclusión social e inclusión laboral de quienes se encuentran privados de su libertad, a partir, del desarrollo e intervención en el proceso productivo.

En este taller teórico-práctico los productos obtenidos a partir del proceso productivo generaron un papel preponderante a la hora de la creación, ya que para todas aquellas personas que se encontraban en situación de encierro, la producción de objetos textiles serigrafiados les permitió establecer un puente simbólico con el afuera y un desarrollo económico sustentable.

Trabajamos con herramientas y técnicas que admiten ajustarse y promover el aprendizaje de la técnica y simultáneamente la incorporación al sistema laboral.

Destinatarios

Mujeres y Hombres. Adultos. Que egresan de contextos de encierro

El Proyecto se desarrollo a partir de la firma de un Convenio entre la Secretaría de Coordinación Institucional. Patronato del Liberado. Pcia de Bs As y el Proyecto de Extensión Universitaria Construyendo Lazos Sociales. Facultad de Bellas Artes y Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.





EL VIAJE
proyecto productivo



Taller de expresividad fotográfica. Temática Identidad

Problemática que abordó el Taller: La problemática que abordó el taller de expresividad fotográfica fue el de la identidad. Los alumnos con diferentes patologías neuropsiquiátricas dentro de un contexto de encierro y de prevenciones de cuidado personal para ellos mismos, se encuentran limitados a ciertas situaciones y actividades que permiten la contemplación del individuo en todos sus aspectos como también instancias de reconocimiento de la propia identidad.

Resumen: Con el taller de fotografía apuntamos a co-construir un espacio de promoción de la salud mental en el cual se pueda ir tejiendo en conjunto una red solidaria de apoyos, de contención, de ayuda mutua, de escucha, de intercambio de experiencias, ideas, conocimientos aportando a la construcción de subjetividades haciendo lazo con el otro. El taller de expresividad fotográfica se propuso llevar adelante diferentes actividades que implicaran un trabajo de reconocimiento de la identidad propio, en el cual las actividades fueron pensadas en pos de abordar el eje temático planteado, atravesado por los contenidos básicos de la fotografía. Las clases se desarrollaron en un clima de distensión, que otorgó un espacio de recreación y acompañamiento para los alumnos como para los docentes.

Destinatarios: Los alumnos del taller de expresividad fotográfica fueron diez pacientes mujeres de SALA G de entre 45 a 87 años, pacientes psiquiátricos del hospital Alejandro Korn.



Taller de Cine con Derechos

Derechos de los niños contados, ilustrados y filmado por niños.

Problemática que abordó el Taller:

El taller tuvo como eje central la educación audiovisual de los niños y niñas, teniendo como prioridad educar su mirada, su forma de expresión, reconociendo y abordando como temática los Derechos del Niño.

Resumen:

A lo largo del taller se realizaron diferentes actividades donde los niños y niñas a través de herramientas audiovisuales reconocerán sus derechos. El material realizado durante estos encuentros tendrá como resultado final 5 Spots abordando cada uno de ellos un derecho diferente:

Derecho a la Vivienda

Derecho a la Educación

Derecho a la Identidad

Derecho a Jugar

Derecho a la Salud

Estos derechos serán explicados para niños, por niños, quienes además de exponer su mirada sobre ellos realizarán gran parte del material audiovisual a lo largo de los encuentros.



Taller de expresión plástica

Problemática que abordó el Taller: Lo identitario. La enajenación. Los vínculos sociales.

Resumen

El taller pretendió aportar conocimientos generales sobre las distintas modalidades de producción artística mediante el desarrollo de actividades de carácter práctico que permitan la autoexpresión y experimentación con diferentes materiales y modos de producir. Dichas actividades no solo tuvieron como fin la adquisición de los conocimientos prácticos sino que se pretende mediante ellas generar una reflexión sobre la propia identidad y ayudar a construir nociones sobre lo colectivo y la acción o producción en cooperación. Se pretende por otra parte generar un lazo con el exterior a partir de una muestra final de las producciones hechas durante el taller.

Destinatarios

Los destinatarios fueron pacientes del Hospital Neuropsiquiatrico Alejandro Korn. Se trabajo con pacientes de distintas salas: G, F, KORN; y de distintas edades, jóvenes y adultos mayores.



Página Web <http://construyendolazossociales.com/>
<https://www.facebook.com/proyectoconstruyendolazossociales/>

Cambio de paradigma legal, actuación del Estado y estigmatización de lxs jóvenes

Por Ligia Pérez Cazenave

No se puede pretender el devenir de una sociedad más justa sin el trabajo consciente que esto conlleva. Ricardo García

En el artículo se analizará al derecho como una construcción social y política, como manifestación de una sociedad dividida en clases, y como campo de disputa para los sectores que luchan por su emancipación. Pretende abordar desde una perspectiva interdisciplinaria que dialogue con las dimensiones teóricas y prácticas temáticas jurídicas ancladas en problemáticas sociales: el cambio de paradigma legal de niños, niñas y adolescentes, la actuación del Estado y la estigmatización de los jóvenes.

Lo aquí escrito es producto de mi participación en el seminario de grado “Derecho crítico y abogacía popular. Una mirada alternativa del derecho y del ejercicio profesional” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, a partir de formar parte del Programa Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas de la Secretaría de Extensión de la misma facultad. Este programa aborda todo su trabajo desde una perspectiva interdisciplinaria –está formado por sociólogos, abogados y trabajadorxs sociales-. El programa Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas realiza sistemáticamente talleres de formación, y a partir del trabajo cotidiano en el consultorio jurídico gratuito, ha elaborado materiales tendientes a facilitar la comprensión de los mecanismos de la justicia, el acceso a ella y la reflexión crítica en torno a las políticas de derechos humanos. Asimismo, asesora y acompaña a familias con niñas o adolescentes cuyos derechos son vulnerados para restituirles su ejercicio pleno.

El seminario representó una articulación entre la docencia, la extensión y la investigación universitaria. La invitación reflejó una posibilidad de integración a fin de que la construcción y transmisión del conocimiento universitario sea lo más integral posible.

La problemática social que trabaja el Programa es la violación de los derechos humanos de la niñez y la juventud. Mayoritariamente esta problemática se vincula con el acceso a una vivienda digna respecto de niñas y jóvenes en situación de calle (a causa de desalojos); a las dificultades referidas al acceso al derecho a la salud en tratamientos en salud mental y adicciones; a la violencia de género, sobre todo en la modalidad de violencia familiar; a la separación de niñas y de su grupo familiar por cuestiones de pobreza; a medidas de adopción irregulares, a dificultades para la realización de trámites administrativos. Y, la problemática que dialogamos en el seminario, la estigmatización de los jóvenes y la actuación del Estado que viola los derechos de lxs niñas criminalizándolxs.

