

Revista Electrónica

Año V – Edición Especial - 2011

Instituto de Investigaciones Jurídicas y
Sociales "Ambrosio L. Gioja"



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones Jurídicas y
Sociales "Ambrosio L. Gioja"

Año V – EDICION ESPECIAL - 2011

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) – 1er. Piso
Horario de Atención: Lunes a Viernes de 9 a 20 horas.
Teléfono: 054 –1-4-809-5629/32
URL: www.derecho.uba.ar/revistagioja
e-Mail: revistagioja@derecho.uba.ar



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

EDITOR RESPONSABLE

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"
(Av. Figueroa Alcorta 2263, primer piso, C1425CKB, Buenos Aires, Argentina)

DIRECTOR

Carlos María Cárcova

COMISIÓN DE REDACCIÓN

Martín Aldao
Lucas Arrimada
Mauro Benente
Agustín Cárdenes
Luciana B. Scotti
Leticia Vita

COMITÉ CIENTÍFICO

Atilio A. Alterini
David Baigún
Oscar Casas
Sara L. Feldstein de Cárdenas
Cecilia P. Grosman
Hortensia D. T. Gutiérrez Posse
Abelardo Levaggi
Julio Maier
Guillermo R. Moncayo
Tulio E. Ortiz

ÁRBITROS

Ignacio Gabriel Anitua
Mary Beloff
Griselda Capaldo
Luis F. Castillo Argañarás
María Laura Clérico
Aníbal D´Auria
Javier Echaide
Juan Carlos Frontera
Lidia Garrido Cordobera
Laura Pautassi
Mónica S. Rodríguez
Isabel Seoane

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Federico José Lago

Sumario

PRESENTACION

- | | Pag. |
|--|------|
| • PRIMERAS JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES: SOCIEDAD, DERECHO Y ESTADO EN CUESTIÓN | 8 |

PONENCIAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL . PRIMERA PARTE

- | | Pag. |
|---|------|
| • Lucas Arrimada - <i>EL CONSTITUCIONALISMO COMO AMENAZA PARA LOS DERECHOS</i> | 15 |
| • Miguel Godoy - <i>CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA – PODER CONSTITUYENTE Y SOBERANÍA UN BREVE EJERCICIO DE TEORÍA CONSTITUCIONAL</i> | 21 |
| • Ramiro Riera - <i>CUERPO Y CAPITAL. ANATOMOPOLÍTICA DEL DERECHO PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS</i> | 32 |
| • Griselda Andrea Iglesias - <i>LA INCLUSIÓN DEL ESTADO DE SITIO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN DE 1853 Y SU POSTERIOR APLICACIÓN EN EL TIEMPO</i> | 41 |
| • Guido Puig Cicchini - <i>DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS EN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN</i> | 55 |
| • Estefanía Ziliani - <i>LA ACCION AFIRMATIVA EN EL DERECHO NORTEAMERICANO</i> | 69 |
| • Chloé S. Georas (Traducción: Magali Sánchez) - <i>COLONIALIDAD, "PERFORMANCE" Y GÉNERO: LA SAGA DE LORENA BOBBITT</i> | 81 |

PONENCIAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. SEGUNDA PARTE

- | | Pag. |
|---|------|
| • Agustín A. Cárdenes - <i>COMISIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL</i> | 94 |
| • Cintia Rodrigo - <i>EL IMPEACHMENT EN AMERICA LATINA: UN DESAFIO ABIERTO AL ANALISIS POLITICO</i> | 96 |
| • Eduardo Rogelio Galisteo - <i>EL ACTIVISMO JUDICIAL RESPONSABLE, EN LOS JUICIOS DE DAÑOS CONTRA EDESUR</i> | 105 |
| • Joaquín Pinotti - <i>LA PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE GOBIERNO EN EL AMBITO LEGISLATIVO</i> | 115 |
| • Martín Augusto Cortese - <i>EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCION A LA PROPIEDAD INTELECTUAL</i> | 125 |
| • Pablo G. Gliemann - <i>APROXIMACIONES AL ANALISIS CONSTITUCIONAL A TRAVES DE LAS CARTAS CONSTITUCIONALES LOCALES Y FEDERAL ACERCA DE LA REVISION JUDICIAL</i> | 139 |
| • Julieta Camacho Granados - <i>INSTRUMENTACION DE LA PARTICIPACION CIUDADANA EN MEXICO</i> | 155 |

PONENCIAS DE DERECHO INTERNACIONAL

	Pag.
• Luciana B. Scotti - <i>RELACIONES INTERNACIONALES, DERECHO INTERNACIONAL E INTEGRACIÓN REGIONAL</i>	169
• Verónica Claudia Fuente - <i>NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMATIVA DERIVADA EMANADA DE LOS ÓRGANOS DEL MERCOSUR, SU INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y JERARQUÍA NORMATIVA EN MATERIA ADUANERA RESPECTO A LAS LEYES EMANADAS DEL CONGRESO DE LA NACIÓN DE ACUERDO AL ART. 75 INC. 1</i>	172
• Florencia Delia Lebensohn - <i>LOS ACUERDOS DE READMISIÓN: UN JAQUE A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SEÑO DE LA UNIÓN EUROPEA</i>	184
• Verónica Lescano Galardi - <i>LOS "NO LUGARES"</i>	199
• Federico Rojas de Galarreta - <i>LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD EN LA EDAD DEL ALMA DESILUSIONADA</i>	208
• Javier Segovia - <i>"LA PATRIA GRANDE" Nuevas tendencias de integración latinoamericana</i>	216
• María Laura Serra - <i>LA MIGRACIÓN Y LOS DERECHOS DEL NIÑO</i>	228
• Miguel Agustín Torres - <i>LINEAMIENTOS DE LA POLÍTICA EXTERIOR ARGENTINA LUEGO DE LA CRISIS DEL 2001</i>	244

PONENCIAS DE DERECHOS HUMANOS

	Pag.
• Silvana Zimerman - <i>INTRODUCCIÓN A LAS MESAS DE DERECHOS HUMANOS</i>	257
• Pilar Arcidiácono - <i>INCLUSIÓN SOCIAL, ENFOQUE DE DERECHOS Y POLÍTICAS DE TRANSFERENCIAS DE INGRESOS EN ARGENTINA: ¿UNA COMBINACIÓN POSIBLE?</i>	261
• Taluana Wenceslau Rocha - <i>LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS SOCIALES</i>	275
• Sergio Gradel - <i>POLÍTICA, MEMORIA Y JUSTICIA. LOS ESCRACHES COMO ACCIÓN POLÍTICA DE RESISTENCIA</i>	289
• Ninoska Laya Pereira - <i>EL DERECHO DE PROPIEDAD COLECTIVA DE LAS TIERRAS INDÍGENAS EN VENEZUELA: ALCANCE, REALIDAD Y EXPECTATIVAS</i>	299
• Malena Rocío Maceira - <i>EL ESTADO ARGENTINO Y LOS PUEBLOS ORIGINARIOS. EL RESPETO POR LA PROPIEDAD COMUNITARIA</i>	312
• Elodia Almirón - <i>CUESTIONES DE GÉNERO Y EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO</i>	323
• Julieta Mira - <i>EL JUICIO PENAL COMO PUESTA EN ESCENA. UNA MIRADA ETNOGRÁFICA DE LOS JUICIOS POR CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN LA ARGENTINA</i>	335

- Ana María Bestard y Laura Royo - *LOS DERECHOS SOCIALES: DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y SU RECEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA* 348
- Evorah Cardoso - *CICLO DE VIDA DO LITÍGIO ESTRATÉGICO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: DIFICULDADES E OPORTUNIDADES PARA ATORES NÃO ESTATAIS* 363

PONENCIAS POLÍTICA CRIMINAL

- | | Pag. |
|--|------|
| • Mauro Benente - <i>DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA</i> | 380 |
| • Mauricio D. Balbachan - <i>LA SELECTIVIDAD COMO MECANISMO NECESARIO PARA LA SUBSISTENCIA Y CONSENSO SOBRE EL LIBRE MERCADO</i> | 382 |
| • Santiago Gabriel Calise - <i>SOCIEDAD, NORMA Y PERSONA: OBSERVACIONES SOBRE LA TEORÍA DE GÜNTHER JAKOBS, DESDE LA TEORÍA DE NIKLAS LUHMANN</i> | 395 |
| • Diego Castiglioni - <i>DERECHOS HUMANOS Y SEGURIDAD</i> | 407 |
| • Marcelo D. Fraga - <i>ENCIERRO Y ESCOLARIDAD: SUJETOS DE LA POLÍTICA PENITENCIARIA O POLÍTICA EDUCATIVA</i> | 418 |
| • Mariela González, Diego Freedman, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni - <i>EL ESTEREOTIPO DEL JOVEN DELINCUENTE EN LA ÚLTIMA DÉCADA A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA</i> | 431 |

PONENCIAS POLÍTICA Y FILOSOFÍA

- | | Pag. |
|--|------|
| • Leticia Vita y Martín Aldao - <i>REFLEXIONES SOBRE POLÍTICA Y DERECHO</i> | 441 |
| • Cecilia Gebruers - <i>UNA CRÍTICA DE-CONSTRUCTIVA A LA CONCEPCIÓN DE LA JUSTICIA DE RAWLS</i> | 443 |
| • Jorge Roggero - <i>ENTRE LA JUSTICIA Y EL DERECHO. UNA LECTURA CRÍTICO-DECONSTRUCTIVA DE "¿QUÉ ES LA JUSTICIA?" DE HANS KELSEN</i> | 453 |
| • Benjamín García Holgado - <i>VALIDEZ, EFICACIA Y LA NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL EN EL PENSAMIENTO DE HANS KELSEN</i> | 462 |
| • Carlos Adrián Garaventa - <i>PRINCIPIOS GENERALES DEL ANARQUISMO</i> | 475 |
| • Pablo Taboada - <i>NOTAS SOBRE LA HISTORIA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO POLÍTICO ARGENTINO CONTRIBUCIÓN AL OBJETO DE ESTUDIO DE LA TEORÍA DEL ESTADO</i> | 487 |
| • Canesini, Melina, Cappellino, María Elena, Mendiburu, María José y Randon Salgado, Fermín Antonio - <i>LA FORMACIÓN UNIVERSITARIA Y LOS SECTORES VULNERABLES</i> | 500 |
| • Érika Fontáñez Torres - <i>LA PRETENSIÓN TOTALIZADORA DEL DERECHO: JURIDIFICACIÓN DE CONTROVERSIAS EN PUERTO RICO</i> | 512 |

- María Florencia Iglesias y Pablo José Ramati - *LA APLICACIÓN DE ENERGÍAS RENOVABLES COMO ESTRATEGIA DE DESARROLLO ALTERNATIVA. SU APORTE A CONTEXTOS DE POBREZA RURAL* 525
- María Soledad Ramati - *RALLY DAKAR: LA ENCRUCIJADA ENTRE LA COMPETITIVIDAD Y EL MEDIO AMBIENTE* 540
- Bárbara Gomes Lupetti Baptista - *DERECHO Y EMPIRIA: UN TRABAJO DE CAMPO ACERCA DE LAS MANIFESTACIONES ORALES DEL PROCESO CIVIL BRASILEÑO* 550
- Pablo Campaña - *PLURALISMO JURÍDICO Y DOMINACIÓN* 569
- Leonardo Pablo Palacios - *APOSTILLAS SOBRE CONSENSO Y CONSTITUCIÓN* 583
- Miguel Osorio - *LA FIJACIÓN DE LA MENTALIDAD JURÍDICA* 596
- Nicolás Mathov - *PODER, DERECHO Y PRODUCCIÓN DE SUBJETIVIDAD* 609
- Aníbal Rosario Lebrón - *LA JURIDIFICACIÓN DE "LA FAMILIA" Y SU CONSTRUCCIÓN COMO ENTE APOLÍTICO* 616
- Julia Campos y Luis Campos - *¿QUÉ ELEMENTOS DEBEMOS CONSIDERAR PARA ANALIZAR EL ESTADO DE LA LIBERTAD SINDICAL EN UN CONTEXTO TEMPORAL Y ESPACIAL ESPECÍFICO? A PROPÓSITO DE LOS LÍMITES DEL DERECHO PARA DAR CUENTA DE LA COMPLEJIDAD DE LAS RELACIONES SOCIALES* 631
- Federico Leandro De Fazio - *RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LOS SINDICATOS DURANTE LA PRIMERA PRESIDENCIA DE YRIGOYEN. SU IMPACTO EN LA LEGISLACIÓN* 645

PONENCIAS POLÍTICAS DE LA INFORMACIÓN Y POLÍTICAS DE LA VIDA

- | | Pag. |
|---|------|
| • Mauro Benente - <i>INTRODUCCIÓN. NACIMIENTO Y MUERTE DE LA BIOPOLÍTICA</i> | 659 |
| • Pablo Esteban Rodríguez, Natalia Ortiz Maldonado, Agostina Marchi, Gonzalo Sebastián Aguirre - <i>NACIMIENTO Y MUERTE DE LA BIOPOLÍTICA</i> | 662 |

PRIMERAS JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES: SOCIEDAD, DERECHO Y ESTADO EN CUESTIÓN

Los días 28, 29 y 30 de octubre se desarrollaron las *Primeras Jornadas para jóvenes investigadores en Derecho y Ciencias Sociales: Sociedad, Derecho y Estado en cuestión*, organizadas por un grupo de becarios y jóvenes investigadores del Instituto "Ambrosio L. Gioja" integrado por Martín Aldao, Lucas Arrimada, Mauro Benente, Agustín Cárdenes, Javier Echaide, Luciana Scotti, Silvina Zimerman, Florencia Sotelo y Leticia Vita.

La finalidad principal de estas Jornadas fue la de generar un espacio de intercambio y diálogo en diversas áreas del Derecho y las Ciencias Sociales. Asimismo aspiran a transformarse en una oportunidad habitual para acercarse y conocer el trabajo que se desarrolla en el Instituto, buscando así profundizar las instancias de reflexión crítica en la Universidad de Buenos Aires acerca de los debates fundamentales que tienen lugar en nuestra sociedad.

Miércoles 28 de octubre

El acto de apertura, desarrollado en el Salón de Usos Múltiples del Instituto "Ambrosio L. Gioja", contó con la participación de los Doctores Carlos M. Cárcova, Federico Schuster y Sofía Tiscornia quienes expusieron desde diversas perspectivas sobre los retos y experiencias de investigar en Derecho y Ciencias Sociales.

Jueves 29 de octubre

La mesa de trabajo "Derecho y pensamiento político" se llevó a cabo en el SUM del Instituto. En la misma se presentaron trabajos sobre diversos temas vinculados a la teoría política contemporánea y argentina. Benjamín García Holgado presentó su trabajo *Validez, eficacia y la Norma Hipotética Fundamental en el pensamiento de Hans Kelsen*, Leandro Ferreyra su ponencia *Alberdi y Sarmiento. Dos proyectos de nación*, Carlos Garaventa presentó *Principios generales del Anarquismo*, Juan Ignacio Cruz, *El amanecer de la Eugenesia en el Siglo XIX-XX* y Agustín Antonioli su ponencia *¿Igualdad? ¿Individualismo? ¿Quién dijo que el fascismo no está entre nosotros?* La mesa fue moderada por Emilia Barreyro.

La mesa de trabajo dedicada a la "Incidencia de las políticas públicas: una mirada desde los derechos sociales" tuvo lugar en el Salón de Usos Múltiples del Instituto. Se presentaron cuatro trabajos: *Inclusión social, enfoque de derechos y políticas de transferencias de ingresos en Argentina* por Pilar Arcidiácono (UBA-CONICET), *Los derechos sociales: desarrollo jurisprudencial en el ámbito internacional y su recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, por Laura Royo (UNLP) y Ana María Berstard (UNLP), *La tutela de los derechos humanos sociales* por Taluana Wenceslau (UBA), *Ciclo de vida do litigio estratégico no sistema interamericano de direitos humanos: dificuldades e oportunidades para atores não estatais* por Evorah Cardozo (USP, Brasil). Las exposiciones plantearon discusiones esencialmente vinculadas con uso de las

herramientas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos como mecanismos para incidir en las políticas de gobierno. En particular, se analizaron las políticas de transferencia de ingresos y se resaltó la necesidad de diseñar e implementar políticas de corte universal por oposición a las tradicionales políticas sociales focalizadas. Además, se discutió el alcance de los derechos sociales como derechos exigibles y justiciables y se estudió el uso de los estándares internacionales en esta materia efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Finalmente, se desarrollaron diferentes abordajes relacionados con el litigio estratégico sobre el sistema interamericano sobre derechos humanos. La mesa fue moderada por Silvina Zimerman.

En la mesa de trabajo "Desconstrucción del discurso jurídico", llevada a cabo en la sala Nicolás Avellaneda del Instituto Gioja, se presentaron las ponencias de Cecilia Gebruers, *Una crítica deconstructiva a la Concepción de la justicia de Rawls* y de Jorge Roggero, *Una lectura crítico-deconstructiva de "¿Qué es la justicia?" de Hans Kelsen*. En ambos trabajos se propuso, a partir de una lectura derrideana, mostrar los puntos ciegos y las grietas en el discurso de dos autores clásicos de la teoría jurídica. La mesa fue moderada por Leticia Vita.

En la mesa de trabajo sobre "Derecho constitucional y Género", que sesionó en el Salón de Usos Múltiples del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", fueron presentadas seis ponencias: *El Derecho constitucional y la protección de la propiedad intelectual* presentada por Martín Cortese (UBA); *El requisito de utilidad pública en la expropiación*, presentada por Ignacio Cofone (U. Austral); *La publicidad de los actos de gobierno en el ámbito legislativo*, expuesta por Joaquín Pinotti (UB); *Catherine Mackinnon, el feminismo radical y la pornografía* presentada por Guido Croxatto (UBA); *Colonialismo "performance" y género: la saga de Lorena Bobbit* por Chloé Georas (U. de Puerto Rico) y *Las acciones afirmativas en el derecho norteamericano* por Estefanía Ziliani (UBA). Una vez finalizadas las exposiciones, se suscitó un interesante debate alrededor de las temáticas abordadas, particularmente sobre la ineficacia de las "definiciones" en derecho, los problemas vinculados a los conceptos de "raza" y la construcción de una realidad a partir del discurso y del lenguaje. La coordinación de la mesa fue desarrollada por Florencia Sotelo y Agustín Cárdenes.