El Programa busca abordar la problemática desde una perspectiva crítica, lo cual considera indispensable como parte de los procesos de construcción y lucha

por el sentido y los alcances de los derechos humanos y las instituciones del Estado. Crítica que está destinada a transformar la realidad social, a “revolucionar el mundo existente, de atacar prácticamente y de hacer cambiar las cosas con que nos encontramos” (C. Marx & F. Engels) Entendemos que el poder está distribuido de manera asimétrica y si bien el derecho en su generalidad cumple la función de mantener esa distribución, también puede ser una herramienta de transformación.

Desde el Programa buscamos analizar los fundamentos de las prácticas jurídicas dominantes que sirven para reproducir el *status quo* y proponer prácticas, instituciones y formas de pensar concretas que encarnen valores de compromiso e inclusión social y que representen alternativas viables de acuerdo al estado de cosas existente.

En definitiva, esto es lo que sucede con la niñez y la adolescencia. Si reparamos en la relación entre el derecho y lxs niñxs veremos que se ha suscitado un “cambio de paradigma legal”, es decir un cambio en las nociones, definiciones y categorías legales de interpretación en relación a la niñez. Es necesario aprehenderlo para entender la génesis y el fundamento de las prácticas jurídicas dominantes y proponer cursos de transformación hacia aquellas que sean respetuosas de los derechos humanos.

Cambio de paradigma legal de niños, niñas y adolescentes

La idea de que lxs niñxs necesitan una protección especial existe desde antes de la formación de los estados modernos. Si se repara en la historia de la relación de la ley con lxs niñxs, particularmente en la historia de los diferentes movimientos de protección de la infancia desde sus comienzos en tiempos de la industrialización, se advierte que desde tiempos lejanos en Occidente se sostuvo la necesidad de que lxs niñxs tuvieran educación, casa, comida o familia. Los debates, a lo largo de los años, giraron en torno a quién era el obligado a garantizarlos y con qué alcance. Esto incluía la discusión por el sentido de las categorías familia, vivienda, educación, sexualidad, maternidad, entre otras.

En el campo jurídico actualmente la posición de lxs niñxs se encuentra dirimida en su favor ya que la comunidad internacional lxs denomina sujetos de preferente tutela.

El primer instrumento internacional relativo a ellos fue la Declaración de Ginebra, de 1924, adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia. Estableció que la humanidad debe dar a lxs niñxs lo mejor de sí misma por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia. De entre todos esos instrumentos legales se destaca la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989). Si bien el concepto de lxs niñxs como sujetos de derecho internacional es anterior a ella, resulta su expresión más acabada y constituye un hito en un largo proceso jurídico – cultural. La introducción de estándares de derechos humanos de la niñez implicó no sólo la introducción de garantías a la respuesta estatal al delito cometido por menores, sino –sobre todo- la posibilidad y necesidad de discutir la refor-

mulación de políticas públicas desde una plataforma de derechos humanos, teniendo como eje a lxs niñxs como sujetos de derecho.

La Convención sobre los Derechos del Niñx no es enunciado de buenos propósitos. Implica transformaciones en las relaciones del niñx con el Estado, la familia y la comunidad, por lo que las condiciones de posibilidad para hacer efectivos los derechos allí enunciados descansan en cambios en la normativa jurídica que regula dicha relaciones, las estructuras institucionales y las prácticas sociales en las que interactúan adultos y niñxs juntos. Por ello se puede decir que la convención es un verdadero programa de acción para los estados y las sociedades que la han ratificado y que los compromete a realizar profundas modificaciones en sus maneras de entender y actuar en relación a los niñxs y adolescentes.

Ésta es una tarea colectiva, a todos los niveles del Estado y la sociedad, en la que los adultos debemos empezar a problematizar percepciones y visiones a cerca de la infancia que permita ir removiendo obstáculos institucionales, normativos y también actitudinales para que los niñxs y adolescentes accedan a los derechos de los cuáles son titulares. Es necesario que el nuevo paradigma se incorpore en el imaginario y en las representaciones sociales para así lograr transformar en una demanda social activa la consideración de los niñxs y adolescentes como sujetos con derechos propios.

Necesariamente se debe hacer visible que el derecho y sus prácticas se alojan en una sociedad adultocéntrica, es una sociedad donde hay una construcción jerárquica mediante la cual lxs adultxs son el centro de la sociedad, la cual está construida en base a sus términos, ideas, prejuicios y tópicos. La idea de que lxs adultxs decidimos sobre lxs niñxs y jóvenes, coartamos su posibilidad de elección, imponemos nuestra verdad, no le damos respuestas por no ser suficientemente madurxs, se legitima el castigo físico, se impone el criterio del adultx mediante la fuerza y no mediante la razón y el diálogo, se les niega derechos. En vez de acompañarlxs en su desarrollo para que sea una persona libre y que no dependa de nadie para pensar por sí mismx, decidir y generar cada vez mayor autonomía.

Asimismo, hay que tener en cuenta el derecho privado, cuya fuente es el derecho romano, donde nace la institución *patria potestad* donde lxs niñxs son propiedad de su padre, y de su madre a medida que la mujer fue adquiriendo derechos.

Tanto el Estado como el sistema educativo, el sistema de salud, las organizaciones sociales y la familia tienen ahora el deber de concebir a lxs niñxs de una manera diferente e interactuar con ellxs en consecuencia. Eso implica un desafío, ya que no se puede encarar ninguna transformación genuina sin que las personas involucradas hagan conscientes prácticas arraigadas que obedecen a formas de ver la niñez y las relaciones intergeneracionales.

El adultocentrismo se intersecta con otros sistemas de distribución asimétrica del poder como el patriarcado y las relaciones de clases sociales. Se edifica una jerarquía en función del género, la edad, la clase. Así la utilización de conceptos como *riesgo*, *abandono*, *fuga del hogar*, *chicos de la calle* eran expresiones usadas en perjuicio de determinados niñxs. Lejos de cualquier pretensión de objetividad o neutralidad descriptiva, operaban como signos marcadores de una situación irregular que

habilitaría a los adultos a disponer de ellos aislándolos de su entorno. Al considerarlos peligrosos y/o en peligro de manera indistinta, se procuraba su salvación acudiendo a la justicia de menores y alejando al niño de su entorno, alterando o substituyendo su identidad.

La utilización de la justicia de menores estuvo siempre vinculada a la ausencia de políticas de promoción y desarrollo. El paradigma de la situación irregular, que con la pretensión de salvar a los niños vulneraba sus derechos, se ha derogado legalmente.

La Convención de Derechos del Niño, que tiene aprobación ratificada por Argentina en 1990 y cuenta con jerarquía constitucional desde 1994, establece que los niños son sujetos plenos de derechos con autonomía progresiva, y que atento a su condición de personas en proceso de crecimiento son titulares de los mismos derechos de que gozan los adultos, además de aquellos específicos que les han sido reconocidos en base a esa condición.

La doctrina de la protección integral que inaugura la Convención de Derechos del Niño circunscribe la labor del juez a la resolución de conflictos de naturaleza jurídica, fortalece las garantías procesales y obliga al Estado a implementar políticas integrales que remuevan los obstáculos que limitan de hecho la igualdad y la libertad, impidan o entorpezcan el pleno desarrollo de los niños y su efectiva participación en la comunidad. La ley nacional 26.061 de Protección Integral de los

Derechos de Niños y Adolescentes, y las leyes de la Provincia de Buenos Aires 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño y 13.634 de creación del Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil diferencian claramente la materia asistencial de la penal, asignan a la familia, entendida en sentido amplio, un lugar central en la contención del niño, desjudicializan los conflictos sociales que lo involucran, y trasladan el tratamiento de las cuestiones asistenciales al Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño.

El paradigma de la situación irregular

Las normas bajo este paradigma conciben a los niños y a los jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales, una definición basada en lo que no saben, no tienen o no son capaces.

La ley nacional 10.093 sancionada en 1919, el decreto-ley 10.067 de la provincia de Buenos Aires y el Régimen Penal de la minoridad ley 22278 son algunos ejemplos.

Marco teórico

El paradigma tutelar reproducía criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo XIX y principios del XX. La relación determinista entre pobreza, marginalidad y delincuencia estaba presente en todas las leyes, prácticas e instituciones tutelares. Eran las condiciones personales del sujeto las que habilitaban al Estado a intervenir. Desde el punto de vista político-criminal, de esta concepción

se derivaba un sistema de justicia de menores que admitía las reacciones estatales coactivas frente a infractores (potenciales) de la ley penal, a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos, a través de medidas adoptadas por tiempo indeterminado. En general, la política criminal tutelar no utilizó *a priori* un argumento de justificación peligrosista clásico —como en el caso de los adultos— sino que utilizó otro, mucho más legitimador, el de la protección a la infancia desvalida. Mediante el argumento de la tutela a lxs niñxs en riesgo material o moral, fue posible obviar dos cuestiones centrales en materia político-criminal. En primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a lxs niñxs. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia sólo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención protectora del Estado.

Características de lxs destinatarixs

Las leyes propias del paradigma tutelar no fueron pensadas para ser aplicadas a todo el universo de la infancia y la adolescencia, sino sólo para una parte: aquellos que no ingresaban al circuito de socialización oficial —los del Estado burgués— a través de la familia y la escuela. Se construyó así un sujeto social mediante una división entre aquellos a ser socializados por el dispositivo legal / tutelar, que generalmente coincidían con los que se encontraban fuera del circuito familia-escuela (los menores), y lxs niñxs, sobre quienes no se aplicaban este tipo de leyes. Frente a un mismo problema —por ejemplo, violencia intrafamiliar—, la respuesta estatal frente a unos era la intervención de la justicia de menores, en tanto que en condiciones similares si los involucrados pertenecían al otro segmento es probable que no hubiera intervención judicial. Y de haberla intervendría la justicia de familia.

Otra característica del modelo era considerar a los menores como objetos de protección, seres incompletos e incapaces que requerían un abordaje especial. Tal como lo expresa Mary Beloff se construía un menor cuando luego del diagnóstico de “riesgo o abandono material o moral” se separaba al niñx de su comunidad, a partir de la intervención del poder judicial y su internación en un instituto de menores.

Características del sistema

El paradigma tutelar comprendía un sistema centralizado, en el que lo asistencial (necesidades insatisfechas, problemas familiares, etc.) se confundía con lo penal (ser autor de un delito). La única respuesta a todas las situaciones era la judicialización e institucionalización, es decir la intervención coactiva y la separación del niñx de su entorno familiar y sus vínculos sociales. En este paradigma la niñez era una cuestión privada, el Estado no se hallaba obligado a generar condiciones protectorias para la niñez. Únicamente se encontraba habilitado para intervenir cuando se pudiera hablar de “riesgo o abandono material o moral” (tal como lo refiere la derogada Ley Agote (Ley 10.903) y el aún vigente Régimen Penal Minoril. artículo 1; Ley 22.278). Esto quiere decir que no se intervenía en todos los casos en el que lxs niñxs eran dañ-

dos, sino sólo en aquellos casos en los cuáles se podía incluir la situación del niño en una situación de “riesgo material o moral”, es decir en situaciones de pobreza.

Características y rol del juez

En el paradigma tutelar, el juez de menores dejaba de cumplir funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir tareas relacionadas con la ejecución de políticas sociales. Se concentraban muchas y diversas funciones en una sola persona: juez – padre – acusador – decisor – defensor. Se esperaba que actuara como un “buen padre de familia” en su misión de encargado del patronato del Estado sobre estos menores en situación de riesgo o peligro moral o material. De ahí que el juez no estuviera limitado por la ley en su función protectora paternal y tuviese facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y sobre el niño.

El paradigma de la protección integral

Este paradigma representado legalmente por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) Resolución Nro. 40/33 de la Asamblea General; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución Nro. 45/113 de la Asamblea General, y las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del RIAD), Resolución 45/112. En Argentina luego de muchas resistencias y a partir del impulso y lucha del movimiento de derechos humanos de la niñez se sancionó la ley 26061 y las leyes de la provincia de Buenos Aires 13298 y 13634.

Marco teórico

El marco teórico en el paradigma de la protección integral se funda en la reacción social o *labelling approach*¹. Según esa concepción, el Estado debe evitar

1 La Teoría de la reacción social, Teoría del etiquetado, Teoría del etiquetamiento o labeling (en inglés Labeling theory) es una de las teorías microsociológicas de la sociología de la desviación desarrollada durante la década de 1960 y 1970 que postula, en relación con las teorías de las relaciones sociales, que la desviación no es inherente al acto concreto sino que es una manifestación de la mayoría social que califica o etiqueta negativamente los comportamientos de las minorías al desviarse de las normas culturales estandarizadas de la mayoría. La teoría ha prestado especial atención a distintos colectivos o minorías que habitualmente sufren el etiquetado o calificación negativa por su desviación de la norma mayoritaria social (discapacitados, enfermos mentales, criminales, homosexuales, niños, ancianos, minorías raciales, etc.). La teoría del etiquetado defiende que la desviación no es inherente a un acto, sino que se muestra la tendencia de las mayorías a las calificaciones negativas o etiquetado de las minorías a las que se ven como desviación de estándar de las normas culturales y sociales. La teoría hace referencia a cómo la propia identidad y el comportamiento de los individuos puede ser determinada o influida por los propios términos utilizados para describir o clasificar dicho comportamiento, y se asocia con el concepto de una profecía que se cumple y con los estereotipos.