La mesa de trabajo sobre "Control de Constitucionalidad y Estado de Excepción" llevada a cabo en el SUM del Instituto Gioja, comenzó con la exposición de Pablo Gliemann (UBA) y su trabajo *Aproximaciones al análisis de las cartas constitucionales locales y federal en lo respectivo a la revisión judicial* y cerró la primera parte Eduardo Galistero (UBA) con su ponencia *El activismo judicial responsable, en los juicios de daños contra Edesur*. Finalizada la exposición de ambos, se realizó un debate en torno a la necesidad de estudiar los regímenes de control de constitucionalidad a nivel federal, tópico usualmente subestudiado en nuestro ámbito, y también se discutió la legitimidad de la revisión judicial de los actos de gobierno democráticos. Posteriormente, se completó el panel con Ramiro Riera (UBA) y su trabajo *Cuerpo y capital. Anatomopolítica del derecho procesal de los derechos humanos*, Griselda Iglesias con *El estado de sitio en la constitución de 1853 y su posterior aplicación en el tiempo* y finalizó las exposiciones, el estudiante Guido Puig Cichini (UBA) con su ponencia *Derechos Humanos y garantías en el Estado de Excepción*. Luego del cierre de esta segunda parte de la mesa, se generó una discusión con el público sobre los límites de la protección de los derechos humanos en los estados de excepción a través de las garantías judiciales, con especial referencia a episodios paradigmáticos de estado de sitios en la historia reciente de nuestra democracia. El panel estuvo coordinado por Lucas Arrimada.

La mesa de trabajo "Reflexiones sobre la enseñanza del Derecho" se desarrolló en el aula 213 de Carrera Docente. Presentaron su investigación *La formación universitaria y los sectores vulnerables*, un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba integrado por Fermín Randón Salgado, Melina Florencia Canesini, María Elena Cappelino y María José Mendiburu. Asimismo, presentó su trabajo *Notas sobre la historia de la enseñanza del derecho político argentino*, el abogado y docente Pablo Taboada. La mesa fue moderada por Leticia Vita.

En la "Comisión de Relaciones Internacionales", que sesionó en la Sala Nicolás Avellaneda del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", fueron presentadas cuatro ponencias, de las cuales fueron defendidas las siguientes: *Lineamientos de la política exterior argentina luego de la crisis del 2001*, por A. Torres (abogado UBA, becario CONICET); *Legalidad y legitimidad en la edad del alma desilusionada*, por F. Rojas de Galarreta (abogado UBA) y *Los no lugares*, por V. Lescano Galardi (abogada y doctoranda UBA). Las exposiciones demostraron un alto grado de solidez en cuestiones que permiten apreciar la vigencia, actualidad y multiplicidad temática que encierran las Relaciones Internacionales. Tras la defensa de las ponencias, se suscitó un interesante y enriquecedor debate entre los presentes, que contó con la moderación de Javier Echaide y de Luciana Scotti.

La mesa de trabajo "Pluralismo: Cuestionamientos a la producción del Derecho", que tuvo lugar en la Sala Avellaneda del Instituto, contó con las participaciones de B. Lupetti de la Universidade Gama Filho de Brasil, P. Campaña de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador y de L. Palacios de la Universidad Nacional de Mar del Plata. En la misma se abordó, desde diversas perspectivas, los déficits que, en términos de legitimación democrática, caracterizan a los Estados de derecho contemporáneos. En *Direito e empiria*, B. Lupetti expuso, desde una mirada etnográfica, el desfase entre la importancia que se le atribuye al principio de oralidad en el discurso académico y la desvalorización que sufre en la práctica judicial cotidiana. Desde una mirada más teórica, el trabajo *Pluralismo Jurídico y dominación* presentado por P. Campaña puso en cuestión la pretensión universalizadora de los ordenamientos jurídicos democráticos, mostrando a través de varios estudios de caso el carácter obturador que ejerce respecto de otras formas de regular la vida común. Por último, L. Palacios en su trabajo *Apostillas sobre Consenso y Constitución*, se dedicó a desmontar el concepto de consenso, mostrando sus aristas más coactivas. La mesa fue moderada por Martín Aldao.

La mesa de trabajo dedicada a "Sociedad y Encierro" se desarrolló en el aula 211 de Carrera Docente y fue coordinada por Mauro Benente. Allí expusieron Santiago Calise (UBA-CONICET): *Sociedad, norma y persona: observaciones sobre la teoría de Günther Jakobs, desde la teoría de Niklas Luhmann* y; Marcelo Fraga, Marcelo (UNQ): *Encierro y escolaridad: Sujetos de la política penitenciaria o política educativa*. En primer lugar expuso el Lic. Marcelo Fraga y reseñó la investigación que viene llevando a cabo junto con el Gesvip (Grupo de Estudio de la Vida Penitenciaria) la UNQ (Universidad Nacional de Quilmes) y el Cepoq (Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos) relacionado con la situación de la situación educativa de los condenados a prisión o reclusión perpetua en unidades de la Provincia de Buenos Aires. En segundo lugar, el Lic. Santiago Calise intentó mostrar que las apropiaciones que Günter Jacobs realiza de la obra de Niklas Luhmann, son, cuanto menos problemáticas.

En la mesa dedicada a "Políticas de la Información y Políticas de la vida", llevada en el Salón de Usos Múltiples del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A.L. Gioja" expusieron Pablo Rodríguez, Agustina Marchi, Natalia Ortiz Maldonado y Gonzalo Aguirre un trabajo titulado *Nacimiento y muerte de la biopolítica*. En la

presentación, Mauro Benente, reseñó las producciones actuales sobre la temática biopolítica para que luego los autores ensayaran sobre la muerte de dicha temática.

Viernes 30 de octubre

La mesa sobre "Política Criminal" se llevó a cabo en el Salón de Usos Múltiples del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A.L. Gioja" y fue coordinada por Mauro Benente. Los ponentes fueron Mauricio Balbachan (UBA): *La selectividad como mecanismo necesario para la subsistencia y consenso del libre mercado*; Diego Freedman (UBA) y Mariano Kierszenbaum (UBA): *El estereotipo del joven delincuente en la última década a través de la jurisprudencia*; Diego Castiglioni (UBA): *Derechos Humanos e Inseguridad. Una aproximación arqueológica a los Derechos Humanos y ciertos discursos neo-represivos*; y Victoria Santesteban (UBA): *Libertad de expresión: entre la herejía y la pasividad mental*. Tanto en las exposiciones como en el debate, se trabajó sobre los siguientes asuntos: la selectividad del sistema penal, la construcción de estereotipos por parte de los operadores del sistema punitivo y el rol de los medios de comunicación en los reclamos por mayor seguridad y la idea de seguridad asociada, exclusivamente, al incremento de penas.

La mesa de trabajo "Memoria, Verdad y Justicia" se desarrolló en la Sala Avellaneda del Instituto Gioja y fue coordinada por Silvina Zimmerman. Estuvo integrada por Sergio Gradel (UBA) que expuso sobre *Los escraches como acción política de resistencia* y por Julieta Mira (UBA) que presentó el trabajo *El juicio penal como puesta en escena. Una mirada etnográfica de los juicios por crímenes de lesa humanidad en la Argentina*. El número reducido de ponentes permitió un sólido intercambio entre los expositores y el público. Las principales discusiones estuvieron vinculadas con la función de la justicia en los casos de crímenes de lesa humanidad y, en especial, del proceso penal como dispositivo de respuesta ante esta clase de delitos. Además, se analizó el impacto de estos procesos sobre la memoria y se comparó los juicios desarrollados en la Argentina con otros países como Italia.

En la mesa "Subjetividad y derecho" –que tuvo lugar en la sala Avellaneda del Instituto y fue moderada por Lucas Arrimada- M. Osorio, de la Universidad del Cauca de Colombia, presentó su trabajo *La fijación de la mentalidad jurídica* en el que se analizó el papel de dispositivos extrajurídicos tales como el cine o los medios masivos de comunicación en tanto instancias legitimadores de los valores sociales tradicionalmente asentados sobre el derecho o la educación. N. Mathov, de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, presentó su trabajo *Poder, Derecho y producción de subjetividad*, en el que expuso el rol central que le cabe al derecho en la producción de la subjetividad moderna. A. Lebrón, de la Universidad de Puerto Rico, en su trabajo *La juridificación de "la familia" y su construcción como ente apolítico*, destacó los aspectos formadores de subjetividad que se esconden tras la perspectiva aparentemente "descriptiva" y neutral que caracteriza al derecho de familia. Por último, V. Rivera Torres, también de la Universidad de Puerto Rico expuso su trabajo *Aproximaciones legales-feministas a las interrogantes políticas en torno a la lactancia materna*.

En la "Comisión de Derecho de la Integración", que sesionó en el Salón de Usos Múltiples Avellaneda del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", fueron presentadas cuatro ponencias, de las cuales fueron defendidas las siguientes: *Naturaleza jurídica de la normativa derivada emanada de los órganos del Mercosur*, por V. Fuente (estudiante UBA), *La Patria Grande: nuevas tendencias de integración latinoamericana*, por M.J. Segovia (estudiante UBA), y *Los acuerdos de readmisión: un jaque a los derechos humanos en el seno de la Unión Europea*, por F.D. Lebensohn (abogada y docente UBA). Las temáticas abordadas dieron cuenta de las diversas dimensiones del Derecho de la

Integración: social, cultural, política, económica, jurídica; y de la incidencia que tiene cada vez más en las relaciones jurídicas de derecho público y privado. A continuación de las lúcidas exposiciones de los ponentes, se abrió a debate, el que estuvo moderado por Luciana Scotti.

La mesa "Debates en torno de la Libertad Sindical", realizada en la Sala Avellanada del Instituto, contó con las exposiciones de L. Campos de FLACSO y F. De Fazio del Instituto Gioja. El primero, en su trabajo *¿Qué elementos debemos considerar para analizar el estado de la libertad sindical en un contexto temporal y espacial determinado?* puso en cuestión el habitual vínculo que se establece entre legislación y organización sindical, mostrando a través de diversos casos que no siempre el carácter centralizado o descentralizado de la legislación se ve reflejado en las formas efectivas de organización adoptadas por las entidades gremiales. En el trabajo *Relaciones entre el Estado y los sindicatos durante la primera presidencia de Yrigoyen: Su impacto en la legislación*, de F. De Fazio desarrolló los vínculos entre conflictividad obrera y tutela estatal de los derechos de los trabajadores, mostrando el carácter dependiente de la segunda respecto de la primera. La mesa fue moderada por Martín Aldao.

La mesa de trabajo "El Estado frente a la diversidad cultural" se desarrolló en el aula 211 de Carrera Docente. Se presentaron cuatro trabajos. Malena Rocío Maceira, estudiante de derecho, presentó su trabajo *El Estado argentino y los pueblos originarios. El respeto por la propiedad comunitaria*, Ninoska Laya Pereira (UNLP) expuso sobre *El derecho de propiedad colectiva de las tierras indígenas en Venezuela: alcance, realidad y expectativas* y Lila Garcia (UBA) sobre el *Marco teórico para los derechos de los migrantes*. Por último, Elodia Almirón (UNA, Paraguay) presentó la ponencia *Cuestiones de género y el acceso a la justicia como derecho*.

Los principales debates de esta mesa se vincularon con los conflictos territoriales que atraviesan los pueblos indígenas, con énfasis especial en las diferencias entre Argentina y Venezuela, la repuesta estatal frente a las mujeres como grupo en situación de vulnerabilidad social, el contenido normativo definitivo de los derechos de los migrantes a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y respecto de la falta de abordaje estatal de protección específica de ciertos grupos en Argentina como los afrodescendientes. La mesa fue moderada por Silvina Zimerman.

La mesa sobre "Democracia y accountability", que tuvo lugar en el SUM del Instituto, comenzó con la exposición Miguel Godoy (UFPR, Brasil) *Constitucionalismo y democracia. Poder constituyente y soberanía. Un breve ejercicio de teoría constitucional*, le siguió Julieta Camacho Granados (UNAM, México) con *Instrumentación de la participación popular en México* y cerró la mesa Cintia Rodrigo (FSOC-CONICET) con su ponencia *El impeachment en América Latina: un desafío abierto al análisis político*. Finalizada la exposición, se realizó un debate con el público que hizo referencia a los débiles controles que la ciudadanía tiene para auditar las acciones de gobiernos, debilidades que son resultado de la relación que poseen ideales como democracia, participación mayoritaria y constitucionalismo. La mesa estuvo coordinada por Agustín Cárdenes y Lucas Arrimada.

Finalmente, en el Salón Rojo de nuestra Facultad se llevó a cabo la conferencia de cierre sobre "Legitimidad y crisis de la Sociedad, el Derecho y el Estado: Derechos Humanos y seguridad", y estuvo a cargo de los Doctores Gabriel Ignacio Anitua y de Gustavo Palmieri. Seguidamente, se invitó a los numerosos participantes del país y extranjeros: estudiantes, abogados, investigadores y profesionales de otras áreas, a compartir un brindis y dar por

terminadas estas Primeras Jornadas, que deseamos se conviertan en un foro de reflexión periódico para los jóvenes investigadores del Derecho y las Ciencias Sociales.

**Comisión de Jóvenes Investigadores
Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"**



Ponencias de Derecho Constitucional. Primera Parte

**PRIMERAS JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES: SOCIEDAD, DERECHO Y ESTADO EN CUESTIÓN**

EL CONSTITUCIONALISMO COMO AMENAZA PARA LOS DERECHOS

Por Lucas Arrimada*

“No se debería poner un poder extraordinario en manos de ningún individuo.... no importa que se le llame presidente, rey, emperador, senador o por cualquier otro nombre que la inteligencia o la necedad inventen o la arrogancia tome”.

Thomas Paine, *Derechos del Hombre*, 1792.

1. A modo de introducción. Encontramos muy arraigada una asociación común en el pensamiento legal y social que identifica al constitucionalismo moderno inherentemente vinculado a los derechos humanos. Si estudiamos la historia de las constituciones a nivel comparado resulta difícil conciliar su pasado con esa proyección imaginaria. El constitucionalismo moderno es resultado de complejos e intensos -nada pacíficos ni desinteresados- procesos sociales, económicos y políticos superpuestos. En esos procesos, podemos encontrar a las Revoluciones Norteamericanas y Francesa, inmersas en sus cuerpos doctrinales y legales que impulsaron textos constitucionales que dejarán una marca en el pensamiento político y legal de toda la modernidad. Sus pensadores -los conocidos y desconocidos- y actores políticos de vuelo, desde Madison a Paine, de Rousseau o Lafayette, fueron protagonistas de privilegio y autores de primer nivel a la hora de explicar las ideas de las épocas. Esos procesos de conquista política y de desarrollo económico de una clase, la burguesía -con nobleza en Francia, sin nobleza pero con autoridad colonial en Estados Unidos-, fue el motor de la revolución del capitalismo que emergía en plena era de la revolución industrial. Fuerzas convergentes y complejas que en su intersección provocaban textos constitucionales tensionados por las diferentes fuerzas generacionales y culturales. En ellas batallan pasado y presente, economía versus sociedad, política del progreso y reacción conservadora. A todos esos procesos, en el constitucionalismo latinoamericano se le deben sumar particularidades autóctonas, procesos sociales y las cosmovisiones surgidas en tiempos coloniales y de independencia nacional, propios de cada contexto y cultura política (Palti, 2007:254).

La evidencia historiográfica no nos permite afirmar que el constitucionalismo fuese inicialmente igualitario y democrático. Justamente lo opuesto es lo que aparece a la luz de un análisis, incluso superficial y caritativo con el

* Abogado (UBA). Doctorando UBA. Becario CONICET. Docente de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho. UBA. Miembro Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Integrante de la Comisión de Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales.

constitucionalismo. Casi con unanimidad las constituciones modernas fueron textos dirigidos a frenar a las fuerzas mayoritarias y a defender algunos derechos por sobre otros. Específicamente, conceder más poderes institucionales a las minorías propietarias que a las no propietarias, defender a los acreedores y no a los deudores, negar derechos a las mujeres, a los mestizos, a los afroamericanos o mulatos -en la mayoría de los territorios esclavos o sojuzgados-, a los gauchos y criollos, a los pobres, etcétera. Mientras las asambleas constituyentes se realizaban a puertas cerradas, sin publicidad o apertura social, sin siquiera plena representación política, esos textos terminaban de concederle -a través de procesos formales o fácticos- a una minoría propietaria, por ejemplo en Estados Unidos o a una aristocrática nobiliar en Francia, inmensa preponderancia en el sistema constitucional.

Las fuerzas sociales que llevaron adelante los procesos constitucionales tuvieron claros sesgos de clase, raciales y de género (Beard: 1913). Durante mucho tiempo existieron cláusulas abiertamente discriminatorias en muchas constituciones latinoamericanas. Piénsese, el caso del requisito de "dos mil pesos fuertes" en el artículo 55 de la Constitución Nacional. Incluso aquellos textos que contenían nominales referencias a la igualdad convivían con groseras desigualdades respaldadas por las legislaciones infra-constitucionales y sostenidas por un sistema político y social conscientemente comprometido con esas injusticias.

La exclusión mayoritaria es la característica primordial de las primeras asambleas constituyentes y del mismo constitucionalismo. James Madison, lo reflejaba cuando sostenía que el "trono de la Razón" debía ser resguardado de las "pasiones mayoritarias" (Gargarella: 2001). Así, en Estados Unidos, cincuenta y cinco personas -aunque la constitución será firmada solamente por treinta y nueve-, varones, blancos y propietarios, representantes de trece estados -en la actualidad existen cincuenta- dictaron el texto constitucional que sigue vigente y que únicamente fue modificado a través de un proceso de enmiendas que mantiene aquel texto original inalterado. Ese texto canónico es, recordemos, la primer Constitución escrita de la modernidad y la única que nunca se reformó. El *We, the People* parece ser una ficción, mera retórica republicana y que opera como pantalla para exclusiones históricas (Dahl, 2003:10).