intervenir desde el sistema penal ante cualquier acción delictiva del niño, puesto que su contacto con el sistema penal, en lugar de promover procesos de responsabilización y acciones positivas hacia la comunidad, genera daños, dolor y acciones negativas que lo enmarcan y encaminan hacia una biografía ligada a las instituciones punitivas del Estado (Regla número 11 de Beijing). Ya no son las condiciones personales del sujeto las que habilitan al estado a separar al niño de su familia y entorno social. Por el contrario, sólo puede hacerlo en aquellos supuestos comprobados en los se demuestre que es el propio entorno del niño el que lo violenta y daña. Otro supuesto de separación fundado es la comisión de un delito cuya pena en expectativa obligue al fuero de la responsabilidad juvenil a tomar una medida restrictiva de la libertad, siempre en el marco de una acción integral de responsabilización. Por otro lado, en el paradigma de la protección integral, como su nombre lo indica, el Estado se encuentra obligado a intervenir siempre, y a hacerlo de manera integral, es decir no hacerlo nunca desde el sistema penal ni de ningún otro modo de manera fragmentada. Toda intervención debe propender al desarrollo de la autonomía del niño o adolescente en el seno de su familia (en sentido amplio). Si por motivos fundados debe separarlo de ella, lo debe hacer por el menor tiempo posible, transcurso durante el cual debe trabajar con los adultos referentes del niño para que puedan recibirlo y continuar con su responsabilización (en el caso de delito), o con su vida familiar luego de la medida de encierro o separación temporal.

Características de lxs destinatarixs

Para el paradigma de la protección integral, lxs niños son sujetos plenos de derecho. Ya no se trata de incapaces, de personas a medias o incompletas, sino de personas completas con derechos, cuya única particularidad a tener en cuenta es que están creciendo y por ello, a los derechos que poseen los adultos se suma la obligación de toda la comunidad de garantizar condiciones en las que puedan ejercer los propios. En este sentido se habla de la corresponsabilidad: todos los adultos son responsables frente a todos lxs niños, en la medida de su rol. Madres, padres, ciudadanos, funcionarios estatales, trabajadores de niñez, etcétera. El Estado debe articular las diversas funciones y roles sectoriales y jurisdiccionales (municipios, provincias, nación, comprendidos en sus tres poderes, organizaciones Sociales, escuelas, familias, salas de salud, iglesias, etc.) con el objetivo de promover los cambios culturales que implica la normativa.

De todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral es el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. El hecho de que lxs niños deben dejar de ser pensados y tratados como objetos sobre los cuales se dispone y/o protege, a ser sujetos plenos de derechos, implica pensar todas las relaciones sociales que lo involucran, empezando por aprender a escuchar sus manifestaciones y comprender sus necesidades reales. Para ello el primer objetivo será suspender los juicios de valor, y ejercer un control de todos los adultos sobre si mismos para modificar las relaciones intergeneracionales, y conocer a lxs niños reales, cuyos derechos se pretende promover.

Modos y ocasiones de intervención estatal

En el paradigma de la protección integral se definen los derechos de lxs niñxs y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos integradores de los distintos derechos humanos en juego. La obligación consiste, como ya se dijo, en la puesta en marcha en cada caso concreto de un plan estratégico en que el Estado articule las acciones de distintos actores institucionales y no institucionales para el restablecimiento integral de los derechos amenazados o violados. Ya no es posible cargar sobre el niñx las omisiones de los adultos que determinan violaciones a sus derechos.

Características del sistema

En el paradigma de protección integral se suplanta la figura del patronato de menores por la del sistema de promoción y protección integral para la niñez, y se crea una instancia judicial subsidiaria para casos excepcionales en los que deban tomarse medidas de restricción de libertad, o separación temporal del niñx de su familia (fueros de familia y de responsabilidad juvenil respectivamente). La mayoría de las medidas deben ser adoptadas por órganos del Sistema de Promoción y Protección Integral. Hay co-responsabilidad entre órganos estatales, sociedad civil y familia. No se trata de dividir responsabilidades, sino de que cualquier adulto que se encuentre ante situaciones concretas en las que haya niñxs con derechos vulnerados es responsable de tomar una medida específica para que esa situación se modifique. Por supuesto, no todas las personas tiene las mismas responsabilidades sino en la medida de su rol. Los funcionarios públicos están obligados a articular diversas acciones ante cada situación, para ello deben construir planes estratégicos completos, así como se encuentran obligados a sistematizar esas experiencias de resolución reales y específicas para la generación de programas cada vez más efectivos, basados en lxs niñxs reales (principio de progresividad).

Características y rol del juez

En el paradigma de protección integral se restringe la función del juez en tanto éste debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, es decir que debe actuar sólo en los casos en que deba tomarse una medida extrema de separación del niñx de su entorno. Los nuevos jueces, en ejercicio de esa función, como cualquier juez, están limitados en su intervención por las garantías y deberán ser idóneos en derecho, pero debido a la especialidad del fuero, todos los trabajadores y funcionarios, incluidos los jueces, que trabajen con niñez, deben ser elegidos por concurso de oposición y antecedentes, acreditando su especialización en el tema.

Contenido y características de la intervención estatal

En el paradigma de protección integral se trata de garantizar los derechos de todos lxs niñxs en su medio familiar y comunitario. Se distinguen así claramente las

competencias de las políticas sociales y de derechos humanos, de la cuestión específicamente penal, y se plantea la defensa y el reconocimiento de los derechos de lxs niñxs como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas de derechos humanos. De este modo, se desjudicializan cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada, así como se obliga al Estado a llevar adelante políticas idóneas para promover el cambio cultural que plantea el nuevo paradigma legal.

Las transformaciones normadas apuntan a efectivizar, promover, prevenir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de niñxs y adolescentes. Se plantea el paso de un sistema tutelar a uno de garantía de derechos. Ese cambio de paradigma exige un cambio cultural que deberemos protagonizar todxs. La norma instala dicha problemática e inaugura el proceso que conduzca a saldar una deuda social con lxs niñxs y adolescentes.

Por tratarse de un proceso están implicados la gradualidad, el cumplimiento de etapas y la participación.

El derecho puede ser una herramienta para el cambio social en tanto podemos reivindicar su dimensión política, y en cuanto los actores que lo utilicen también sean transformados en su propia subjetividad, puesto que este nuevo paradigma presupone otras relaciones intergeneracionales.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niñx plantea un cambio paradigmático en materia de niñez y adolescencia: encara la infancia, tradicionalmente abordada desde la perspectiva asistencial y tutelar, en términos de ciudadanía y derechos; reconoce a las personas menores de 18 años derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Esto acarrea obligaciones múltiples a los estados firmantes, ya que deben adaptar su legislación interna a los nuevos parámetros, deben modificar sus estructuras institucionales, e incluso trabajar fuertemente sobre las representaciones y concepciones que sostenían el paradigma anterior. La nueva institucionalidad resultante se basa en la efectiva puesta a disposición de los recursos públicos por parte del Estado, la formación y el compromiso de la ciudadanía con el cambio.

La normativa plantea desafíos que exceden al tema de niñez y adolescencia, y se enfrenta al tipo de limitaciones inherentes a todas las leyes que pretenden construir ciudadanía y/o fortalecerla. Su viabilidad depende en buena parte de un proyecto de país inclusivo, con políticas económicas redistributivas y un andamiaje institucional fortalecido, pues se trata de normas que implican una alta calidad democrática.