La Constitución Nacional Argentina no tiene una apelación inicial y directa al pueblo, sino que alude a sus representantes, ocultando la soberanía popular. "Nos, los representantes del pueblo.." evoca a una asamblea constituyente, incluso en el marco de las exclusiones históricas que podrían caracterizar esos tiempos, con cierta legitimidad de origen. Pero nuevamente las ficciones constitucionales nos juegan una mala pasada. Los 24 "representantes" de la convención constituyente de 1853, tuvieron muy poco de representantes y una ficticia legitimidad popular. En dicho contexto, los procesos democráticos eran un futuro indeseable, a evitar, la amenaza de la anarquía del "bajo pueblo" (Di Meglio, 2006:255,309). Hoy, la impronta antidemocrática es identificable en el texto y sus déficit igualitarios, muy a pesar de las reformas parciales, permanecen como marca distintiva del constitucionalismo contemporáneo.

Los textos constitucionales no fueron dictados por sistemas ni republicanos, ni representativos, sino de corte clasista y aristocrática. Los dueños de la tierra, los propietarios y hacendados de su tiempo, incluso dueños de provincias enteras, estirpes pseudo feudales o con esclavos, fueron los que protegieron sus derechos con su poder caudillista, tomando recaudo que sus intereses económicos y estratégicos sean representados (Saguier, 2007:105).

En nuestros días, cabe apuntar, aquellas fuerzas políticas y sociales, con apoyo en el mundo académico, que quieran tomar al constitucionalismo como un aliado estratégico para la lucha por la igualdad (de clase o de género), debe recordar su pasado y sus reglas internas, que suelen dificultar aquellos cambios sociales y legales que los procesos políticos mayoritarios y democráticos impulsan. Fue la democracia como práctica social y política la que alcanzó lo que las constituciones y el derecho les negaron a los grupos desaventajados, afroamericanos o mujeres. Fue la acción colectiva ascendente la que le permitió expandir progresivamente sus horizontes como grupo bajo regímenes de opresión o de dominación.

La democracia es un compromiso relativamente reciente de los gobiernos constitucionales. Lo mismo opera para los Derechos Humanos, que van mucho más allá de los derechos individuales e incluso pueden entrar en conflicto con estos últimos. Si bien el "*Bill of Rights*" fue una revolucionaria declaración de derechos en tiempos de la monarquía, sus silenciosas exclusiones, su selectividad, se observaron claramente. Ni las mujeres, ni los afroamericanos, ni otros grupos tendrán esos derechos. El constitucionalismo tuvo que esperar aproximadamente 150 años para expandir esos derechos, a través de los movimientos sociales, partidos políticos (históricamente indeseados por fomentar a las "facciones") y hacerlos universales. La universalidad de los derechos humanos es una conquista de las últimas décadas. Y sobre todo, cabe remarcar, es una conquista de la política democrática que la protege y expande en su acción cultural cotidiana.

Nuestra Constitución Nacional, a toda luz, parece debilitar las posibilidades de las prácticas democráticas cuando en su Artículo 22 afirma "que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes" y, a continuación, amenaza con un poder coercitivo en caso de que grupos de personas se arroguen representarla. Pretendiendo anular, de esta forma, toda posibilidad de movilización social que no sea unánime, super-mayoritaria e inclusiva en grado extremo. Incluso en este escenario, el artículo 22 podría ser interpretado prohibiendo los famosos "momentos constitucionales" (Ackerman: 1991) e instrumentalizarse para identificar esa práctica de las democracias contemporáneas como un caso de desobediencia civil injustificada y legalmente perseguible. Otros pasajes permiten entrar en un juego interpretativo menos severo, pero no atemperan ni reducen el temple conservador de este clásico artículo. Eso no agota los sesgos antidemocráticos de nuestra Constitución. Las diferencias entre Diputados y Senadores en edad, en duración y en el requisito del ingreso anual, se deben a un diseño frontalmente elitista. Las prioridades de ciertos cultos en la función ejecutiva que primó hasta 1994, una negación a la libertad de culto y a la igualdad religiosa que cualquier concepción fuerte de igualdad rechazaría; concepción que hoy unánimemente los tratados internacionales de derechos humanos reconocen e impulsan. Todo ello, parece plantear desafíos de reconciliación y fuertes tensiones hacia dentro del propio texto fundamental.

En el diseño de los derechos solamente encontramos parte de los peligros de las constituciones hacia los mismos derechos. En el diseño de las instituciones vemos con claridad el poder negativo, antidemocrático, de excepción que tienen las constituciones. No por ser un fenómeno republicano el constitucionalismo está exento de un perfil dictatorial y no carece de mecanismos para "restringir" -o directamente violar- los derechos individuales y sus garantías. Toda república puede tener como salida la dictadura, sobre todo en estados de crisis o emergencia, en definitiva, de excepción (Agamben: 2004). En estos contextos es cuando la figura de la excepcionalidad permite suspender esos derechos y concentrar institucionalmente el poder en una *dictadura comisarial* (Schmitt: 1985), en un presidente dictatorial (Rossiter: 1948). Esa dictadura no es un exceso de las personas que están en función ejecutiva

sino un objetivo deseado, pre-configurado en las Constituciones. La construcción de la dictadura constitucional es parte del diseño institucional de la norma fundamental.

En la historia argentina, esa excepcionalidad se profundizó con intensidad un 6 de Septiembre de 1930 -si bien se pueden rastrear violencia política y excepcionalidad, en tiempos pasados- con el golpe de Estado al gobierno constitucional que presidía Irigoyen (1918-1924/1928-1930). Solamente cuatro días después, una tristemente famosa Acordada de la Corte Suprema convalidará a las nuevas autoridades de facto. Los golpes de Estado y su reconocimiento legal fueron una práctica que consolidó toda una tragedia constitucional (Eskridge y Levinson: 1998). La magnitud del error, los altos costos de la tragedia no fueron suficientes para evitar su repetición, más allá de toda farsa. Así, esa historia se repitió específicamente en 1943. Además, a posteriori, en 1955, 1962, 1966, y 1976, los golpes de Estado, se reiteraron y siempre hubo dolor colectivo, represión militar, muertes y cicatrices sociales. Sin lugar a dudas, Argentina es un país que ha vivido situaciones extremas de emergencia y excepcionalidad. Las irregulares declaraciones de Estado de Sitio en Democracia de 1985, 1989, 1990, 2001, siempre han dado paso a días de luto y violencia política. Todavía hoy, ese tipo de excepcionalidad, no tan inusual, sigue configurado – retóricamente limitado y controlado- en las constituciones de la mayoría de las sociedades.

Las constituciones permitieron tanto Estados de excepción (como la intervención federal o el Estado de sitio) como normas de excepción. Éstas últimas, aparecen en la actualidad como decretos de necesidad y urgencia (CN, Art.99 inc. 3) y decretos delegados (CN, Art. 76). El poder ejecutivo tiene características propias de un dictador, “un rey sin corona, un monarca electo” tanto que en sus catálogos de facultades se le da el título, la potestad de ser *Jefe supremo de la Nación*. Las facultades materiales, meta-constitucionales y de excepción resultan evidente a la hora de analizar sus atribuciones. Por ejemplo, una facultad que entra en contradicción con cualquier gobierno que sea, efectivamente, el gobierno de las leyes, el *Rule of Law* y no de las personas, es la de facultad de indultar. En Argentina, su ejercicio incluyó, constitucionalmente, “suprimir” condenas que el mismo Estado de Derecho -con un proceso político, social y judicial histórico como fue el Juicio a las Juntas- había dado a los peores criminales, los representantes del mal absoluto en la historia reciente Argentina.

En contraste, en la actualidad, la nueva excepcionalidad parece estar constitucionalizada. Los decretos presidenciales fueron legalizados, luego que la Corte Suprema los haya “habilitado” irregularmente en fallos como “Peralta” (CS, Fallos: 313:1513 de 27/12/1990). En efecto, la reforma constitucional de 1994, con el objetivo de “atenuar el presidencialismo” configuró un sistema de controles demasiado laxos para una facultad tan enorme como peligrosa; lo que ha permitido usos descontrolados y abusos irresponsables. En lugar de adoptar ese diseño de frenos endebles y frágiles, resulta claro que debió reforzarse los controles exógenos del sistema político. El carácter delegativo de la república, post 1994, resulta peligroso para los derechos y para la misma práctica democrática.

Los Estados de excepción y las normas de excepción son un desafío para la sociedad democrática. Especialmente para la sociedad argentina que parece haber vivido todo su siglo XX en una constante emergencia política, tanto en etapas dictatoriales como -hacia fines del siglo pasado- con la consolidación de la democracia. El constitucionalismo, aquí, juega un doble rol de problema y solución, de forma y sustancia. Es el medio para solucionarlo, y al mismo tiempo es el problema. Una política constitucional democrática debería tener en cuenta que el diseño de la constitución es parte del problema y no sólo parte de la solución (Levinson: 2006).

Más allá de los déficits democráticos del sistema político y constitucional, de los peligros inherentes al poder concentrado, de la fragilidad de todo derecho, de los avances realizados, de los retrocesos evitados, debemos recordar: los horizontes no son todos negativos. El constitucionalismo no puede evitar el nacimiento de lo nuevo. Lo germinal surgirá dentro o fuera de su estructura, no importa que la política se intente congelar, frenar, limitar en su núcleo. Lo político, entendido como proceso emancipador, es indócil incluso para "los hijos", los productos, más clásicos de la política constitucional. De la mano de la política democrática, de herramientas inclusivas y prácticas sociales horizontales, será que la sociedad protegerá los derechos humanos y defenderá las prácticas culturales que consolidan su conciencia colectiva, y así generará cambios constituyentes y transformaciones sociales y -por supuesto- un nuevo lenguaje para el autogobierno democrático.

2. Los trabajos: En el presente capítulo, encontramos el ensayo de Miguel Godoy (UFPR-Brasil) "Constitucionalismo y democracia. Poder constituyente y soberanía: Un breve ejercicio de teoría constitucional" que toma esa tensión histórica para explorar un punto clave del Derecho Constitucional de todos los tiempos: El concepto de Poder Constituyente. En este punto, siempre se recuerda la íntima relación entre este concepto y lo indócil de lo político. La idea del poder constituyente como un poder excepcional, único e irrepetible, todopoderoso, también tiene relación con las doctrinas decisionistas de los Estados de excepción. Así, en otra cara del tema, Ramiro Riera (UBA) y su "Cuerpo y capital. Anatomopolítica del derecho procesal de los derechos humanos", junto con el trabajo de Griselda Iglesias (UBA) "El Estado de sitio en la constitución de 1853 y su posterior aplicación en el tiempo" y "Derechos Humanos y garantías en el Estado de Excepción" de Guido Puig Cicchini (UBA), intentan analizar los límites de la protección de los derechos humanos en los Estados de excepción a través de las garantías judiciales, con especial referencia a episodios paradigmáticos de Estados de sitios en la historia reciente de la democracia argentina.

Provenientes del muy interesante y activo panel "Derecho constitucional y Género", los trabajos "Colonialismo, *performance* y género: la saga de Lorena Bobbit" de Chloé Georas (UPR-Puerto Rico) y "Las acciones afirmativas en el derecho norteamericano" por Estefanía Ziliani (UBA) se suman al debate sobre el constitucionalismo y una agenda legal por los derechos de las mujeres. Por una lado, el ensayo de Ziliani explora una de las -relativamente- nuevas herramientas del constitucionalismo bajo el tardío Estado de bienestar y de las medidas político-administrativas resultantes de la conquista de los movimientos de derechos civiles, en especial, en Estados Unidos. Por otro lado, y finalmente, Chloé Georas analiza el histórico caso de Lorena Bobbit desde una perspectiva de los estudios de géneros que deconstruye y reconstruye las "miradas" sesgadas de diferentes esferas -mediáticas o judiciales- de la mujer frente a una caso extremo y públicamente resonante. Ambos trabajos invitan a expandir nuestras visiones, perder ingenuidades y nos tienden puentes hacia lo multidisciplinario con una crítica lúcida y un análisis detallado.

3. Epílogo: Educación legal y legitimidad. Desde las esferas de los operadores legales y de las comunidades académicas, hay grandes responsabilidades y mucho por hacer frente a los desafíos que nosotros, como jóvenes investigadores, identificamos. La enseñanza del derecho, especialmente del Derecho Constitucional, debe tener en cuenta los aspectos históricos y politológicos de los procesos sociales. El derecho nunca es autosuficiente como fenómeno social. Está atado a la política. En la actualidad a un tipo de política que está fuertemente arraigada en la

práctica social: la política democrática. Pensarlo como atado a una democracia deliberativa, horizontal, inclusiva, que entiende a la política como un proceso de diálogo, que no niega el conflicto político pero lo reconduce, que implica participación mayoritaria, no elitista, conlleva diversas consecuencias prácticas. Las comunidades académicas pueden generar una práctica de diálogo y discusión con el fin que, desde esa práctica, la educación vuelva a ser una práctica emancipatoria, en lugar de ser una instrucción embrutecedora, dogmática, instrumental (Ranciere: 2007). En lugar de ser un ámbito donde las instituciones buscan estudios amigables y legitimantes, a una esfera donde la sociedad deposita -al menos parte- de sus expectativas de estudios de librepensamiento exigente y crítico (Habermas: 1982) para hacer que los espacios institucionales y políticos tengan más legitimidad y mejores derechos. Esa práctica es la que proyectamos en la Jornadas y que las presentes ponencias exploran.

Bibliografía:

- Ackerman, Bruce (1991), *We, the People: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press.
- Agamben, Giorgio, (2004), *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo.
- Beard, Charles (1913), *An economic interpretation of the Constitution*, New York, The Macmillan Company.
- Dahl, Robert (2003), *¿Es democrática la constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Di Meglio, Gabriel (2006) *¡Viva el bajo pueblo!*, Buenos Aires, Prometeo.
- Eskridge, William y Levinson, Sanford -editors-, (1998) *Constitutional stupidities, Constitutional tragedies*, New York, New York University Press.
- Gargarella, Roberto (2000) *The scepter of reason*, Dordrecht, Kluwer.
- Habermas, J. (1982), *Conocimiento e interés*, Madrid, Taurus.
- Levinson, Sanford (2006), *Our undemocratic constitution*, Oxford, Oxford University Press.
- Palti, Elias (2007), *El tiempo de la política*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Ranciere, Jacques (2007), *El maestro ignorante*, Buenos Aires, Libros del Zorzal.
- Rossiter, Clinton (1948), *Constitutional dictatorship*, Princeton, Princeton University Press.
- Sagui, Julio (2007), *¿Unión o secesión? Los procesos constituyentes en Estados Unidos (1776-1787) y Argentina (1810-1862)*, Buenos Aires, Prometeo.
- Schmitt, Carl (1985), *La dictadura*, Madrid, Alianza.

CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA – PODER CONSTITUYENTE Y SOBERANÍA UN BREVE EJERCICIO DE TEORÍA CONSTITUCIONAL

Por Miguel Godoy

RESUMEN

Reflexionar sobre el derecho constitucional es (re)pensar necesariamente constitucionalismo y democracia. La democracia entendida como gobierno soberano del pueblo encierra en sí una tensión frente al constitucionalismo comprendido como primacía de la ley, de la Constitución. Por esto, es importante observar que la relación entre constitucionalismo y democracia remite a otra que está en su base, cual sea, soberanía y poder constituyente. Si por un lado el poder constituyente se manifiesta como poder absoluto, inmanente, fuente primaria de la organización del Derecho, por otro, crea las reglas que irán a limitar este mismo poder omnipotente. Así, el constitucionalismo se muestra como limitador de la fuerza expansiva de la soberanía popular encerrada en la democracia. La Constitución sólo adquiere un sentido perene si se sitúa en un ambiente democrático y la democracia sólo si está protegida y albergada por la Constitución.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalismo; Democracia; Poder Constituyente; Soberanía

CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY - CONSTITUENT POWER AND SOVEREIGNTY A BRIEF EXERCISE ON CONSTITUTIONAL THEORY

By Miguel Godoy

ABSTRACT

To reflect on constitutional right is to necessarily (re)think constitutionalism and democracy. Democracy as a sovereign government of the people insides in itself a friction against the constitutionalism understood as a priority of the law, of the Constitution. Hence, it is important to note that the relationship between constitutionalism and democracy refers to one that is at its base, that is, sovereignty and constituent power. If, on the one hand, the constituent power is expressed as absolute power, immanent, primary source of Law's organization, on the other hand, it establishes the rules that will limit this same omnipotent power. Thus, constitutionalism is shown as limiting the expansion force of popular sovereignty embedded in democracy. The Constitution only acquires a perennial meaning when it is in a democratic environment and democracy can only take place if settled and protected by the Constitution.

KEYWORDS

Constitution; Democracy; Constituent Power, Sovereignty

CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA – PODER CONSTITUYENTE Y SOBERANÍA UN BREVE EJERCICIO DE TEORÍA CONSTITUCIONAL

Por Miguel Godoy

1.1 Apuntes sobre el origen y comprensión de la Democracia

La democracia y el liberalismo político son dos de los principales fundamentos del pensamiento político moderno. Si por un lado el punto principal del liberalismo político es la limitación del poder del Estado a favor de las libertades individuales, la democracia se ocupa de la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones políticas. La democracia, concebida en la antigüedad, cuyo origen es *demo* (pueblo) y *kracia* (gobierno) fue pensada y experimentada primeramente en Grecia, especialmente en el siglo V a.C., siendo el apogeo la democracia ateniense en el periodo de Pericles (ALMEIDA PRADO, 1999). Es importante destacar que lejos de caer en un error del positivismo histórico, que concibe el transcurso histórico de la sociedad como un proceso de evolución, no es el objetivo de este trabajo remontar a los orígenes de la democracia y a las teorías que la constituyeron en los modelos actuales. Sin embargo, cabe destacar que la democracia viene siendo tomada como principio y régimen de gobierno, construida a lo largo del tiempo, a partir de diversas experiencias y enfrentamientos por los cuales pasó y todavía pasa. Es principalmente en la Modernidad que pensadores como John Locke y Jean Jacques Rousseau, entre otros, que al desarrollar teorías sobre el Estado y las formas de gobierno, pasaron también a pensar en la idea de democracia.

Jean Jacques Rousseau, filósofo, teórico político, inspirador de los principios y razones que motivaron la Revolución Francesa en 1789, trató a la democracia como el gobierno de la mayoría. Su herencia de pensador crítico y radical proviene de las obras que escribió. Rousseau fue el primer teórico moderno en condenar la propiedad privada, antes tan defendida por Locke (LOCKE, 1979), y en ser un fuerte crítico de la sociedad de la cual hacía parte. Rousseau evidenció el ambiente suntuoso, corrupto y decadente que envolvía la Europa pre-revolucionaria, en especial Francia. Fue él quien primeramente defendió las ideas de libertad e igualdad, independientemente de la voluntad de la mayoría, ya que para él sería imposible que hubiese libertad sin igualdad. Es en su libro "El Contrato Social" (ROUSSEAU, 1757) donde Rousseau desarrolla concretamente su teoría sobre el Estado y el pueblo. Es en esta obra en donde él establece las raíces democráticas modernas, concibiendo al Estado fundado en la voluntad general. Ésta no se confunde con las voluntades particulares de cada ciudadano y tampoco es la suma de todas ellas. No es sino, la voluntad común, la suma de las diferencias de las voluntades particulares (ROUSSEAU, 1983). Es a partir de la concepción de la voluntad general que Rousseau le asigna a la política la condición de arte y medio constructor del interés común. Vale la pena resaltar que Rousseau no admite la representación. Para él la voluntad general expresada por los ciudadanos es un acto de soberanía, en cuanto a la voluntad declarada a través del representante, es una simple voluntad particular, un acto de magistratura o como máximo, un decreto. De esta forma, la soberanía del pueblo, la soberanía popular sólo existe si fuese general (ROUSSEAU, 1983). Para Rousseau, el acto social es el acto por el cual el pueblo funda efectiva y verdaderamente la sociedad. De esta forma, solamente

la concreta participación del pueblo garante el bien común y los derechos de cada ciudadano (ROUSSEAU, 1983). En este sentido, la soberanía es el ejercicio de la voluntad general, no habiendo otro soberano, sino el pueblo (ROUSSEAU, 1983). Es tan esencial esta noción de voluntad general y su relación con la soberanía en el pensamiento de Rousseau que, conforme apunta Maurizio Fioravanti, la Constitución está totalmente absorbida por estos conceptos no pudiendo ser considerada un límite o una garantía (FIORAVANTI, 2001).

Es a partir de las teorías, concebidas en la antigüedad por filósofos como Aristóteles y desarrollada en la Modernidad por teóricos como Rousseau, que la democracia es tenida en cuenta como el gobierno del pueblo, como gobierno de la mayoría. Se disloca el poder de las manos del monarca, de la aristocracia, para las manos del pueblo. Así se concibe al pueblo como verdadero soberano. De esta forma, no se altera solamente la idea de soberanía, que pasa a ser popular, pero también a partir de ahí, será la tarea del pueblo la de auto-legislarse y de esta forma fundar el orden normativo que regirá la sociedad, que será la Constitución (GARGARELLA, 1996). Es importante recalcar que, si el pueblo se auto-impone ciertas reglas, es porque desea que estas reglas sean respetadas, de ahí la necesidad de mantener la Constitución, establecida como la norma que ordenará la sociedad, pues es el primer orden que se auto impone como manifestación de la soberanía popular y del poder constituyente, vinculando, de esta forma a ambos. Así podemos pensar que la conjunción – constitucionalismo y democracia – remite a la otra que está en su base: soberanía y poder constituyente.

1.2 Poder Constituyente, Constitucionalismo y Democracia

Conforme señala Vera Karam de Chueiri, la vitalidad del Estado depende de la permanente posibilidad de conflicto necesitando un soberano que, ante a las incertidumbres políticas, incorpore la autoridad que es superior a aquella del propio derecho (CHUEIRI, 2005). Por eso resulta importante rever ese momento de instauración del orden, es decir, del poder constituyente y así releer Jean Bodin, jurista francés del siglo XVI que teorizó sobre la soberanía. Bodin identifica la soberanía como el poder absoluto y perpetuo de una República (BODIN, 1955). Estas dos características, absoluta y perpetua, fueron pensadas como condiciones inamovibles para el ejercicio del poder. Es perpetua en la medida en que el verdadero soberano permanece siempre capturado por el poder. Una autoridad perpetua, por consiguiente, debe ser entendida como aquella que dura la vida de quien la ejerce. Es absoluta en la medida de su incondicionalidad. Si el poder es condicionado no es propiamente absoluto y soberano.

Bodin identifica al poder soberano a partir de su lugar, el cual es ocupado por la figura del rey (BODIN, 1955). Si bien, Bodin es cuidadoso al definir la soberanía abstracta e impersonal. En este sentido, se podría abstraer la figura del soberano, tanto de la imagen del gobierno como de la imagen del parlamento o del pueblo. No es por casualidad, que la democracia se refiere a un tipo de poder absoluto y perpetuo, y tampoco es por acaso que el Estado de Derecho fue forzado a neutralizar el poder soberano como tentativa de exorcizar su pecado original (CHUEIRI, 2005).

Conforme Jacques Derrida, el pensamiento moderno tardío sobre el poder soberano – del final del siglo XIX al siglo XX – influyó a las definiciones abstractas y a los análisis formales de la soberanía (DERRIDA, 2007). La creación de la mayor parte de los estados se dio como consecuencia de una situación que podemos, genéricamente, denominar de revolucionaria. “Es revolucionaria en el sentido de que un nuevo orden jurídico fue instaurado, particularmente, en un contexto de violencia. Las revoluciones son siempre terribles, ya que éstas no suceden sin un gran sufrimiento y, también, porque, como dice Derrida, las revoluciones por sí mismas no se pueden

interpretar ni descifrar en su propia violencia” (CHUEIRI, 2005, 133). Ejemplos claros de estos momentos revolucionarios, transgresores, violentos y creadores de un nuevo orden, pueden ser la independencia de los Estados Unidos en 1776, la revolución francesa en 1789 y también la revolución rusa 1917, aunque esta última no haya sido liberal.

Para la ciencia del derecho, el poder constituyente es tradicionalmente la fuente de la cual el orden constitucional brota. Es el poder de hacer la nueva Constitución en donde los poderes constituidos adquieren su estructura. De esta perspectiva el poder constituyente instala un orden jurídico-constitucional totalmente nuevo. Fue con el calor y el entusiasmo de la revolución francesa que un Abad francés de Chartres, llamado Joseph Sieyès, escribió en la víspera de la revolución, el libro “¿Qué es el Tercer Estado?” (SIEYÉS, 1789) con clara inspiración en la obra de Locke y Rousseau. Es en esta obra que Sieyès concibe la existencia de un poder inherente a la nación, superior a los poderes constituidos e imposible de ser modificado por ellos, sea cual fuere, el poder constituyente. Para Sieyès, la constitución presupone, ante todo, un poder constituyente, representante de la soberanía popular (SIEYÉS, 1997). O sea, los poderes resultantes de la constitución, están y son subordinados a un poder constituyente anterior, a la voluntad soberana popular y, por lo tanto, tal poder no estaría vinculado a nada, a no ser su propia voluntad (SIEYÉS, 1997).

Sin embargo, es importante destacar que la idea de soberanía para Sieyès se fundamentaba en la soberanía nacional y no en la soberanía popular, pues para él, la idea de pueblo estaría incluida en la idea de nación. Es así porque para el Abad francés el concepto de nación estaba ligado a la imagen del Tercer Estado y este se sobrepone al Clero y a la Nobleza (SIEYÉS, 1997).

Contemporáneamente, el poder constituyente es rediscutido por el filósofo y politólogo Antonio Negri que lo concibe de manera bastante radical (NEGRI, 2002). Para él, el poder constituyente no se manifiesta apenas como una fuente omnipotente y expansiva que produce normas constitucionales de todo el ordenamiento jurídico (NEGRI, 2002). Sino también lo considera sujeto de esta producción, de esta actividad igualmente omnipotente y expansiva (NEGRI, 2002). Negri muestra como la tarea de ordenar el poder constituyente, dependiente de la política y para la política democrática, es compleja. Para Negri, hablar de poder constituyente es hablar de democracia. “Y calificar constitucional y jurídicamente al poder constituyente, no será simplemente producir normas constitucionales y estructurar poderes constituidos, sino sobre todo ordenar el poder constituyente destinado a regular la política democrática” (NEGRI, 2002, 08).

Negri cita a Burdeau para mostrar como el poder constituyente presenta, desde el punto de vista jurídico, una dificultad excepcional dada su naturaleza híbrida (NEGRI, 2002). La potencia del poder constituyente es adversa a una integración total en un sistema jerárquico de normas y competencias, permaneciendo siempre extraño al derecho (BURDEAU, 1983). Es un poder que funda el derecho, pero se opone a su fundación. O sea, la democracia es la teoría del gobierno absoluto, en la medida que el constitucionalismo es la teoría del gobierno limitado, de la democracia limitada. El poder constituyente desde la óptica jurídica es la fuente de producción de las normas constitucionales. Paradójicamente es un poder omnipotente, que surge de la nada y organiza todo el derecho. Sin embargo, deber ser temporalmente limitado, encerrado en un hecho determinado (NEGRI, 2002). En este sentido, se debe entender el lugar de la soberanía como un lugar donde no puede ser erradicada la tensión, de tal manera que sea posible pensar en la soberanía en términos de poder constituyente sin que ambos sean sacrificados (CHUEIRI,

2005). Partiendo de aquí, vale la pena resaltar lo que afirmó Sieyés al decir que la constitución presupone en primer lugar un poder constituyente (SIEYÉS, 1997).

De acuerdo con Negri, lo que constituye el poder constituyente no proviene de ningún poder constituido, no se trata de la institución del poder constituido. Ciertamente es un acto en donde se debe escoger, la determinación radical que desborda un horizonte o si se trata del radical dispositivo de algo que todavía no existe y cuyas condiciones de existencia deben perder sus características en la creación (CHUEIRI, 2005). En la gramática de la ciencia jurídica, el poder constituyente significa, omnipresencia e inexistencia de límites. No obstante, estos significados son sacrificados por la pragmática, por el uso de esa gramática que, al contrario, ejerce una especie de domesticación del poder constituyente (CHUEIRI, 2005). De esta forma, la constitución, creada por el poder constituyente y para la democracia se muestra como un obstáculo del propio poder constituyente y de la propia democracia (NEGRI, 2002).

Negri trata del poder constituyente a partir de estas crisis que lo caracteriza, o sea, como un poder detentor de fuerza expansiva y omnipotente capaz de crear reglas jurídicas y, al mismo tiempo, limitador de la democracia, de la voluntad absoluta del pueblo (NEGRI, 2002). De esta manera, el poder constituyente es absorbido por la máquina de representación y su carácter ilimitado es inflexible y encuadrado en su propia génesis, pues pasa a estar sometido a las reglas y a la extensión del sufragio (NEGRI, 2002).

El derecho toma el poder constituyente como algo absoluto, omnipotente, ilimitado y después lo limita, negando sus características a través de la limitación de los poderes constituidos (NEGRI, 2002). Es el pueblo quien crea y funda la constitución a través de toda la radicalidad que constituye el poder constituyente, imponiendo a sí mismo las reglas y límites que van a regular los poderes constituidos.

Sin embargo, diferente al pensamiento de Negri, se puede concebir que el constitucionalismo en lugar de frenar al poder constituyente, lo exhibe y lo reafirma cuando garantiza y protege los compromisos históricos y sociales conquistados a los largo del tiempo. Esto sucede cuando, por ejemplo, el constitucionalismo instituye no sólo la protección, sino mecanismos de preservación de las minorías. También cuando se respetan y se protegen los reclamos hechos bajo la forma de protestas de los grupos sociales más desaventajados. Si por un lado, para Negri, el constitucionalismo siempre se refiere al pasado, por otro, él sucede en el presente no como mera repetición de ese pasado, sino como condición para el ejercicio de los derechos. Así, el constitucionalismo abre perspectivas para el futuro. Se puede concebir que el constitucionalismo puede/debe mirar para el presente y tener varias visiones hacia el futuro. Esto ocurre justamente en esos momentos donde se concretizan los compromisos históricos asumidos constitucionalmente, cuando, por ejemplo, se garantiza que el silencio interrumpido por las protestas de la minorías marginadas no serán suprimidas, sino oídas.

En un trabajo de la década del ochenta, el profesor francés Claude Lefort se refirió a la democracia como un proceso constante de re-invencción de derechos (LEFORT, 1981). En este sentido, contra todas las formas de totalitarismo, él defiende una revolución democrática, cuya principal característica es el conflicto, el cual no debe, de ninguna manera, ser erradicado de la sociedad. Lefort muestra como la revolución democrática operada en las sociedades contemporáneas apartó al poder del Estado, hasta entonces relacionado a la figura del rey (LEFORT, 1981). En esta situación, el poder aparece como un lugar vacío, donde aquellos que lo ejercen lo hacen de forma temporaria y donde la unidad no puede borrar la división social. También es necesario pensar en el sentido de los conflictos, que al mismo tiempo, suponen la idea del poder y la búsqueda de una consideración de las diferencias en

el derecho (LEFORT, 1981). Estos conflictos constituyen cada vez más las especificaciones de las sociedades democráticas modernas. De esta forma, la democracia inaugura la experiencia de una sociedad imprevisible, indomesticable, en la cual el pueblo es dicho soberano, pero tampoco cesa de cuestionar su identidad, donde ésta permanecerá latente (LEFORT, 1981). Las reivindicaciones hechas en forma de protesta por las parcelas marginadas de la sociedad (aquellas que padecen de la igualdad y la libertad) evidencian no solamente conflictos (políticos, sociales, económicos, culturales, etc.), sino demandan a todo el tiempo y de todas las formas, una sociedad más justa, igualitaria. Ellas reafirman la potencia del poder constituyente en la concretización de los derechos fundamentales y con esto, renuevan el constitucionalismo. Por eso, Lefort afirma que “es necesario explotar los recursos de libertad y de creatividad en los cuales se vislumbra una experiencia que acoge los efectos de la división, resistir a la tentación de cambiar el presente por el futuro; hacer el esfuerzo contrario para leer en el presente las líneas de la suerte indicadas con la defensa de los derechos adquiridos y la reivindicación de los nuevos derechos, aprendiendo a distinguirlos de lo que apenas es satisfacción e interés” (LEFORT, 1981, 69).

La tensión entre el poder constituyente y el poder constituido debe ser entendida en este contexto conflictivo, como una señal vigorosa en el sentido de una esfera pública radicalmente democrática (CHUEIRI, 2005). Si es el poder constituyente quien funda la constitución, será el constitucionalismo quien la resguardará. De ahí la importancia de pensar en el constitucionalismo en el proceso constructor de la constitución, la cual, en su origen, se remite y valora el poder constituyente originario.

Es porque ese conflicto es inherente a la democracia y al constitucionalismo que no se puede simplemente colocar una fecha a la constitución en el día de su promulgación, así como no se puede colocar una fecha al poder constituyente en el momento de la formación de la Asamblea Constituyente. Poder constituyente y constitución deben ser pensados como un proceso, como acontecimientos, luchas y reivindicaciones que están en el origen y se manifiestan como poder constituyente, como lo que Hesse llama de “Voluntad de Constitución” (HESSE, 1991, 19). El constitucionalismo implica, así, en este proceso (político-histórico) imposible de ser ubicado en una fecha en el tiempo. No se inicia el día de la institución de la Asamblea Nacional Constituyente y no termina en la fecha de la promulgación de la Constitución.

1.3 El Constitucionalismo como límite y garantía

El constitucionalismo se origina en los Estados Unidos con la idea del *rule of law*, que implica la preservación de determinadas reglas jurídicas fundamentales, limitadoras del poder estatal (NINO, 1999). De ahí el constitucionalismo adquiere una posición más robusta, donde el gobierno además de encontrarse limitado, a partir de normas jurídico-constitucionales, requiriendo generalmente un texto escrito, aunque tal requisito no sea absolutamente necesario. La constitución expresa no apenas un ser, sino también un deber ser y para eso es protegida por complejos procesos de modificación (NINO, 1999). Y por ser una norma, sus principios deben ser aplicados de manera que se comprometan a todas las demás especies normativas, especialmente a través de la interpretación que hacen los órganos públicos legales y el propio pueblo.

Según Carlos Santiago Nino, un constitucionalismo todavía más robusto prevé que las leyes sean amplias, generales, no retroactivas, estables y que se apliquen imparcialmente a todos, siendo, para eso, necesario un Poder Judicial independiente, que tenga autoridad y se imponga delante de una situación de conflicto. Es necesario un Poder Judicial que imponga y aplique la Constitución, bajo la pena de hacerlo ineficaz, sujeto a las presiones de la

mayorías e inerte en relación a la eficacia normativa de la Constitución. El reconocimiento de derechos individuales que no pueden ser violados por nadie, ni por el Estado; la existencia de un control rígido de constitucionalidad, así como la separación de poderes, sobre todo la independencia del Poder Judicial, tornan al constitucionalismo más fuerte aún, en el papel de defensor de la Constitución (NINO, 1999). Entretanto, nada de eso sería suficiente sin la contrapartida democrática, pues la democracia, también ejerce el papel imprescindible de no acomodar al constitucionalismo en sus conquistas. Al contrario, ella lo tensiona todo el tiempo, provocándolo y a través de la aplicación y reaplicación de la Constitución, su interpretación y reinterpretación, sea por el pueblo o por el poder Judicial.

Así, el poder constituyente al instaurar la Constitución establece la forma jurídica de lo político, la cual será defendida y garantizada por la rigidez del constitucionalismo. En otras palabras, establece la tensión entre lo jurídico y lo político, entre constitucionalismo y democracia. Desde la perspectiva de Negri, la constitución se presenta como fórmula trascendente, pues se remite siempre al proceso político (poder constituyente) que la instituye. Ella se presenta como inmanente, ya que se reafirma en cada aplicación de sus normas. Y como forma y fórmula de lo político niega y limita el poder expansivo, absoluto que la construyó. Negri cuestiona que en lugar de intentar superar esta crisis subyacente de la constitución, justamente por cuenta de estas características que la fundan, no sería mejor aceptarlas y comprender mejor la noción de ausencia de presupuestos que la regulen y la plenitud de potencia (NEGRI, 2002). Negri exhibe que la forma política del poder constituyente puede ser denominada de democracia, entendida como la expresión integral de la multitud, radical inherente de la potencia, exclusión de toda definición externa (NEGRI, 2002). Así, para Negri la democracia se opone al constitucionalismo, ya que este pasa a ser concebido como aparto negador del poder constituyente y de la propia democracia. Nuevamente se ve la eterna e insoluble tensión entre democracia y constitucionalismo.