Actuación del Estado. La estigmatización de los jóvenes.

Uno de los obstáculos que debe afrontar el Estado es la falta de adecuación de la legislación. Asimismo trabajar sobre las representaciones sobre las que se asientan las prácticas jurídicas es trabajar sobre la estigmatización de los jóvenes.

En la Argentina el Régimen Penal de la Minoridad se encuentra regulado por el Decreto-Ley 22.278, el cual es previo a la sanción de la Convención de los derechos de la Niñez, situación a ser modificada para adecuarse al nuevo paradigma.

Esta ley es materia penal de competencia nacional, la que convive con la ley provincial 13634 que regula lo procedimental. El decreto ley 22278 es una norma nacional penal dictada el 25 de agosto de 1980 que basa el accionar del estado en categorías como “abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta”.

El Comité de los Derechos del Niño ha manifestado su grave preocupación por la constante aplicación de esta norma. Ha afirmado que Argentina debe derogar la ley relativa al régimen penal de la minoridad y aprobar una nueva ley compatible con la Convención y las normas internacionales en materia de justicia juvenil.

El Estado plantea mecanismos de intervención coactiva respecto de la población infantil que:

- i. se encuentre atravesando la franja de 16 a 18 años de edad¹⁴ y que
- ii. haya cometido algunos de los delitos previstos en el Código Penal, exceptuando expresamente los casos de delitos de acción privada o de aquellos cuya sanción prevista legalmente es la de pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación.

El Estado tiene la obligación constitucional de no recurrir a los mecanismos penales respecto de la población infanto-juvenil calificada como no punible, que se deriva del mandato de no regresividad en virtud del cual se entiende que los progresos alcanzados en la protección de derechos humanos son irreversibles.

En contradicción con esto, resulta común observar tendencias de políticas neopunitivistas, que se hacen eco de las imágenes de hechos violentos reproducidas por los medios de comunicación.

Si bien los estudios constatan que en la Provincia de Buenos Aires sólo el 4% de todos los delitos acaecidos fueron cometidos por menores de edad durante el año 2013 y que en el año 2014 la cifra descendió a un 3,88%¹⁶ esta información es presentada de otra manera por algunos medios de comunicación. Se ha llegado a sostener, por un lado, la presencia de un aumento en los delitos cometidos por menores en relación al año 2013; mientras que otros medios han enfatizado que dentro del mismo fuero juvenil el número de homicidios dolosos se redujo un 15,3% por ciento, a diferencia de los cometidos por mayores que crecieron un 10,2%.

En el marco del Régimen Penal de la Minoridad actual, la posibilidad de hacer uso de una menor imposición de dolor para ayudar a la resolución del conflicto se plantea como una facultad discrecional y no como un mandato, en claro contraste con materiales jurídicos de mayor jerarquía que deben guiar la respuesta estatal. La Convención sobre los Derechos del Niño especifica los mandamientos constitucionales que deben imperar en la materia por sobre cualquier otro material normativo. Todo accionar estatal o comunitario apartado de sus lineamientos resulta ilegal: el piso planteado por la Convención no puede ser vulnerado.

Cuando los medios de comunicación hablan de los jóvenes, lo hacen con una variada gama de calificaciones y estigmatizaciones que se arraigan fácilmente en ciertos sectores de la población. Esa forma poco reflexiva de dirigirse a la juventud favorece el clima de hostigamiento y represión, y justifica las medidas criminalizantes que se emprenden en contra de estos sujetos, como así también, una creciente e incesante violencia institucional contra los mismos.

El trabajo periodístico de investigación ha sido sustituido por la práctica simplista de etiquetar a los sujetos de los que se habla, y que en ese contexto es muy común escuchar que un joven de barrios periféricos o de sectores marginales es “violento”, “drogadicto”, “vago”, “de mal vivir”, “delincuente” en potencia o real, responsables directos de la inseguridad en las ciudades.

En los medios gráficos muchas veces se exhiben imágenes y fotografías de jóvenes cuya autoría delictiva se desconoce, pero que contribuyen a alimentar el imaginario colectivo de la juventud marginal como responsables de hechos violentos y delictivos.

Los medios de comunicación suelen transmitir una imagen negativa de los niños que delinquen, lo cual contribuye a que se forme un estereotipo discriminatorio y negativo de ellos, y a menudo de los niños en general. Esta representación negativa o criminalización de los menores delincuentes suele basarse en una distorsión y/o deficiente comprensión de las causas de la delincuencia juvenil, con las consiguientes peticiones periódicas de medidas más estrictas (por ejemplo, tolerancia cero, cadena perpetua al tercer delito de tipo violento, sentencias obligatorias, juicios en tribunales para adultos y otras medidas esencialmente punitivas). Para crear un ambiente más propicio a una mejor comprensión de las causas básicas de la delincuencia juvenil y a un planteamiento de este problema social basado en los derechos, el Estado debe llevar a cabo, promover y/o apoyar campañas educativas y de otro tipo para que se tomen conciencia de la necesidad y la obligación de tratar al menor del que se alegue que ha cometido un delito con arreglo al espíritu y la letra de la Convención.

Es una obligación: no publicar información que permita identificar a un niño que ha cometido un delito, por la estigmatización que ello comporta y su posible efecto en la capacidad del niño para acceder a la educación, el trabajo o la vivienda o conservar su seguridad. Por tanto, las autoridades públicas deben adoptar medidas para que los niños no puedan ser identificados. Los periodistas que vulneren el derecho a la vida privada de un niño que está acusado de cometer un delito deberán ser sancionados con medidas disciplinarias y cuando sea necesario con sanciones penales.

En el informe mensual de monitoreo de medios la Facultad de Ciencias de la Comunicación y Periodismo de la UNLP indica que durante marzo, abril y mayo de 2016 se relevaron 2145 noticias en los diarios La Nación, Clarín, Página12 y El Día que hicieron mención a jóvenes. El 40 % de las noticias publicadas fueron publicadas en la sección policial. La prensa gráfica ubica principalmente a los jóvenes protagonizando o participante en situaciones vinculadas con violencias, delitos y peligro ya sea como víctimas o como victimarios. Las noticias diarias describen juventudes des-

de un mapa que los sitúa en una posición de subalternidad, en los márgenes pobres, urbanos, violentos e inseguros, alejados de ambientes laborales, escolares, artísticos y políticos.

Abogacía popular: el caso Asociación Civil Miguel Bru

La abogacía popular se materializa en la acción de ciertos profesionales que se apartan del modelo tradicional. Preocupados por lograr cambios concretos y efectivos que puedan solucionar los problemas relevados por la crítica jurídica. Estos profesionales articulan con movimientos sociales y de derechos humanos. Consideran que la esfera jurídica debe subordinarse a la estrategia política.