No obstante la interpretación y la crítica vigorosa de Negri, no hay forma de escapar de una estructura política y social compleja de las sociedades contemporáneas que no tenga en sus bases los poderes constituidos, la constitución, como, por ejemplo, (y en el caso de este trabajo), Brasil y Argentina. Esto debido a que es ella la que va a garantizar las conquistas establecidas por el poder constituyente. Será también la constitución, como norma mayor, quien garantizará que la elección política por la opción democrática será preservada y definida como elemento orientador de las demás normas y del propio Estado.

1.4 La Constitución como poder constituido, garantía y posibilidad para la democracia y los derechos

La constitución como expresión de las conquistas históricas y, en especial, como garantía de derechos y libertades del sujeto, fue construida lo largo del siglo XIX por los regímenes liberales en los Estados Unidos y en la Europa pos-revolucionaria. De la misma forma, la Constitución se opone a los poderes ilimitados de quien quiera que sea (monarca o pueblo) estableciendo los parámetros y extensiones de actuación del poder. Lo que se percibe con esta discusión clásica es que uno de los desafíos más evidentes de la teoría constitucional es compatibilizar una constitución relativamente estable que asegure la protección de las libertades y que también limite el poder, con la intuición a favor de un autogobierno (GARGARELLA, 1996).

Gilberto Bercovici muestra que, así, la constitución impondría límites a los poderes del soberano, ahora reducido a la categoría de órgano del Estado y regido por la ley (BERCOVICI, 2004). También impondría límites al poder soberano del pueblo, en la medida en que el Estado Constitucional es un Estado de poderes limitados. Ante

esto, aunque las constituciones modernas y contemporáneas fuesen (sean) liberales, ellas pueden, o no, ser democráticas, pues no basta que ellas actúen simplemente como limitadoras del poder (BERCOVICI, 2004). Ellas deben honrar también otros compromisos, las conquistas históricas logradas como el sufragio universal, el veto de la tortura, el pluralismo político y la libertad de expresión, la función social de la propiedad, la garantía del debido proceso legal, entre otras, bajo la pena de que se revean las trágicas experiencias totalitarias del siglo XX. De ahí la importancia de que la constitución sea por sobremanera democrática y que guarde en sí la idea de potencia, la carga revolucionaria que lleva en su vientre y de la cual habla Negri.

Por lo tanto, al contrario de lo que afirma el autor italiano, se puede concebir que a partir de la aplicación de la propia constitución, a partir de la concretización de los derechos en ella previstos, si puede actualizar y revitalizar su potencia, su carga revolucionaria en el Estado Constitucional Democrático. La potencia revolucionaria de la constitución aparece cuando ella es aplicada, cuando ella es el substrato fundamental de decisiones que garantan derechos, inclusive el derecho de decir que una norma constitucional es inconstitucional. Es a través de la concreción de la propia constitución que la potencia, la carga revolucionaria, de la constitución es exhibida y revigorizada.

En el mapa constitucional europeo del comienzo del siglo XX, la constitución liberal está explícitamente presente, pero su compromiso democrático está explícitamente ausente. Esto porque en la mayor parte de los países europeos de esta época, la constitución era un instrumento exclusivo de limitación del poder y de garantías mínimas de derechos individuales.

Hay que resaltar que la primera constitución en dar importancia a las demandas sociales por derechos y a la *res publica*, fu la Constitución mexicana de 1917, promulgada dos años antes de la festejada Constitución de Weimar de 1919. No obstante, el constitucionalismo occidental se olvidó de hacer referencia a aquella Constitución, y también su antecesora – la Constitución bolivariana de Venezuela de 1811 –, como predecesoras de las constituciones sociales.

En las constituciones sociales el compromiso democrático está más enraizado, ya que hay una mayor preocupación con la colectividad y la garantía de sus derechos de que meramente con la individualidad y los derechos singulares de cada uno. Hecha esta salvedad, podemos decir que la búsqueda de la conciliación entre constitucionalismo y democracia, sobre todo la democracia social, surge en Alemania, más precisamente con la Constitución de Weimar de 1919 (FIORAVANTI, 2001). Esto es porque esta Constitución fue resultado de un explícito poder constituyente. A partir de ahí, las decisiones soberanas del pueblo aparecieron inscritas en la constitución con la forma de normas, mostrándose como verdadero núcleo fundamental de la constitución, representando el aspecto más irrenunciable de cada constitución. Ante esta situación, las constituciones contemporáneas ya no pretenden limitarse al ordenamiento de los poderes y a las leyes para garantizar los derechos, sino denotar la existencia de principios fundamentales, cuyo poder soberano constituyente del pueblo lo colocó en la base de la convivencia civil (FIORAVANTI, 2001).

Muchas de las constituciones contemporáneas reafirmaron el principio de la soberanía popular y tomaron la democracia como principio base. Ellas retomaron la tradición revolucionaria de las declaraciones de derechos, expandiendo sus disposiciones normativas hasta los derechos sociales, los cuales habían sido apenas afirmados de manera muy efímera en el curso de la Revolución Francesa (FIORAVANTI, 2003). Después de la Segunda Guerra Mundial, las constituciones se afianzaron como rígidas, dotadas de procedimientos de revisión bastante duros y reforzadas por una difusión del control de constitucionalidad (FIORAVANTI, 2003).

Por un lado las constituciones contemporáneas absorbieron las victorias de luchas políticas como el respeto al principio de la soberanía popular, la garantía y protección de derechos, la vinculación y comportamiento del Estado en relación a esas conquistas (derechos y garantías). Por otro lado, se tornaron más rígidas, o sea, para garantizar las conquistas políticas ella se protege, tronándose más refractaria y compleja en relación a los procedimientos de modificación. En cuanto el carácter político, democrático de las relaciones exhibe lo dinámico que es el proceso político y así el Derecho exhibe la rigidez de la fórmula constitucional.

La Constitución de la República de Brasil de 1988 en ese sentido expresa no sólo los derechos que busca proteger y garantizar, sino también presenta los objetivos del Estado y lo vincula, bien como a todos los ciudadanos, en sus artículos 1° y 3°. El art. 1° anuncia al Estado brasilero como República Federativa, constituido en Estado Democrático de Derecho. Asume la democracia como elemento intrínseco a él y en su párrafo único toma como fundamento la emanación del poder por el pueblo. O sea, expresa luego en su art. 1° la tensión entre democracia (soberanía popular) y la limitación por el Derecho. Mas allá todavía, en su art. 3° instituye los objetivos de la República y compromete al Estado a la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, comprometida con la erradicación de la pobreza, marginalización y reducción de las desigualdades sociales.

Sin embargo, la democracia no puede ser reducida a un mero valor constitucional. Conforme muestra Fred Dallmayr, "la democracia es comúnmente presentada como un tipo de régimen político opuesto a otro tipo de régimen. Lo que visa esa negligencia es la dimensión experimental de la democracia, es el hecho de ser inherente a las luchas y la agonía concreto-temporales. Contrariamente a lo que pueden sugerir los libros-textos, la democracia no es apenas una opción de régimen entre otras igualmente disponibles, pero prioritariamente constituye una respuesta a los desafíos y aspiraciones históricas" (DALMAYR, 2001, 13). El Estado Constitucional fue conquistado en el combate contra la falta de Estado de Derecho. Este combate sigue con la democracia que debe ser cumplida diariamente, haciendo efectivos los derechos fundamentales (MÜLLER, 2009), pues ella, juntamente con la soberanía popular presupone la titularidad del poder del Estado, el cual, en último caso, reside en el pueblo (BERCOVICI, 2004). Así, la democracia no puede y ni debe ser encarada como una mera técnica jurídica o de representación (BERCOVICI, 2004).

Por otro lado, la Constitución no se limita a sus características exclusivamente jurídicas, pues ella también es política. Las cuestiones constitucionales son también políticas y recorren los caminos de la democracia (BERCOVICI, 2004). La democracia sólo se realiza se determinadas condiciones jurídicas estuvieren presentes y estas condiciones son justamente los principios y reglas establecidas por la Constitución. Al mismo tiempo, la Constitución sólo adquiere un sentido perenne si se sitúa en un ambiente radicalmente democrático.

Referencias Bibliográficas

- 1 - ALMEIDA PRADO, A.L. (1999) *Tucídides – A História da Guerra do Peloponeso. Livro II*. São Paulo, Martins Fontes, 1999.
- 2 - ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo, Martin Claret, 2002
- 3 - BERCOVICI, G. (2008) *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- 4 - BODIN, J. (1576) *The Six Books on The Commonwealth*. Oxford, 1955.
- 5 - BURDEAU, G. (1983) *Traité de sciences politiques, vol. IV*, Paris, 1983.
- 6 - CHUEIRI, V. K. (2005) *Before the Law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience)*. Michigan, UMI, 2005.
- 7 - DALMAYR, F. (2001) "Para além da democracia fugidia". Jessé Souza (Comp.) *Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília, UNB, 2001.
- 8 - DERRIDA, J. (1994) *Força de Lei: O Fundamento Místico da Autoridade*. São Paulo, Martins Fontes, 2007.
- 9 - FIORAVANTI, M (1999). *Constitución – de la antigüedad a nuestros días*. Madrid, Trotta, 2001.
- 10 - FIORAVANTI, M. (1995) *Los Derechos Fundamentales – apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Trota, 2003.
- 11 - GARGARELLA, R. (1996) *La Justicia Frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona, Ariel, 1996.
- 12 - HESSE, K. (1959) *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- 13 - LASSALE, F. (1923) *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1988.
- 14 - LEFORT, C. (1981) *A Invenção Democrática – Os Limites do Totalitarismo*. São Paulo, Brasiliense, 1981.
- 15 - LOCKE, J. (1689) *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*. Madrid, Aguilar, 1979.
- 16 - MÜLLER, F. (1997) *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.
- 17 - NEGRI, A. (1999) *O Poder Constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro, DP&A, 2002.
- 18 - NINO, C. S. (1996) *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 1999.
- 19 - ROUSSEAU, J. J. (1757) *Do Contrato Social*, São Paulo, Abril Cultural, 1983.
- 20 - SIEYÉS, E. J. (1789) *A Constituinte Burguesa - Que é o Terceiro Estado?* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.

CUERPO Y CAPITAL. ANATOMOPOLÍTICA DEL DERECHO PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por Ramiro Riera

RESUMEN

El presente trabajo se propone efectuar un estudio genealógico de las conexiones entre el capitalismo y los derechos humanos a partir de una de las instituciones jurídicas paradigmáticas del moderno derecho procesal: la acción de *habeas corpus*.

A tal efecto, ensayaremos establecer las posibles solidaridades entre esta emblemática figura del derecho procesal romano y la consolidación de la máquina capitalista civilizada a través de un recorrido histórico-filosófico de la evolución jurídica del *habeas corpus* en la jurisprudencia y la legislación hasta llegar a la más compleja figura del amparo judicial.

Para ello nos concentraremos en las regulaciones que dicho instituto procesal ha recibido en el ordenamiento jurídico argentino, asumiendo, por lo demás, que constituye un modelo en miniatura de los grandes rasgos del moderno derecho Occidental.

BODY AND CAPITAL. POLITICAL ANATOMY OF HUMAN RIGHTS PROCEDURAL LAW

By **Ramiro Riera**

ABSTRACT

This work aims at a genealogical study of connexions between capitalism and human rights taking into account one of the paradigmatic legal institutions of modern procedural law: the *habeas corpus* action.

In order to achieve that purpose, we will try to set the possible solidarities between this emblematic figure of roman procedural law and the consolidation of the civilized capitalistic machine throughout an historic-philosophic pathway of *habeas corpus* legal evolution in the jurisprudence and legislation, until arrive at the most complex figure of legal protection.

We will focus on the regulations that this procedural institute has obtained in the Argentinean Legal Order, assuming for the former that it constitute a minimal model of the central features of the Modern Western Law.

CUERPO Y CAPITAL

ANATOMOPOLÍTICA DEL DERECHO PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por Ramiro Riera*

1. Enfoque

1.1 En el resumen de los cursos dictados entre los años 1998 y 1999 a propósito de la *Epístola a los Romanos* de Pablo de Tarso, intitulado *El tiempo que resta*, Giorgio Agamben nos recuerda que el derecho puede ser considerado íntegramente como una forma de lenguaje performativo.¹

Sin embargo, más allá de los rasgos semi mágicos del discurso jurídico que Agamben extrae de la teoría lingüística de Austin y adjudica al derecho,² la norma – tal como el mismo filósofo italiano apuntará en una obra posterior – no puede sortear su realización efectiva prescindiendo de una instancia de articulación. En otras palabras, aquella transformación incorporal – tan propia del derecho – de la que nos habla también Deleuze, no puede operar por fuera del terrero del vastamente desarrollado campo del derecho procesal.¹

En efecto, el pasaje que permite la aplicación del derecho al hecho se halla enteramente constituido sobre los cimientos de la rama jurídica del derecho procesal. La realización de la norma jurídica exige, por lo tanto, de una mediación práctica – y no meramente lógica –, que asegure su aplicación al caso. Dicha mediación está dada por el proceso que es, desde luego, un conjunto de actos, es decir, una *praxis*.³

1.2 Así, en nuestro estudio genealógico de las conexiones entre capitalismo y derechos humanos, nos dedicaremos en este apartado, a estudiar una de las instituciones jurídicas paradigmáticas del moderno derecho procesal: la acción de *habeas corpus*.

A tal efecto, ensayaremos establecer las posibles solidaridades entre esta emblemática figura del derecho procesal romano y la consolidación de la máquina capitalista civilizada a través de un recorrido histórico-filosófico de la evolución jurídica del *habeas corpus* en la jurisprudencia y la legislación.

* Ramiro Riera estudia filosofía y se ha graduado en Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Actualmente es maestrando de la Maestría en Derechos Humanos dictada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y ha sido Diplomado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Asimismo es auxiliar docente de Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor adjunto de Derecho Constitucional I de la Universidad de Palermo. Integra como investigador tesista el equipo de investigación UBACyT S821 en el marco del Instituto de Investigaciones en Ciencias Sociales "Gino Germani" de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y profesionalmente se ha desempeñado en diversas reparticiones gubernamentales como asesor en materia de Derechos Humanos. Finalmente cuenta con distintas presentaciones, ponencias y publicaciones en jornadas y congresos de su especialidad.

¹ AGAMBEN, G. (2000), *El tiempo que resta. Comentario a la carta a los Romanos*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 129-130.

² AGAMBEN, G. (2008), *Homo Sacer II.3. El sacramento del lenguaje. Arqueología del juramento*, Editori Laterza, Bari, 2008.

³ AGAMBEN, G. (2001), *Homo Sacer II, 1. Estado de excepción*, Editora Nacional, Madrid, 2002, pp. 55-56.

Como reserva metodológica consignaremos, únicamente, que nos concentraremos en las regulaciones que el instituto procesal ha recibido en el ordenamiento jurídico argentino, asumiendo, por lo demás, que constituye un modelo en miniatura de los grandes rasgos del moderno derecho Occidental.

2. *Homine libero exhibendo*

2.1 Es sabido que los magistrados romanos, principalmente los pretores, con el fin de atenuar (o facilitar) la aplicación de la ley, emitían, en el ejercicio de sus funciones de administración de justicia, numerosos *interdicta* (Gayo, IV, 138 ss.). En verdad, este tipo de actos jurídicos, hacían operar la excepción en la cual vive la norma. Es decir, por medio de una operación de inclusión exclusión, el pretor incorporaba al derecho aquellos casos que, de ser tenida en cuenta únicamente la norma que expresa la ley, quedarían rezagados en los márgenes del ordenamiento jurídico.

Así, los interdictos se cristalizan procesalmente imitando a las *actio* [acciones],ⁱⁱ es decir, como el acto jurídico mediante en cual se pone en marcha un proceso judicial y concluye con una orden o decreto por parte del pretor.⁴

Los interdictos pretorianos constituyen, en este sentido, un caso privilegiado en el cual el derecho muestra toda su fuerza perlocutiva o, en términos jurídicos, su *imperium*.

2.2 Hacia el año 183 a.C.,ⁱⁱⁱ se sanciona en Roma la *lex Fabia de pagliariis*⁵ mediante la cual se establecieron penas pecuniarias para toda persona que dolosamente secuestrara, vendiera o comprara a un hombre libre.⁶

Resulta sencillo distinguir, entre los *interdicta exhibendo*, cuál es aquel que corresponde a la *lex Fabia*. En efecto, encontramos en el *Digesto*⁷ cuatro tipos de interdictos de exhibir referidos no a las cosas sino a las personas: a) el *interdictum de liberis exhibendis vel ducendis*, cuyo propósito era obtener la devolución por parte del *pater familias* de alguno de sus descendientes; b) el *interdictum de exore ducenda vel exhibenda*, idéntico al primero pero en este caso dirigido a la esposa del ciudadano romano; c) el *interdictum de libero exhibendo*, de la misma naturaleza en este caso respecto de los esclavos; y, finalmente, d) el *interdictum de liberto exhibendo*, el cual tenía por finalidad obtener la liberación de un hombre libre.

Apunta el jurista argentino Néstor Sagués que los textos del *Digesto* al respecto han sido criticados por oscuros e inexactos,⁸ lo cual podría afectar la existencia de la cuarta variante de los interdictos de exhibir referidos a las personas, por cuanto la correlación del citado *interdictum* con la *lex Fabia* sería inexacta. Sea como fuere, los *libertos* – esa categoría intermedia de hombres libres recientemente emancipados que no resultaban esclavos, pero tampoco ciertamente ciudadanos romanos –, podían ser objeto del interdicto en tanto hombres libres protegidos por la *lex Fabia*, al igual que los plebeyos y los patricios. No era la misma situación la de los esclavos que, en tanto que simples objetos y no sujetos de derecho, no constituían personas para el derecho romano sino simplemente cosas que podían ser vendidas y compradas y, por supuesto, también secuestradas y robadas.

⁴ DI PIETRO, A. (1999), *Derecho Romano Privado*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 68.

⁵ DIGESTO, 48, 15.

⁶ MOMMSEN, T. (1869), *Tratado de Derecho Penal Romano*, Analecta, Madrid, 1999.

⁷ DIGESTO, 43, 30.

⁸ SAGUES, N. (1981), *Derecho procesal constitucional IV. Habeas Corpus*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 9.

Sin embargo, más allá de estas sutilezas historiográficas del derecho pretoriano romano, lo cierto es que el derecho romano de la República contaba ya con una figura procesal que se centraba directamente en el cuerpo de la persona sobre la cual recaía el *dictum*. Eso era, precisamente, lo que debía poder ex–hiberse, des–ocultarse: el cuerpo. Significa, entonces, que la realización del derecho se materializa justamente sobre el cuerpo de aquellos sobre los que actuaba.