Consideran el contenido político del derecho y las funciones que cumple en el mantenimiento de las relaciones sociales, donde el poder está distribuido de una manera asimétrica en aquellos sectores que sufren las consecuencias de las relaciones sociales desiguales.

Son las mismas reglas del sistema social las que generan dificultades, o mejor dicho, la imposibilidad de que los sectores populares puedan efectivizar sus derechos. De allí que se proponen trabajar con los sectores organizados y no con el individuo aislado. Al entender que las desigualdades sociales son inherentes al sistema de organización de la vida social, las soluciones nunca pueden ser individuales. Por tanto, la búsqueda es aportar y fortalecer a las organizaciones.

Desde el Programa se trabaja con otros programas de extensión, escuelas y organizaciones sociales y de derechos humanos. La solución no es individual. En 2011 el Programa asumió el asesoramiento técnico del amparo Asociación Civil Miguel Bru, iniciado en 2008 por un grupo de organizaciones sociales que se denominaron “Asamblea permanente por los derechos de la niñez”. En ese proceso judicial el juez de primera instancia falló:

1. Haciendo lugar a la acción de amparo promovida por Ilda Abes, Liliana Verónica Gibert, la Asociación Civil Miguel Bru, Marina Cappello, Anátilde Esther Senatore, la Asociación Proyecto Productivo y Ecológico y la Dra. Griselda Margarita Gutierrez, en su carácter de Asesora de Incapaces. – 2. Condenando a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que, dentro del plazo de seis (6) meses, procedan a realizar todas las acciones necesarias para la implementación efectiva del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño en la ciudad de La Plata, de conformidad con lo expresado en los considerandos 7 y 8 del presente decisorio, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 163 de la Constitución Provincial. – 3. En particular deberán: – 3.1. Crear en un ámbito céntrico de la Ciudad, uno o más Paradores, de acuerdo a la demanda del sector, con suficiente infraestructura y personal idóneo para cubrir las necesidades básicas de alimento, higiene, descanso, recreación y con-

tención, de los niños, niñas y adolescentes que requieran esta asistencia, sea en forma espontánea o a requerimiento de quienes pueden petitionar por ellos, disponible durante las veinticuatro (24) horas del día, de acuerdo con lo expuesto en el considerando 6.3.2.d) del presente decisorio. Dichas instituciones deberán tener a disposición un equipo interdisciplinario integrado, como mínimo, por trabajadores sociales, psicólogos, abogados y médicos especialistas en clínica, pediatría, toxicología y psiquiatría. – 3.2. Crear un Servicio Hospitalario Especializado para la atención de la salud de niños con problemas de adicciones u otras afecciones a la salud, que garantice la atención adecuada durante las veinticuatro (24) horas del día, con profesionales idóneos, en particular trabajadores sociales, psicólogos y médicos especialistas en clínica, pediatría, toxicología y psiquiatría, con una capacidad suficiente para atender la demanda del sector; no sólo de aquellos niños institucionalizados, sino también de los que se presenten espontáneamente, con el alcance dispuesto en el considerando 6.3.3.f) de esta sentencia. – 3.3. Disponer la cantidad de automotores necesaria para efectuar todos los traslados que requieran los niños en situación de vulnerabilidad que se encuentren en la ciudad de La Plata, de acuerdo a lo establecido en el considerando 6.3.4.c) del presente decisorio. – 3.4. Implementar un servicio de atención telefónica destinado a la recepción de denuncias vinculadas con la vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes, durante las veinticuatro (24) horas del día, con disposición de operadores que brinden posibilidades concretas de solución de las problemáticas que se planteen, conforme a lo expuesto en el considerando 6.3.5.c). Asimismo, corresponde ordenar que los números de teléfono respectivos sean ampliamente difundidos periódicamente en los medios de comunicación masiva de mayor circulación en la ciudad de La Plata. – 3.5. Garantizar la disposición de operadores de calle en cantidad suficiente de acuerdo con las necesidades del sector, que comprenda a la división territorial (barrios) de la ciudad de La Plata, en base a lo dispuesto en el considerando 6.3.6.c). – 3.6. Difundir ampliamente en los medios de comunicación masiva de mayor circulación en la ciudad de La Plata, los principios, derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes consagrados en el ordenamiento jurídico, a tenor de lo expresado en el considerando 6.3.7., a cuyos efectos, las Administraciones condenadas deberán afectar un porcentaje no inferior al veinticinco por ciento (25%) de todas las partidas presupuestarias destinadas a publicidad y/o propaganda oficial para el cumplimiento de la presente sentencia. – 4. Poner en conocimiento de lo aquí resuelto, a la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires y al Concejo Deliberante de la Municipalidad de La Plata, a cuyo fin librese oficio. –

La sentencia fue objeto de varios recursos. La suprema corte de justicia provincial recibió el expediente judicial en 2012. En 2016 celebró una audiencia para que se informe la situación actual de implementación del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño (ley 13.298) y propiciar una solución a la problemática de fondo discutida. Todavía no ha dictado sentencia.

Bibliografía

ONU. Comité de los derechos del niño. Observación General N° 10; Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención Observaciones finales: Argentina 2010.

Vértiz, Francisco (2013) “Los abogados populares y sus prácticas profesionales. Hacia una aplicación práctica de la crítica jurídica”. En *Crítica Jurídica* n° 35 (p. 251-274), enero-junio 2013, ISSN 0188-3968, CEIICH-UNAM, México. Disponible en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/view/40807>

Beloff, Mary (1999) Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. UNICEF.

Lucía Belaunzarán ... [et al.] ; coordinación general de Carola Bianco y Jorge Damian Lambusta. (2015) *Niñez y derechos humanos : herramientas para un abordaje integral*, Universidad Nacional de La Plata.

FCCyP UNLP (2016) Informe mensual de monitoreo de medios. RUTINAS PERIODÍSTICAS Y VIOLENCIA MEDIÁTICA.

Entrevista

Javier Torres Molina

Sínculo: hijo:

Villa Doroto 21 de Febrero.

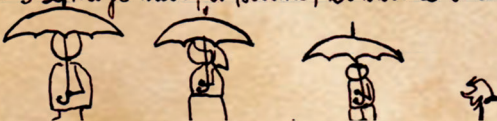
Querido Javier:

Hola, ¿cómo estás?

Me gustó mucho que el martes hayamos podido hablar y que me contaras la visita con papá.

¿Sabés una linda noticia? Ayer nos comunicaron que se nos permite escribirnos con los Familiares que estén en otros cárceles, eso quiere decir que desde ahora podré mandarle cartas a papá y él a mí. Ayer le escribí la primera carta, estaba muy emocionada y también muy nerviosa porque hace casi cuatro años que no hacía ninguna carta para papá y es mucho tiempo y son muchas las cosas que tenía ganas de decirle. Ustedes me van a tener que mandar a papá y a mí muchas estampillas así no nos faltan para escribirnos, también necesitaría la dirección de él, no se olviden.