Cabe mencionar, asimismo, que el *interdictum de liberto exhibendo* resultaba en Roma una de las muchas figuras procesales existentes y no era, por cierto, más que un instituto de menor importancia para el esquema jurídico institucional del poder público romano. Una posible explicación a esto puede encontrarse si se la pone en contexto con la estructura social en la cual operaba, es decir, con la máquina despótica bárbara.

3. *Habeas corpus*

3.1 Tal como afirma Agamben,⁹ la trascendencia política de esta singular institución del derecho procesal romano se fue acrecentando con la consolidación del capitalismo hasta volverse sinónimo y emblema de las libertades públicas y la democracia moderna.

La influencia del Imperio en la isla de la Gran Bretaña no ha sido inerte y es así que la primera reconfiguración posromana del *interdictum* de la cual tenemos noticia se halla en el antecedente medieval de las constituciones modernas: la Carta de Juan Sin Tierra, otorgada en el año 1215 a los señores arzobispos, barones, gobernadores, oficiales y a todos los hombres libres de su Reino.

En forma paralela, el *writ* [poder] *de homini replegiando* y el *writ de habeas corpus* ofrecían la posibilidad de obtener órdenes (*remedials mandatorys*) para liberar aquellas personas detenidas por la comisión o la presunta comisión de un crimen, sin que ello afectase la prosecución del juicio que se le había iniciado en su contra.

Agamben señala, con acierto, que la notable transformación operada en el instituto entre el *habeas corpus ad subidicindum* del artículo 29 de la Carta Magna de 1215 y el *writ* del *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679 no atañe únicamente a la mutación de prerrogativa real para evitar juicios sin la presencia del acusado a garantía de la libertad ambulatoria, sino también – y lo que es aún más importante –, a la variación del sustento político del sujeto de derecho, es decir, el pasaje del hombre libre al cuerpo de manera crudamente explícita.

Resulta indudable que la transformación concretada luego de casi 450 años es una expresión más de los cambios políticos y económicos que se encuentran ligados al desarrollo de un orden social novedoso, que ira decantando, poco a poco, en la sociedad capitalista.

De la misma manera, parecería no ser fruto de la mera casualidad que la nueva definición del *habeas corpus* coincida cronológicamente con el *Bill of Rights* elaborado a partir de las bases filosóficas proporcionadas por la *Carta sobre la Tolerancia* de John Locke en 1689.

⁹ AGAMBEN, G. (1995), *Homo Sacer I. El poder soberano y la nuda vida*, Editora Nacional, Madrid, 2002, p. 144.

3.2 En su clase del 31 de enero de 1979, a propósito del curso *Nacimiento de la biopolítica*, Michel Foucault nos dice que las ideas desarrolladas por Locke corresponden más a una teoría de la gubernamentalidad que a una filosofía política.¹⁰

En efecto, a diferencia de una teoría del Estado que pretenda fundamentar la existencia de una autoridad política dando razones a favor de sus atributos y propósitos, como podrían ser los casos, por ejemplo, de las filosofías de Thomas Hobbes o de Georg W. F. Hegel, la preocupación central del *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil* se dirige hacia la correcta administración de los asuntos públicos, es decir, al correcto gobierno y conducción de la población.

Puede apreciarse fácilmente la intensión lockeana de fijar los límites de un arte de gobierno liberal apoyado sobre la base de una ingeniosa y empírica teoría de la propiedad.¹¹ La concepción de una especie de sociabilidad previa al pacto de sujeción aproxima la idea de que en Locke el mercado se constituye como la condición esencial a partir de la cual es posible pensar la política. La sustitución de un sujeto de derecho, negativo, limitado y constituido por la ley (*homo juridicus*) por un sujeto económico, positivo, ilimitado y configurado por el interés (*homo oeconomicus*),¹² instala en el centro de la teoría política el problema del gobierno, desplazando al del origen de la ley. De allí que sea posible explicar el pasaje de una teoría del poder público como soberanía bajo el lema del hacer morir o dejar vivir, a una teoría del poder público como biopoder, entendido como el poder de hacer vivir o dejar morir,¹³ que tendrá su máximo corolario en la negación categórica de la tesis contractualista principal de un contrato instituyente del Estado por parte de David Hume en su ensayo *Sobre el contrato original*, de 1752.

El biopoder, o poder sobre la vida, ejerce toda su potencia sobre los cuerpos. Moldea cuerpos, disciplina comportamientos corporales, regula conductas poblacionales, es, en síntesis, una anatomopolítica.

La anatomopolítica del cuerpo humano, desarrollada fundamentalmente a partir del siglo XVIII, complementada por una biopolítica de la población son, según Foucault, los dispositivos en función de los cuales se consolidó el capitalismo. El cuerpo, en tanto soporte material de los procesos biológicos, fue el objeto de transformación y captura privilegiado^{iv} de una nueva forma de organización sociocultural en Occidente: la máquina capitalista civilizada.¹⁴

3.3 Queda en evidencia la conexión que existe entre el cuerpo y el triunfo de la máquina capitalista civilizada. La gubernamentalidad liberal, que requiere el control y modelación de los cuerpos como una de las caras del biopoder, se diferencia de la razón de Estado mercantilista en que, mientras el segundo persigue el fortalecimiento y enriquecimiento del Estado, el primero se plantea una administración de la vida dentro de determinados límites. En ese sentido, el mercado se constituirá como el lugar de veridicción reemplazando al derecho. Así, el cuerpo tendrá un rol trascendente en el establecimiento del capitalismo que comienza a perfilarse a mediados del siglo XIX, ya sea para encerrarlo, separarlo y disciplinarlo, ya sea para dejarlo hacer, circular y comerciar.

¹⁰ FOUCAULT, M. (2004), *Nacimiento de la biopolítica*, FCE, Buenos Aires, 2007, p. 117.

¹¹ LOCKE, J. (1690), *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, capítulo V, pp. 61-75.

¹² FOUCAULT, M., op. Cit., pp. 309-326.

¹³ FOUCAULT, M. (1976), *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, p. 169.

¹⁴ DELEUZE, Gilles-GUATTARI, Félix (1980), *Mil mesetas*, Pre-Textos, Valencia, 2000, p. 214.

Es sobre este último aspecto que se explica la importancia que progresivamente va a ir adquiriendo el *habeas corpus* en los ordenamientos jurídicos occidentales.

Por un lado la inserción controlada de los cuerpos en los aparatos de producción por acción de las tecnologías de poder de los dispositivos disciplinarios (el cuartel, la escuela, la cárcel, la fábrica, el hospital). Por otro lado, la limitación de cualquier forma de intromisión improductiva en la circulación de los factores de producción (fundamentalmente el capital y el trabajo). De este modo, el cuerpo es objeto de una doble operación: su disciplinamiento (para el trabajo) y su liberación (para el capital).

3.4 El *habeas corpus*, como su origen lo indica, fue la figura jurídica del derecho procesal que mejor expresaba esta intencionalidad liberadora del capital sostenida por la gubernamentalidad liberal. En efecto, era necesario que los cuerpos circulen en el mercado para que, con ellos, circule también el capital. El *habeas corpus* se constituirá, entonces, como un baluarte de las democracias capitalistas hasta alcanzar, en 1787, una expresa regulación en lo más alto de un ordenamiento jurídico occidental: la Constitución de los Estados Unidos. De hecho, no sólo el rango de la norma legal que lo expresa (el artículo 1º, novena sección de la Constitución), sino también la posibilidad de suspenderlo únicamente en el marco de un estado de excepción, dan cuenta de la importancia adquirida por el instituto procesal en el esquema general de la estructura jurídica exigida por el capitalismo.

4. Del *habeas corpus* al amparo

4.1 Desde el comienzo del proceso de internacionalización del derecho de los derechos humanos, el *habeas corpus* – circunstancia que se explica a partir de la sólida conexión entre derechos naturales, liberalismo y democracias contemporáneas – se ha constituido como la garantía (el reaseguro) fundamental del sistema de derechos.

En efecto, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 8 y el artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966, como el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos de 1969, consagran el *habeas corpus* expresamente como un derecho humano. Esta circunstancia, pone de relieve, -vía el derecho internacional de los derechos humanos- algo así como una globalización del *habeas corpus* a lo largo de todo el planeta.

Sin embargo, no debe perderse de vista, que el *habeas corpus* se encuentra dirigido a la protección de la libertad ambulatoria, es decir, a la libertad personal y la seguridad personal, un derecho que había sido ya identificado por Marx como un valor enteramente burgués o, en otras palabras, de la sociedad capitalista.¹⁵

De esta forma, así como el capitalismo, fiel a su lógica de funcionamiento, continuó operando transformaciones sobre sí mismo y sobre todo el orden sociocultural, el *habeas corpus* fue sufriendo reconfiguraciones sucesivas que fueron ajustando su existencia a las condiciones de producción, circulación y consumo que la máquina civilizada fue imponiendo.

¹⁵ MARX, K. (1843), *A propósito de la cuestión judía*, Del signo, Buenos Aires, 2007.

4.2 En el *Anti-Edipo*, Deleuze nos dice que el capitalismo es la organización de la máquina social que ha conseguido una desterritorialización generalizada de todos los flujos.¹⁶ En ese orden de ideas, el *habeas corpus* será objeto de una paulatina redefinición de sus contornos hasta dar lugar a una figura derivada de él, aunque de una abstracción y desterritorialización bien manifiestas que recuerdan, en mucho, el funcionamiento mismo del capital.

El amparo, es decir, la protección inmediata de cualquier derecho humano o constitucional, toma del *habeas corpus* todas sus notas características procedimentales salvo aquella que es principal y distintiva: el cuerpo.

§ *Reseña sobre la historia del amparo judicial en el derecho argentino.* La primera regulación concreta de una acción extraordinaria, rápida y expedita del ordenamiento jurídico argentino es, desde luego, el *habeas corpus*.

El Decreto de Seguridad Individual, promulgado por la Junta Provisional de Gobierno el 23 de noviembre de 1811, regulaba la acción en su artículo 2.

Habiendo las Convenciones Constituyentes de 1852 y 1860 omitido toda mención expresa del instituto (reservando sólo una interpretación indirecta en el artículo 18 de la Constitución Nacional), es la Ley N° 48, del 25 de agosto de 1863, referida a jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, la que, en su artículo 20 introducía el *habeas corpus* en el derecho argentino.

En el año 1889, con la sanción del Código de Procedimientos en Materia Penal, por medio del Título IV, Sección II del Libro IV de la Ley N° 2.372, se le confirió una regulación precisa al procedimiento de *habeas corpus*.

Sin embargo, casi 70 años después, el *habeas corpus* será objeto de una interpretación novedosa y transformadora por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al dictar sentencia en el caso "Siri" del 27 de diciembre de 1957, dando lugar al nacimiento del amparo.¹⁷ Transformación que luego sería confirmada y ampliada por el mismo tribunal en oportunidad de fallar, menos de un año después, en el caso "Kot", el 5 de septiembre de 1958.¹⁸

Como consecuencia de esta novedosa doctrina, el amparo deja de tener un estatus jurídico de fuente jurisdiccional para pasar a tener una regulación legal específica con la sanción, el 18 de octubre de 1966, de la Ley N° 16989 de Acción de Amparo.

En el año 1984, por medio de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁹ que en su artículo 25 establece el instituto, el amparo recibe un nuevo refuerzo.

Finalmente, con la reforma constitucional de 1994, el amparo ingresa – junto con el *habeas corpus* – al catálogo de garantías constitucionales consagradas por el artículo 43.

De este modo, el amparo se presenta como una evolución ulterior de las razones internas que hicieron del *habeas corpus* un instituto procesal privilegiado durante la consolidación del capitalismo.

¹⁶ DELEUZE, G.-GUATTARI, F. (1972), *El Anti-Edipo*, Paidós, Barcelona, 1995, pp. 229-247.

¹⁷ CSJN, Fallos 239:459, Caso "Siri, Angel s/ interpone recurso de habeas corpus", 27/XII/57, considerandos 9 y 10.

¹⁸ CSJN, Fallos 241:291, Caso "Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de habeas corpus", 5/IX/58, considerandos 1, 2 y 3.

¹⁹ Aprobada por Ley N° 23.054 del 1° de marzo de 1984 y ratificada el 5 de septiembre de 1984.

Esta genealogía permite comprender, entonces, por qué motivo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha podido afirmar – suplantando las razones cronológicas por razones de orden lógico – que el amparo y el *habeas corpus*, las garantías fundamentales que posee el derecho procesal de los derechos humanos, mantienen entre sí una relación de género y especie. Así, para el tribunal interamericano, la especie ha dado lugar al género, por cuanto, el *habeas corpus* se ubica como un caso de una categoría más amplia que es el amparo.²⁰

En consecuencia, el proceso de descodificación infinita que encarna el capitalismo como máquina social tiene, en el instituto procesal del *habeas corpus*, un caso de expresión notable. Arrancada de sus finalidades originarias al momento de su creación durante la República Romana, es decir, durante la máquina despótica bárbara, la figura del *habeas corpus* será reelaborada en el marco del desarrollo de las sociedades disciplinarias a partir de los mecanismos de control del cuerpo y administración de la vida, para finalmente dar paso a una nueva figura de similares características en cuanto al rito procesal, pero ya sin anclaje material alguno, como una expresión más de la desterritorialización de la máquina capitalista civilizada: el amparo judicial.

BIBLIOGRAFIA

- AGAMBEN, G. (2000), *El tiempo que resta. Comentario a la carta a los Romanos*, Trotta, Madrid, 2006.
 ----- (1995), *Homo Sacer I. El poder soberano y la nuda vida*, Editora Nacional, Madrid, 2002.
 ----- (2001), *Homo Sacer II, 1. Estado de excepción*, Editora Nacional, Madrid, 2002.
 ----- (2008), *Homo Sacer II, 3. El sacramento del lenguaje. Arqueología del juramento*, Editori Laterza, Bari, 2008.
 DELEUZE, G.-GUATTARI, F. (1972), *El Anti-Edipo*, Paidós, Barcelona, 1995.
 DELEUZE, G.-GUATTARI, F. (1980), *Mil mesetas*, Pre-Textos, Valencia, 2000.
 DI PIETRO, A. (1999), *Derecho Romano Privado*, Depalma, Buenos Aires, 1999.
 FOUCAULT, M. (2004), *Nacimiento de la biopolítica*, FCE, Buenos Aires, 2007.
 FOUCAULT, M. (1976), *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.
 MARX, K. (1843), *A propósito de la cuestión judía*, Del signo, Buenos Aires, 2007.
 MOMMSEN, T. (1869), *Tratado de Derecho Penal Romano*, Analecta, Madrid, 1999.
 LOCKE, J. (1690), *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.
 SAGUES, N. (1981), *Derecho procesal constitucional IV. Habeas Corpus*, Astrea, Buenos Aires, 2004.

ⁱ Esta línea de investigación es la que el filósofo italiano ha desarrollado específicamente en la última entrega de la saga *homo sacer*, es decir, la articulación entre la magia y la religión a través del derecho como caso privilegiado del discurso preformativo.

ⁱⁱ Es posible apreciar aquí la función inclusivo exclusiva de los interdictos por cuanto las acciones sólo eran concedidas por ley del Senado Romano, mientras que los interdictos resultaban *dictums* de los magistrados romanos.

ⁱⁱⁱ En verdad, la fecha de la sanción de la *lex Fabia* es imprecisa. La mayoría de los romanistas la sitúan entre los años 209 a 183 a.C., aunque para el romanista alemán Theodor Mommsen, pertenece a los inicios del s. I a.C.

^{iv} Deleuze apunta tres formas de segmentación corporal operadas por el capitalismo: (i) la segmentación vertical, (ii) la segmentación circular y (iii) la segmentación lineal.

²⁰ Corte IDH, OC-8/87, "El habeas corpus bajo suspensión de garantías", 30 de enero de 1987, Serie A N° 9, considerando 34.

LA INCLUSIÓN DEL ESTADO DE SITIO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN DE 1853 Y SU POSTERIOR APLICACIÓN EN EL TIEMPO

Por Griselda Andrea Iglesias

RESUMEN

Mi exposición está destinada a ahondar sobre la naturaleza del instituto "estado de sitio", su consagración constitucional, los motivos de su inclusión en la Constitución de 1853, los límites constitucionales de su ejercicio, y finalmente su uso en nuestra historia.

Así entonces desarrollé las ideas que primaron en las personalidades que colaboraron en la formulación de nuestra carta fundamental, desarrollo que encuentra sentido en mi análisis en el que intente dilucidar las intenciones de los constituyentes al incorporar el Art. 23 a la constitución y que me permitió afirmar que la aplicación del instituto de emergencia irrumpió nuestro Estado democrático constitucional.

Abordé la exegesis del instituto de emergencia y por último efectué un recorrido histórico de la aplicación del estado de sitio en la Argentina.

PALABRAS CLAVES

Estado de sitio. Emergencia. Autoritarismo. Estado de derecho.

INCLUSION OF THE STATE OF SIEGE IN OUR CONSTITUTION OF 1853 AND SUBSEQUENT APPLICATION

ABSTRACT

My composition tries to deepen the understanding of the meaning connected to the state of emergency – state of siege- in Argentina, its constitution, why it has been included in the Constitution of 1853, how it has been used within the constitutional limits, and finally its usage in our constitutional history.

Thus, I developed the main important ideas of the personalities that collaborated in the formulation of our Constitution, a development which makes sense in my analysis that attempt to clarify the intentions of the constituents by incorporating Article 23 of the Constitution, and that allowed me to declare that the implementation of emergency institute burst our constitutional democratic state.

I approached the exegesis of the emergency institute and, finally I made a historical tour through the application of the state of siege in Argentina.

KEYWORDS

State of emergency. Emergency. Authoritarianism. A state based on the rule of law.

LA INCLUSIÓN DEL ESTADO DE SITIO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN DE 1853 Y SU POSTERIOR APLICACIÓN EN EL TIEMPO

Por Griselda Andrea Iglesias

I.- Introducción

La reiterada aplicación del instituto de emergencia del estado de sitio en la historia argentina indica inicialmente que este fue utilizado de manera profusa, con un grado de habitualidad y su prolongación en el tiempo que rechaza el carácter extraordinario del mismo de acuerdo con su consagración constitucional.