Javi, ¿querés que te haga un chiste? Bueno, aquí va: Un día de sol una Familia salió de paseo. El padre lleva un paraguas grande, la mamá un paraguas mediano, el hijo un paraguas chico. ¿Cuál de los 3 se mojó más, el padre, la madre o el hijo?



Entrevista al Profesor Fabián Salvioli



Nuestra Facultad se encuentra en el proceso de implementación del nuevo Plan de Estudios, en el que la incorporación de los derechos humanos ha sido uno de sus ejes centrales. En ese sentido:

¿Cómo observa el proceso de implementación del nuevo plan de estudio?

Es prematuro hablar de ello en este momento, ya que no hay implementación aún. Se han llamado a concurso para los cargos docentes de las asignaturas nuevas; pero sin dudas era importante adecuar el plan de estudios, no es comprensible que la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP haya estado más de medio siglo con el mismo plan de estudios.

¿Cuál es su opinión del lugar relevante que la temática de derechos humanos tiene en el plan curricular?

Sin dudas mi opinión es positiva; el Instituto que dirijo ha participado desde los inicios del proceso impulsando la incorporación de la asignatura troncal al inicio de la carrera – el proyecto fue nuestro – y al final de la misma en la parte de prácticas.

De todas formas, hace falta que derechos humanos se imparta transversalmente en todas las asignaturas, y también que la gestión directiva de la Facultad – y de toda la Universidad – se realice en perspectiva de derechos humanos. Por eso, debe trabajarse fundamentalmente con docentes jóvenes para modificar el paradigma de compartimientos estancos de las disciplinas, a través de capacitaciones, cursos

y posgrados al efecto. Las reuniones inter-cátedras y los proyectos de investigación resultan espacios igualmente adecuados.

En su condición de Director del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP:

¿Podría contarnos las principales actividades que desarrolla el Instituto que usted dirige?

El Instituto desarrolla muchísimas actividades de grado sostenidas en el tiempo: seminarios curriculares sobre ejecución penal, derechos económicos y sociales, fundamentos de derechos humanos, derecho al trabajo, derecho a la alimentación, etc.

También llevamos más de diez años organizando y realizando una competencia interna y otra interuniversitaria a nivel nacional, con un caso ficticio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; suelen participar regularmente equipos de unas quince universidades nacionales que consideran al certamen como de gran jerarquía y seriedad. En varias de dichas casas de estudio replican el ejercicio con el caso para elegir las dos personas que les representarán en La Plata, lo que genera un efecto multiplicador importante. Entre otras cosas, la Competencia local e Interuniversitaria otorgan media beca de premio para la carrera de Maestría, y una beca para el curso Derechos Humanos en el Terreno, que se realiza anualmente en varios países de Europa y organiza el Instituto Berg de Madrid.

A nivel de investigaciones trabajamos regularmente con la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia y el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia. Hemos desarrollado un buscador de jurisprudencia internacional, una trivía – en proceso de finalización -, un estudio de los derechos humanos en los programas de estudio de los últimos años de la escuela media de la Provincia de Buenos Aires, y otras investigaciones bajo el sistema de incentivos a la investigación de la UNLP.

Se dictan regularmente cursos a nivel legislativo, capacitaciones judiciales, a servicio penitenciario y otras instituciones; también se trabaja particularmente con espacios educativos, tanto a nivel docente como con estudiantes de colegios de enseñanza media.

¿Cuál ha sido la recepción de la Maestría en Derechos Humanos en los ámbitos local, nacional e internacional?

Fue la primera carrera en su tipo en nuestro país; es la única que abre consecutivamente todos los años, fue categorizada como muy buena por la Coneau, cuenta con convenios con varias instituciones académicas nacionales y del exterior y ha tenido en estas 13 ediciones consecutivas estudiantes de más de veinte países. Es reconocida como una de las mejores maestrías de derechos humanos del mundo en habla hispana; contamos asimismo con un centro documental especial de excelencia

que complementa la biblioteca general de la Facultad. Finalmente, hay un cuerpo docente muy comprometido y de gran jerarquía. Nos cuesta mucho trabajo en el Instituto sostener la Maestría, pero sabemos que es un producto muy útil y mucha gente vuelve a sus países o aquí a sus trabajos con una perspectiva de derechos humanos para aplicar profesionalmente, incluso con independencia de que finalicen presentando una tesis, que por cierto es siempre lo deseable.

¿Cuáles son los actuales proyectos y desafíos futuros en la promoción de los derechos humanos desde el Instituto de nuestra Facultad?

El Instituto tiene como principal desafío poder mantener sus muchas actividades, porque el sostenimiento administrativo es algo endeble a nivel infraestructura y quienes trabajan poseen remuneraciones muy por debajo de lo que debería ser, lo cual obliga al multi empleo y genera mucho vértigo.

Ya en el plano académico, creo que nos falta desarrollar un buen programa de publicaciones y trabajar más profundamente con diversos espacios del Estado. Y reitero la necesidad de formar docentes de cualquier asignatura de la Facultad con perspectiva de derechos humanos, para lo que hay que echar mano a cualquier actividad de docencia, investigación o extensión universitaria.

Hace un mes decidimos realizar un taller interno para evaluar fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas, con el auxilio de un experto costarricense, y de esa forma optimizar a partir del año que viene la labor del Instituto.

En estos días culminó su participación durante ocho años como miembro –recientemente Presidente- del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, al respecto:

¿Cuál ha sido su experiencia en dicho organismo internacional?

Debo comenzar diciendo que jamás imaginé ni en sueños que algún día integraría dicho espacio, así que la experiencia ha sido muy enriquecedora en el plano personal. Haber sido elegido presidente por unanimidad de parte de mis colegas, a quienes se les considera las autoridades más altas en derechos humanos que hay en el mundo, ha sido un gran privilegio y me generó una enorme responsabilidad. Trabajé con muchísima dedicación, y el balance ha sido muy positivo. He tenido igualmente el orgullo de ser elegido este año como el Presidente de la reunión anual de presidentes y presidentas de órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas.

¿Qué casos relevantes recuerda por su trascendencia o impacto en la protección de los Derechos Humanos?

Bueno, hubo varios asuntos individuales en estos años que han sido valiosos: casos de condena a España sobre discriminación racial, contra Francia también por discriminación, contra Corea por objeción de conciencia, contra Belarús por libertad

de manifestación y expresión, desapariciones forzadas en Argelia y Bosnia, casos de no devolución – en especial contra Dinamarca -, un caso en que se obstaculizó a una mujer realizar una interrupción de embarazo anencefálico en Irlanda, y otro contra Australia respecto a la ejecución de una condena en contra de una persona que sufrió tratos inhumanos mientras estuvo detenido en Guantánamo, antes de ser entregado a las autoridades australianas.

A nivel de exámenes de países, ha sido interesante el avance del Comité en realizar exámenes de Estados en público aunque estos no presenten informes, de examinar la responsabilidad de los Estados por violaciones de derechos humanos que derivan del accionar de sus empresas, a nivel nacional o en el exterior, o el impacto de la corrupción en la administración de justicia, por ejemplo.