Ello produjo una lesión gravísima al sistema republicano, al estado de derecho y a la democracia argentina, pues éste ejercicio, que considero y los hechos lo demuestran, autoritario del poder conllevó severas y profundas violaciones a los derechos personales.

Entiendo que el texto constitucional a lo que aquí respecta contiene un lenguaje impreciso respecto del cual el análisis efectuado me permite afirmar que originó un intenso debate interpretativo en la doctrina y la jurisprudencia, además de una práctica abusiva por parte del Poder Ejecutivo, destinada principalmente a la persecución de los opositores políticos.

Ante este escenario histórico es que intenté ahondar sobre la naturaleza de este instituto, su consagración constitucional, los motivos de su inclusión en la Constitución de 1853, los límites constitucionales de su ejercicio, y finalmente su uso en nuestra historia.

II. Estado de sitio

a.- El estado de excepción en el derecho romano.

Giorgio Agamben considera al "*Iustitium*" como el instituto del derecho romano arquetipo del estado de excepción moderno.

En este sentido el autor relata que cuando llegaba la noticia de una situación que ponía en peligro a la República, el senado emitía un *senatus consultum ultimum*, con el cual se les pedía a los cónsules (o a aquellos que hacían las veces de ellos en Roma, interrex o procónsules) y en algunos casos inclusive el pretor y a los tribunos de la plebe y, en el límite, a cada ciudadano, que tomaran cualquier medida que se considerase necesaria para la salvación del Estado. Este senadoconsulto tenía en su base un decreto que declaraba el *tumultus* (la situación de emergencia que en Roma advenía luego de una guerra externa, una insurrección o una guerra civil) y daba lugar usualmente a la proclamación de un *iustitium*.

El término iustitium significa literalmente "interrupción, suspensión del derecho". El implicaba una suspensión no simplemente de la administración de justicia, sino del derecho como tal.

"Ante todo, el *iustitium*, en cuanto implica una interrupción y una suspensión de todo el orden jurídico, no puede ser interpretado a través del paradigma de la dictadura. En la constitución romana, el dictador era una figura

específica de magistrado elegido por los cónsules, cuyo *imperium*, extremadamente amplio, le era conferido a través de una *lex curiata* que definía los objetivos. En el *iustitium*, por el contrario (incluso cuando quien lo declara es un dictador en funciones), no se da la creación de una nueva magistratura; el ilimitado poder del que gozan de hecho *iusticio indicto* los magistrados existentes resulta no ya de que se les haya conferido un *imperium* dictatorial, sino de la suspensión de las leyes que vinculaban su accionar. Tanto Mommsen como Plaumann (1913) son perfectamente conscientes de esto y, por lo tanto, hablan no de dictadura sino de "cuasi dictadura"; el "cuasi", sin embargo, no sólo no elimina de ninguna manera el equívoco, sino que más bien contribuye a orientar la interpretación del instituto de acuerdo a un paradigma abiertamente erróneo" (AGAMBEN, 2003, 94 y 95).

"Esto vale exactamente en la misma medida para el estado de excepción moderno. El haber confundido estado de excepción y dictadura es el límite que ha impedido tanto a Schmitt en el año 1921 como a Rossiter y a Friedrich después de la segunda Guerra Mundial resolver las aporías del estado de excepción. En todos estos casos el error era interesado, ya que ciertamente era mucho más fácil justificar jurídicamente el estado de excepción inscribiéndolo en la tradición prestigiosa de la dictadura romana que restituyéndola a su auténtico, pero más oscuro, paradigma genealógico en el derecho romano: el *iustitium*. Desde esta perspectiva, el estado de excepción no se define, según el modelo dictatorial, como una plenitud de poderes, un estado pleromático del derecho, sino como un estado kenomático, un vacío y una interrupción del derecho" (AGAMBEN, 2003, 95).

Agamben distingue en su trabajo "Estado de excepción" de las dictaduras de los estados totalitarios nacidos de la crisis de las democracias después de la Primera Guerra Mundial. Y manifiesta "tanto Hitler como Mussolini, tanto Franco como Stalin son presentados indistintamente como dictadores. Pero ni Mussolini ni Hitler pueden ser definidos técnicamente como dictadores. Mussolini era el jefe del gobierno, investido legalmente con tal cargo por el rey, así como Hitler era el canciller del Reich, nombrado por el legítimo presidente del Reich. Aquello que caracteriza tanto el régimen fascista como el régimen nazi, como bien se sabe, es que ambos permitieron que subsistieran las constituciones vigentes (respectivamente el Estatuto Albertino y la Constitución de Weimar)- según un paradigma que ha sido agudamente definido como de "Estado dual" – poniendo junto a la Constitución legal una segunda estructura, a menudo jurídicamente no formalizada, que podía existir al lado de la otra sólo gracias al estado de excepción. El término "dictadura" es del todo inadecuado para dar cuenta de tales regímenes desde el punto de vista jurídico, así como por otro lado la oposición seca democracia/dictadura es equivocada para un análisis de los paradigmas gubernamentales hoy dominantes.

b.- Exégesis del instituto de emergencia

El estado de sitio tiene su origen en Francia durante la Revolución. Se institucionalizó con el decreto de la Asamblea Constituyente del 8 de julio de 1791, adquirió su fisonomía propia con la ley del directorio del 27 de agosto de 1797 y con el decreto napoleónico del 24 de diciembre de 1811. La idea de una suspensión de la constitución fue introducida por la Constitución del 22 de febrero del año VIII. El Art. 14 de la Charte de 1814 atribuía al soberano el poder de hacer los reglamentos y las ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes y la seguridad del estado. El estado de sitio fue expresamente mencionado en el *Acte Additionnel* a la Constitución del 22 de abril de 1815, que reservaba la declaración a una ley. Desde entonces, la legislación sobre el estado de sitio señala en Francia los momentos de crisis constitucional en el curso de los siglos XIX y XX.

“Después de la Monarquía de Julio, el 24 de junio de 1848 un decreto de la Asamblea constituyente ponía a París en estado de sitio y encargaba al general Cavaignai la tarea de restaurar el orden en la ciudad. En la nueva constitución del 4 de noviembre de 1848, fue en tanto incluido un artículo que establecía que una ley debería fijar las ocasiones, las formas y los efectos del estado de sitio. A partir de este momento, el principio dominante (como veremos, no sin excepciones) en la tradición francesa es que el poder de suspender las leyes puede pertenecer sólo al propio poder que las produce, es decir, al parlamento (esto, a diferencia de la tradición alemana, que delega y confía ese poder en el jefe de estado). La ley del 9 de agosto de 1849 (parcialmente modificada en sentido más restrictivo por la ley del 4 de abril de 1878) establecía consecuentemente que el estado de sitio político podía ser declarado por el parlamento (o, en su reemplazo, por el jefe de Estado) en caso de peligro inminente para la seguridad interna o externa. Napoleón III recurrió muchas veces a esta ley, una vez establecido en el poder, en la Constitución de enero de 1852, adjudicó al jefe de estado el poder exclusivo de decretar el estado de sitio. La guerra franco-prusiana y la insurrección de la Comuna coincidieron con una generalización sin precedentes del estado de excepción, que fue proclamado en cuarenta departamentos y se prolongó en algunos hasta 1876. Sobre la base de estas experiencias y después del fallido golpe de estado por parte de Macmahon en mayo de 1877, la ley de 1849 fue modificada, estableciendo que el estado de sitio podía ser declarado sólo con una ley (o, en el caso en el cual la cámara de Diputados no estuviese reunida, del jefe de Estrado, con la obligación de convocar a la Cámara dentro de los siguientes dos días). En la eventualidad de “peligro inminente de una guerra externa o una insurrección armada” (ley del 4 de abril de 1878, art. I)” (AGAMBEN, 2003, 40 y 41).

La Primera Guerra Mundial coincidió en la mayoría de los países beligerantes con un estado de excepción permanente.

Las prácticas llevadas a cabo durante los estados de excepción permiten afirmar que el principio democrático de la división de los poderes hoy se ha devaluado, y que el poder ejecutivo ha absorbido, al menos en parte, al poder legislativo.

“Y es significativo que una transformación similar del orden constitucional que hoy se da en medida diversa en todas las democracias occidentales, si bien es percibida perfectamente por juristas y políticos, permanezca totalmente inobservada por parte de los ciudadanos. Precisamente en el momento en que pretende dar lecciones de democracia a culturas y tradiciones diferentes, la cultura política de occidente no se da cuenta de que ha perdido por completo en canon” (AGAMBEN, 2003, 51).

c.- Inclusión del estado de sitio en nuestra constitución

Adolfo Gabino Ziulu, ubica al **decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811** como el más antiguo precedente nacional, cuyo artículo 9 preveía: “Solo en el remoto y extraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública o la seguridad de la patria, podrá el gobierno suspender este decreto, mientras dura la necesidad, dando cuenta inmediatamente a la Asamblea General con justificación de los motivos, y quedando responsable en todo tiempo de esta medida”.

Juan Bautista Alberdi, en su Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina, había previsto la adopción del estado de sitio, pero con efectos más amplios (art. 28). Este estado de excepción suspendía no sólo las garantías individuales, sino la propia vigencia de la Constitución.

Es en el art. 28 de su proyecto en el que este autor hace expresa mención del estado de sitio. Expresa la norma "Declarado en estado de sitio un lugar de la Confederación queda suspendido el imperio de la Constitución dentro de su recinto. La autoridad en tales casos ni juzga, ni condena, ni aplica castigos por sí misma, y la suspensión de la seguridad personal no le da más poder que el de arrestar o trasladar las personas a otro punto dentro de la Confederación, cuando ellas no prefieran salir fuera". Continúan, el art. 70 que menciona entre las atribuciones del Congreso: "5) declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la confederación en caso de conmoción interior" y el art. 85 al establecer como facultad del presidente de la confederación, en asuntos de guerra, la de "declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Confederación en caso de ataque exterior, por un término limitado y con acuerdo del Senado de las provincias. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El presidente la ejerce con las limitaciones previstas por el Art. 28 de la Constitución".

"Este último artículo contiene una nota en la cual Alberdi explica que "esta disposición está tomada del art. 161 de la Constitución de Chile, y es una de las que forman su fisonomía distintiva y su sello especial a la que debe este país su larga tranquilidad. Es un ejemplo de imitación recomendado por la experiencia" Explica el autor del Proyecto, en otro pasaje de la misma nota: Esta disposición también se consagra por el art. 173 de la Constitución unitaria argentina y la trae el art. 2, secc. 9, de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América" (ZIULU, 2000, 16 y 17).

"No caben mayores dudas acerca del artículo propuesto por Alberdi, que guarda precisa relación con su pensamiento. Expresa en el capítulo XXV de sus Bases ...: En cuanto a la energía y rigor, el Poder Ejecutivo debe tener todas las facultades que hacen necesarias los antecedentes y condiciones del país y la grandeza del fin para que es instituido. De otro modo, habrá gobierno en el nombre, pero no en la realidad; y, no existiendo gobierno, no podrá existir constitución, es decir, no podrá haber ni orden, ni libertad, ni confederación Argentina(...)" (ZIULU, 2000, 17).

Respecto a estas ideas Ziulu concluye que Juan Bautista Alberdi creía indispensable dotar al Poder Ejecutivo de las máximas atribuciones, especialmente para superar las emergencias institucionales, llamando la atención sobre los peligros del desorden y la anarquía, idea que está impregnada de las realidades por este vividas.

No caben dudas de que el Art. 28 del proyecto está inspirada en el art. 161 de la Constitución chilena de 1833, no obstante, existen tres modificaciones de relevancia propuestas por Alberdi. Este suprime la expresión según la cual, mediando estado de sitio, el presidente de la república podrá hacer uso de "facultades extraordinarias especiales concedidas por el Congreso" (Art. 161, Constitución de Chile). Igualmente elimina la última parte del art. 82, inc. 20, de la Constitución chilena, según la cual, si el presidente – no hallándose reunido el Congreso- ha declarado el estado de sitio con acuerdo del consejo de Estado, mediando conmoción interior, se entiende que "si a la reunión del Congreso no hubiere expirado el término señalado, la declaración que ha hecho el presidente de la República se tendrá por una proposición de ley".

“La tercera innovación de importancia en relación con el modelo chileno es el agregado originario de Alberdi referido a la preferencia para salir del país, de la cual podrían hacer uso las personas arrestadas o trasladadas por el Poder Ejecutivo como consecuencia de la declaración del estado de sitio” (ZIULU, 2000,18). Previsión de indiscutible acierto que fue acogida por la Constitución de 1853.

Como he mencionado en la nota del Art. 28 Alberdi manifiesta que esta disposición también se consagra por el Art. 173 de la Constitución unitaria de 1826 y la trae el Art. 2, secc. 9, de la Constitución de los Estados Unidos.

“La posición sustentada por Alberdi ha sido objeto de numerosas críticas. González Calderón, luego de reconocer que las normas propuestas por Alberdi se habían inspirado en el art. 161 de la Constitución chilena de 1833, observaba que ya en 1849, cuando Alberdi residía en Chile, se expresó en pleno Parlamento que aquella – con su art. 161- legalizaba la dictadura, el despotismo y la suma del poder público. Además, recuerda que la Constitución de Chile de 1833 fue objeto de una trascendental reforma, precisamente en este punto, en 1874, que era imperiosamente reclamada por la opinión pública y los hombres más eminentes en la ciencia constitucional y en la política del país hermano. También Sarmiento atacó con inusitada dureza la posición de Alberdi sobre el tema” (ZIULU, 2000,19).

Respecto a este análisis, Adolfo Gabino Ziulu concluye que el diseño de la institución del estado de sitio halla su razón más relevante en la concepción que el ilustre pensador tucumano tenía respecto de la necesidad imperiosa, en ese tiempo histórico, de asegurar el orden y la seguridad y que se encontraba muy bien impresionado por la Constitución de Chile de 1833, que ha hecho ver entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno regular posible; y ése es el de un presidente constitucional que puede asumir las facultades de un rey, en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano. Además en Bases... Alberdi recuerda con proverbial respeto el comentario de Juan Egaña relativo a la flexibilidad de esa Constitución que, expresaba el pensador chileno, “es tan adaptable a una monarquía mixta como a una república”.

La Constitución de 1853 incluyó el estado de sitio en su art. 23, regulando en los arts. 49, 64, inc. 26, y 83, incs. 19 y 20, las facultades del Congreso y del Poder ejecutivo en esta materia.

Esta norma fundamental estableció en su art. 23: “En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la república condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Confederación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino”.

“Esta cláusula no sufrió variantes en las sucesivas reformas constitucionales, salvo el cambio del término “Confederación” por “Nación”, dispuesto por la Convención de 1860, y se mantiene en el texto vigente con la misma numeración” (ZIULU, 2000,21).

d - En el estado de sitio como instituto en la Argentina

Este instituto y la intervención federal, constituyen las respuestas regladas por la Constitución Nacional, ante emergencias de carácter político. Después de la reforma de 1994 se admitió la delegación legislativa (Art. 76 CN) y los decretos de necesidad y urgencia (Art. 99 inc. 3 id.).

De la lectura de este instituto se advierte que implica un quiebre en la normalidad institucional otorgando facultades excepcionales al Poder Ejecutivo referidas a la libertad de las personas, situación que pone en tensión al estado de derecho y establece una atenuación del principio de la división de poderes. Cuestiona las bases del sistema político demoliberal fundado en el paradigma de la separación, independencia y control de los poderes y en la declaración de derechos reconocidos y anteriores a la existencia del Estado.

María Angélica Gelli, expone en cuanto a la finalidad de este instituto en nuestra carta fundamental: "Sin embargo y como ya lo señalara la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde muy antiguo, el estado de sitio y los valores constitucionales no son antagónicos, pues aquél ha sido creado para defender la Constitución y las autoridades creadas por ella y no presupone la anulación de la Ley Suprema. En realidad el estado de sitio tiene por función preservar el sistema constitucional, las libertades públicas y la sociedad nacional en torno al orden de la libertad, la seguridad, la justicia y los derechos humanos, sin que la garantía de unos pueda enervar la de los otros. (...) Sin embargo, con suficiente control de legalidad sobre su declaración y adecuado control de razonabilidad de las medidas dispuestas en su consecuencia, constituye un remedio excepcional pero conveniente de defensa de la Constitución".

Dos disposiciones constitucionales introducidas por la reforma de 1994 implicaron nuevos límites legales a este instituto una de ellas es el art. 43 CN que constitucionalizó el control judicial de la detención de personas durante el estado de sitio, exigiendo la resolución inmediata del eventual hábeas corpus presentado y la restante deriva de la jerarquía constitucional otorgada por el art. 75, inc. 22 a varios tratados sobre derechos humanos. Específicamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone la no suspensión de derechos considerados esenciales: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; del derecho a la vida; del derecho a la integridad personal; de la prohibición de la esclavitud y servidumbre; del principio de legalidad y de la retroactividad; de la libertad de conciencia y religión; de la protección de la familia; del derecho al nombre; de los derechos del niño; de los derechos a la nacionalidad; de los derechos políticos; ni del las garantías judiciales indispensables para proteger a tales derechos (Art. 27, inc.2). De esta forma esta norma, proporciona una regla de interpretación del Art. 23 acerca de cuáles son las garantías que pueden suspenderse o no durante el estado de sitio.

"Sin duda, en la permanencia y alcance del estado de sitio está comprometida una concepción del poder y de la libertad" (GELLI, 2001, 227).

Gabriel L. Negretto, explica este modelo como aquel que permite al Poder Ejecutivo por su capacidad de acción unitaria y eficaz, actuar durante una emergencia. Sin embargo lo esencial es que no se le otorgue un igual reconocimiento a la posibilidad de actuar en forma autónoma y asilada. El Poder Legislativo debe cumplir su función propia al determinar por ley en qué circunstancias puede la emergencia ser declarada, así como los límites de tiempo y la extensión de las medidas a adoptarse. El poder judicial, por otra parte, sería la única rama del gobierno

que puede establecer los límites constitucionales que deben observar las medidas de emergencia a fin de proteger los derechos individuales, no sólo contra los posibles abusos del ejecutivo, sino también del Legislativo.