¿Cómo evalúa la posibilidad de intervención concreta de los organismos de Naciones Unidas en la defensa y promoción de los derechos fundamentales de las personas?

Es una realidad, los sistemas internacionales son complementarios a las garantías nacionales, y deben ser reforzados y respetados. Sin embargo, no es frecuente que los Estados apoyen decididamente el funcionamiento de estas entidades, porque naturalmente molestan con sus críticas.

¿Cuáles son sus aspectos positivos y negativos, su futuro y sus desafíos para los próximos años?

Los sistemas internacionales, tanto en la OEA como en Naciones Unidas tienen una espada de Damocles encima: la falta de presupuesto; deben funcionar mejor pero se requiere la voluntad política de los Estados para ello. Como me permití señalar en mi último discurso ante la Asamblea General de la ONU el pasado mes de octubre, no es lógico que no haya ratificación universal – a esta altura de la civilización – de los instrumentos internacionales, así como del reconocimiento de la competencia de los órganos de tutela para que examinen casos individuales. No puede esperarse más tiempo, y los Estados tienen que ser responsables colectivamente de que ello se lleve a cabo como es debido. La implementación a nivel interno de las decisiones internacionales es otro aspecto muy importante, para lo que se requiere un diálogo permanente de las jurisdicciones nacionales con los órganos internos. Allí las instituciones nacionales de derechos humanos (Comisiones, Ombudsperson, etc.) pueden jugar un rol fundamental. He presentado un proyecto a la última reunión de presidentes y presidentas de órganos de tratados para abordar este tema.

Recientemente tanto uno de los Grupos temáticos de Naciones Unidas como la CIDH y el Secretario General de la OEA manifestaron que “la detención de la señora Milagro Sala es arbitraria” y en consecuencia solicitó “al gobierno de la República Argentina liberarla de inmediato”, tras permanecer encarcelada en Jujuy desde febrero de este año. ¿Tiene opinión formada al respecto? Cómo puede analizar la situación desde su óptica?

Las decisiones internacionales deben cumplirse más allá de lo simpáticas o no que nos resulten. Los derechos humanos no pertenecen a ningún sector político y me parece muy perniciosos los dobles discursos, provengan de donde provengan: no vale decir que hay que cumplir en el caso de Milagro Sala en Argentina pero no en el caso Leopoldo López en Venezuela, y viceversa. Dependiendo el caso, las posiciones políticas se ubican en uno y otro lado. Mi postura es clara: las decisiones internacionales de estos órganos hay que cumplirlas; en el caso puntual de Milagro Sala, el Grupo de Trabajo no ha dicho que es inocente de los cargos que se le imputan, por lo que si es inocente o culpable no tiene que ver con la decisión; simplemente el Grupo ha concluido que está privada de la libertad de manera arbitraria, y que debe ser liberada mientras siga su curso el o los juicios que se llevan adelante. Son garantías básicas que deben respetarse a todas las personas, independientemente de lo simpáticas o no que nos resulten.

En los últimos años, tanto a nivel nacional, como regional y mundial, se produjo un cambio de color político con un marcado corrimiento a la derecha de muchos gobiernos de nuestro continente. Hace unos días en Estados Unidos triunfó Donald Trump, profundizando el referido giro ideológico regional. ¿Entiende que este viraje puede afectar la efectividad en el goce de los derechos humanos de minorías y sectores vulnerables?

Hace tiempo que me guío más por los hechos que por las etiquetas: para dar un ejemplo claro, Venezuela denunció el Pacto de San José de Costa Rica y me parece un retroceso inaceptable en materia de derechos humanos, como la política general de la Unión Europea respecto de las personas migrantes. Sin dudas que el discurso de Trump, aceptado por quienes le legitimaron como presidente de Estados Unidos, es más que preocupante. Veremos qué sucede, y a mi juicio, hay que tratarle exactamente con la misma rigurosidad que al resto. Los dobles estándares en materia de derechos humanos le han hecho muy mal al mundo, y especialmente a las víctimas.

En nuestro país se está viviendo una reacción ciudadana frente a la reiteración de casos de femicidios y violencia de género. ¿Cuál es su opinión respecto de esta problemática?

Es otro aspecto que merece una política transversal; nadie debería ocupar un cargo público si no comprende la dimensión de género que envuelve su actividad; igualmente para trabajar en derechos humanos: trabajar en derechos humanos y no ser feminista es como intentar ser caníbal y vegetariano al mismo tiempo, imposible. El machismo y el patriarcado sostienen la violación de derechos humanos más masiva que hay en todo el mundo: la discriminación y la violencia contra las mujeres.

¿Cómo entiende que puede afrontarse tal flagelo? ¿Cuál es el rol que el Estado y los medios de comunicación deben jugar en dicha lucha para erradicar la violencia contra la mujer?

El mayor problema tiene dos dimensiones: la impunidad por un lado y la práctica cotidiana (habitualidad) por el otro. Hay que educar en género, en feminismo, en igualdad; hay que hacerlo en las escuelas, en los colegios y en las universidades. Hay que exigir experticia en género para quienes llegan a cargos de administración de justicia. Los medios de comunicación y la familia también cumplen otro rol fundamental como agentes educativos no formales; se hacen esfuerzos pero aún falta muchísimo y –lamentablemente– el acoso, la violencia verbal y física, la inequitativa distribución del trabajo doméstico, la discriminación y el machismo siguen siendo moneda corriente. Incluso, hay a veces un discurso “políticamente correcto” pero que no va acompañado de acciones en la misma dirección.

Un mundo sin machismo y sin patriarcado, basado en el respeto y la garantía de los derechos humanos, no caben dudas, será el mejor legado que podemos brindar a las generaciones que vienen. Y hay que trabajar cada día, sin flaquezas, para ello.

Director:

Alejandro MEDICI

Abogado y Especialista en Investigación Social Participativa (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla). Máster en Teorías Críticas del Derecho por la Universidad Internacional de Andalucía, España. Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide, España. Profesor Titular de Derecho Político en la Universidad Nacional de La Pampa. Profesor Adjunto de Derecho Político en la Universidad Nacional de La Plata. Autor de diversos libros y artículos científicos sobre derechos humanos editados en Argentina, Brasil y España.

Codirector:

José Ignacio LOPEZ

Abogado (UNLP), adscripto en la Cátedra I de Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, docente de la Cátedra III de Derecho de la Comunicación en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la UNLP. Editor del blog jurídico "Palabras del Derecho" y autor de diversas publicaciones sobre derecho público.

Editor:

Pablo Octavio CABRAL

Abogado y Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Profesor de la Materia Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Autor de diversos libros y artículos científicos sobre derecho público.

Coordinadora:

Marcela DE LUCA

Abogada (UBA). Profesora de Derecho Agrario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Autora de diversos libros y artículos científicos sobre derecho agrario.