Fundamenta este autor la existencia de institutos de emergencia, en la circunstancia de que en ciertas situaciones de crisis, podría ocurrir que un gobierno legítimo se viera forzado a actuar más allá del sistema normativo vigente para superar la emergencia. Pues la resolución de una emergencia requiere de la autoridad del Estado no sólo un formal apego al sistema normativo sino también una cierta dosis de eficacia en la adopción y ejecución de decisiones políticas dirigidas a superar la crisis. Así un excesivo compromiso con la legalidad, cuando el orden normativo vigente resulte inadecuado para resolver la situación, podría llevar un gobierno a una lenta reacción o a una falta de respuesta haciendo la crisis insoluble y el colapso constitucional inevitable.

Continúa exponiendo que lo esencial de esta normativa de emergencia no debiera consistir, como ocurre en diversos sistemas constitucionales, - en el que incluyo el nuestro- en la previsión más o menos genérica de las situaciones de excepción, sino en fijar los límites a que deben ser sujetos los poderes que deciden sobre la existencia de la excepción y las medidas necesarias para resolver la crisis.

Concluye, presentando tres reglas mínimas que a su entender deberían ser respetadas para que, luego de la emergencia, un gobierno democrático y constitucional pueda ser preservado. A saber:

Primera: cuando recurrir a la fuerza sea necesario, las autoridades políticas deben permanecer como responsables principales de su uso - en este aspecto, un principio de crucial observancia durante las emergencias es la subordinación de las fuerzas militares al gobierno civil.

Segundo: mantener un mínimo equilibrio y división de poderes.

Tercero: considera que debe garantizarse algún grado de revisión judicial de las medidas adoptadas durante la emergencia.

Negretto en su trabajo *"El problema de la emergencia en el sistema constitucional"* se formula y responde los siguientes interrogantes - que me acompaña en este trabajo-:

¿Cuándo es cierto que la misma existencia del Estado se halla amenazada? La idea sólo puede tener sentido en el extremo caso de una guerra civil o internacional, o bien (en forma menos precisa) en la hipótesis de un golpe de estado o una revolución. Respecto a la relación entre emergencia y quiebra institucional manifiesta: para toda circunstancia que no alcance a constituir un real peligro de colapso institucional, el uso de mecanismos de emergencia debe, o bien evitarse, o bien restringirse al mínimo. En otras palabras, debe eliminarse el recurso a la fuerza, intensificar la colaboración entre las ramas políticas del gobierno, y lograr un control judicial efectivo, aun sobre ciertas cuestiones consideradas (a veces en forma amplia) "políticas", como el juzgar, por ejemplo, si las medidas de emergencia fueron o no necesarias en el caso concreto. En último análisis, el funcionamiento regular del orden constitucional en un régimen democrático estable aspira a hacer cada vez más marginal, y finalmente eliminar, el impacto de las emergencias en el sistema. En períodos de relativa normalidad, cuando los mecanismos de emergencia se utilizan para resolver crisis que no ponen en peligro la existencia del orden constitucional, un excesivo énfasis en la eficacia a costa de la legalidad puede convertir al gobierno de crisis en la regla y no la excepción. El problema es que una democracia constitucional sólo puede garantizar, en forma permanente, un gobierno de poderes limitados.

¿De qué manera influye la existencia de un efectivo control judicial de constitucionalidad para preservar el estado de derecho durante una emergencia? La respuesta a esta pregunta está orientada, por supuesto, no a saber de qué modo el Poder Judicial participa en la resolución de una emergencia, pues la misma está a cargo de las ramas políticas del gobierno, sino a determinar cómo puede el Poder Judicial influir para que el uso de los poderes de emergencia se mantenga dentro de los límites establecidos por la Constitución. En este sentido, cree que el poder de control de los jueces en una situación de emergencia debería cumplir dos funciones primordiales: en primer lugar, tutelar que los derechos y las garantías individuales no se vean afectados, más allá de la estricta necesidad del caso y, segundo, que los poderes de emergencia sean ejercidos de acuerdo a los requisitos formales y distribución de competencias fijados por la Constitución.

e.- La aplicación del estado de sitio en la historia argentina.

En la experiencia Argentina sobre el estado de sitio debe computarse el proceso denominado por María Angélica Gelli de desconstitucionalización vivido por el país, acentuado a partir de 1930 en que se instaló el primer gobierno de facto en el siglo XX pues los gobiernos militares usaron este instituto como instrumento de control civil.

“A partir de 1930, un complejo de factores internos y externos confluyeron para generar un ciclo de crisis políticas y fracaso económico que se hizo crónico. Como alternativa a la supuesta inhabilidad de los gobiernos democráticos para superar las sucesivas emergencias, varios sectores de poder en la sociedad civil y política comenzaron a reclamar que sólo la suspensión provisoria del orden legal y el establecimiento de una dictadura podrían brindar una solución eficaz a la crisis. Desafortunadamente, no sólo el poder militar sino también un espectro cada vez más amplio de la población comenzó a creer en la racionalidad de esa prédica” (NEGRETTO, 1994, 105 y 106).

Respecto a ello, Negretto se pregunta sobre qué tipo de relación existe entre la impotencia real o supuesta de que adolecieron varios gobiernos democráticos, en la solución de las crisis, y los instrumentos provisto por la Constitución para hacer frente a situaciones de excepción.

“La mera lectura de la Constitución no alcanza para brindar un cuadro real de cómo el estado de sitio fue utilizado en nuestro país, ni qué otros poderes de emergencia han sido invocados e implementados, apelando a fuentes extralegales de autoridad. De 1862 a 1986, sólo durante períodos constitucionales, el estado de sitio fue declarado cuarenta y tres veces sobre un total de cuarenta y cuatro casos, argumentándose conmoción interior (la única excepción fue la guerra contra el Paraguay en 1865). De instrumento para ser utilizado en situaciones extraordinarias, el estado de sitio devino en recurso habitual de los gobiernos para hacer frente a conflictos internos de orden político o social. No es sorprendente que algunos de los partidarios de una doctrina liberal sobre emergencias hayan llegado a afirmar que el estado de sitio en la Argentina fue frecuentemente pervertido en instrumento de opresión política” (NEGRETTO, 1994, 106 y 107).

La Constitución ha asignado al Poder Legislativo la autoridad formal de declarar el estado de sitio, la práctica en el caso argentino, señala claramente que la iniciativa de la declaración permanece siempre en la órbita del Ejecutivo.

La participación de las Fuerzas Armadas en estas situaciones, también resulta una cuestión a analizar, debido a que la misma no esta prevista en nuestra Constitución y más aún su actuar de esta fuerza como actores

independientes y autónomos de la esfera ejecutiva del Estado. Dentro de estos sucesos se pueden nombrar la intervención en las huelgas de 1919 y 1922 durante el gobierno de Irigoyen y durante las huelgas y el período de convulsión social de 1959- 1960 en la presidencia de Frondizi.

El uso prolongado y abusivo de este instituto de emergencia en los gobiernos democráticos, culmina destruyendo la legitimidad de ese régimen. Ello resulta un excelente argumento para justificar la intervención militar una vez que los gobiernos democráticos fracasaban en restablecer el orden social y político.

“Toda vez que las fuerzas políticas democráticas se vieron fragmentadas e impotentes ante una crisis, el poder militar ofreció, en cambio, la cohesión y unidad de criterio suficientes para erigirse en un elemento de reequilibrio del proceso político. Esta realidad, patrón común de la política latinoamericana, generó una permanente vinculación entre situaciones de emergencia y golpes militares” (NEGRETTO, 1994, 108).

“Diferentes motivos se alegaron para dar por configurada la causal de conmoción interior. Así se lo declaró por la agitación popular desatada por un proyecto de unificación de deudas nacionales (1901); por huelgas portuarias (1902); para enfrentar la revolución radical (1905); con motivo del asesinato de Ramón L. Falcón (1909); para prevenir posibles desmanes y atentados a las delegaciones extranjeras que llegaban al país con motivo de las fiestas del centenario de la Revolución de Mayo; por insurgencia armada; para evitar las conmociones internas que originaba la Segunda Guerra Mundial (1941); por la violencia desatada por el terrorismo (1974). Por el estallido social que dio paso a la renuncia del Presidente de la Nación en diciembre de 2001, en todo el país. Y en algunas provincias, a pedido de sus autoridades en diciembre de 2001” (GELLI, 2001, 227).

Se advierte el exceso cualitativo, cometido por los gobiernos de facto, que prolongaron en el tiempo los estados de sitio declarados por los gobiernos constitucionales de Irigoyen, Perón y Martínez de Perón.

El abuso de la aplicación del estado de sitio, muestra en los gobiernos de facto un grado de intensidad distinto del de los gobiernos constitucionales.

Asimismo, la permanencia que tuvo el estado de sitio en el gobierno de facto de 1930-1932 (gobernó con permanente estado de sitio) y en el llamado “Proceso de Reorganización Nacional”, que ejerció el poder durante siete años, ocho meses y once días, de los cuales en un noventa y ocho por ciento rigió el estado de sitio.

Ocho de los presidentes de facto, ejercieron el poder – por muy distintos lapsos- en permanente estado de sitio (José Félix Uriburu, Arturo Rawson, Pedro Pablo Ramírez, Eduardo Lonardi, Roberto M. Levingston, Jorge R. Videla, Roberto E. Viola y Leopoldo F. Galtieri).

El presidente de facto que menos utilizó el estado de sitio fue Juan Carlos Onganía, quien gobernó bajo el estado de emergencia el veinticuatro por ciento del tiempo en que permaneció en el poder.

El presidente de facto Pedro E. Aramburu, quien ejerció un setenta y cinco por ciento de su mandato en estado de sitio.

Todos los demás presidentes de facto (Edelmiro J. Farrell, José M. Guido, Alejandro A. Lanusse y Reynaldo B.A. Bignone) gobernaron con estado de sitio durante más del noventa por ciento de su gestión.

IV.- Conclusión

Respecto a las afirmaciones efectuadas en la introducción de este trabajo y luego del análisis que lleve a cabo, me es posible recalcar diferentes circunstancias que considero en parte las causas de la aplicación del estado de excepción en la Argentina.

En primer lugar comparto la idea de Gabriel L. Negretto, quien considera que debe corregirse la aplicación del estado de sitio en nuestro país, de manera tal de hacerlo compatible con la vigencia de un estado de derecho, para lo cual es necesario reglamentar por ley en que hipótesis y bajo que reglas corresponde el establecimiento del estado de sitio, la suspensión de las garantías e incluso cuando procede una intervención militar.

Nuestra historia es la que me permite afirmar que esto resulta necesario, de la misma manera que su inclusión en la Constitución Nacional tuvo fundamento por los constituyentes, como por ejemplo así lo explica Joaquín V. González.

Es el lenguaje profuso de la cláusula constitucional el que debe perfeccionarse para evitar el uso autoritario del poder, uso que resulta contrario a las ideas de los hombres de mayo, que entre otras cosas deseaban evitar el destino de todo poder concentrado.

Respecto a estas ideas Adolfo Gabino Ziulu expresa que Juan Bautista Alberdi creía indispensable dotar al Poder Ejecutivo de las máximas atribuciones, especialmente para superar las emergencias institucionales, llamando la atención sobre los peligros del desorden y la anarquía, idea que está impregnada de las realidades por este vividas.

Ahora bien, nos encontramos frente a otro escenario social y político producto de una historia –también de realidades vividas - que considero amerita la revisión de los institutos de emergencia.

Sin perjuicio de ello, existen varios proyectos de reglamentación legal del estado de sitio, a los que no se les dio un tratamiento parlamentario profundo.

Adolfo Gabino Ziulu fundamenta esa situación en la particular estructura de nuestro régimen presidencialista y de nuestro sistema electoral que ha hecho – a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos- que el Poder Ejecutivo de turno cuente con mayoría en las Cámaras, o al menos en una de ellas, distribución que impide que no prosperen normas limitativas de las atribuciones presidenciales.

“El Estado constitucional respeta y asegura la inviolabilidad del hombre – en cuanto ser libre, capaz de decidir sus propias acciones y de escoger sus propios fines- necesaria para que pueda obrar como un ser naturalmente investido de libertad, de responsabilidad y de dignidad. La seguridad jurídica es el conjunto de las condiciones que posibilitan una acción semejante, libre de todo daño o riesgo y que, al decir del eminente constitucionalista español Luis Sanchez Agesta, “presupone la eliminación de toda arbitrariedad y violación en la realización y cumplimiento del derecho por la definición y sanción eficaz de sus determinaciones, creando un ámbito en la vida jurídica en la que el hombre pueda desenvolver su existencia con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos y, por consecuencia, con plena libertad y responsabilidad”. La seguridad jurídica constituye así el oxígeno sin el cual resulta imposible la manifestación y el cabal desarrollo del individuo, a fin de que – según la acertada expresión de Jean Jaurés – “ninguna persona humana, en ningún momento del tiempo, pueda ser apartada de la esfera del derecho”. No puede existir seguridad jurídica sin el cabal y efectivo cumplimiento de la constitución. La seguridad jurídica desaparece con la perversión constitucional, que según el ilustre científico político Carl J.

Friedrich, consiste en el incumplimiento sistemático de la Ley de las Leyes" (LINARES QUINTANA, 1993, 29 y 30).

El Estado nacional solo alcanzó en forma precaria y provisoria la construcción de un orden político. Orden que transcurrió entre el periodo de 1880 a 1930. A partir de 1930 la legitimación del orden se desvanece, aunque sus causas registran su inicio en aquel periodo. La Argentina a partir de entonces permaneció en el excepcionalismo, en la lucha de facciones y en el inestable intento de querer imponer un orden basado, en el uso de la fuerza y la alteración de los mecanismos constitucionales de gobierno. Práctica que produjo la deslegitimación gradual del sistema y favoreció, junto a la inexistencia de una verdadera tradición democrática y constitucionalista, las recurrentes caídas en el autoritarismo y la dictadura.

El uso concreto de los poderes de emergencia es una variable dependiente, en primer lugar, del funcionamiento del sistema institucional. La Corte Argentina adoptó una doctrina invariablemente absolutista acerca del uso y límites de los poderes ejecutivos de emergencia durante crisis internas.

Respecto a ello Roberto Gargarella expone "en comunidades democráticas como las nuestras suele darse la paradoja de que la última autoridad, respecto de las cuestiones más importantes que ella debe enfrentar, no reside en el pueblo mismo (ni en sus delegados directos) sino en un grupo de funcionarios que (habitualmente) ni son electos por el pueblo ni se encuentran sujetos a un directo control popular. Ambas cuestiones, conforme, veremos, convierten el terreno constitucional en uno especialmente importante y conflictivo".

Junto a la preservación del gobierno representativo y el equilibrio de poderes, el rol de los jueces es también la última garantía para proteger los derechos individuales de un ejercicio arbitrario de los poderes de emergencia.

Además, el problema de las emergencias revela que las instituciones y el derecho no son suficientes para explicar la diferente suerte que puede correr un sistema constitucional al enfrentar una crisis. Durante un estado de excepción, cuando la vigencia estricta de las reglas de derecho se ven amenazadas, los principios políticos y los valores sociales que fundamentan el sistema son los que permiten explicar con perspectiva histórica, las razones del fracaso o el éxito logrado en defensa de la Constitución. La inexistencia de un orden político aceptado mayoritariamente, cuando a la presencia de tradiciones políticas y legales autoritarias en Argentina cuentan, para explicar un ejercicio absolutista del poder político, y el frecuente fracaso del sistema democrático en tiempos de emergencia.

"Hace casi cuarenta años que Alfredo Orgaz, distinguido jurista y ex presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expresaba: "Es bastante fácil, sin duda, respetar los derechos humanos en nuestro amigos y aun en quienes nos son indiferentes: mas difícil es respetarlos en nuestro enemigos. Pero es esta última actitud la que permite distinguir, precisamente, el régimen democrático del totalitario. Si esta diferencia se elimina, toda distinción entre ambos pierde sentido, al menos desde el punto de vista de los derechos humanos" (Ziulu, 2000, 21).

V. Bibliografía

Agamben, G. (2003) *Estado de excepción*. Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2007.

Bidart Campos, G. *Historia Política y Constitucional Argentina*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1976.

Dalla Vía, A. R. "Emergencia constitucional y control de la delegación legislativa". Compilador Bazan. V. En *Libro en reconocimiento al Doctor Bidart Campos, Germán J: Defensa de la Constitución, Garantismo y Controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, 1055/1071.

Gelli, M. A. (2001) *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2003.

Garzón, B. C. "Evocación de una enseñanza: dictadura militar, habeas corpus y estado de sitio". Compilador Bazan. V. En *Libro en reconocimiento al Doctor Bidart Campos, Germán J: Defensa de la Constitución, Garantismo y Controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, 1131/1135.

González, J.V. *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

Linares Quintana, S.V. *El Espíritu de la Constitución*, Linares Quintana, Badén & Gagliardo, abogados, Buenos Aires, 1993.

Miller, J.M. y otros, *Constitución y poder político, Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

Negretto, G. L. *El Problema de la Emergencia en el sistema constitucional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994.

Ziulu, A.G. *Estado de Sitio: ¿Emergencia necesaria o autoritarismo encubierto?*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS EN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Por Guido Puig Cicchini

RESUMEN

En este trabajo detallaré el marco teórico de los estados de excepción, su origen en la teoría de la seguridad nacional, su relación con el Estado de Derecho y con las violaciones a los derechos humanos, y su realidad histórica en nuestro continente. A continuación analizaré la regulación de este instituto por la Convención Americana de los Derechos Humanos y la interpretación que de ésta hacen los órganos de protección de los derechos humanos en América. Para finalizar, comentaré sobre las distintas propuestas para mejorar la protección de los derechos humanos en estados de emergencia.

Este trabajo de investigación tiende a descubrir los elementos fundamentales a tener en cuenta en relación a la aplicación de los estados de emergencia y las mejores recomendaciones hechas para mejorar su instrumentación y control, por parte de la sociedad civil, de los estados y de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos. A la vez, insta a tomar conciencia de que los estados de excepción no son armas para ofuscar los derechos humanos y el Estado de Derecho, sino que son herramientas para sostenerlos.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos – Estados de emergencia – Estado de derecho

HUMAN RIGHTS AND GUARANTEES IN STATES OF EMERGENCY

By **Guido Puig Cicchini**

ABSTRACT

Through this research I will specify the theoretical framework of the states of emergency, its origin in the theory of national security, its relationship with both the rule of law and the violation of the human rights, and its history in America. Following, I will analyze the rules on such state of emergency set forth in the American Convention on Human Rights and its interpretation laid down by the American organs of protection of human rights. Finally, I will mention different proposals to improve protection of human rights in the states of emergency.

The purpose of this investigation is to determine the principal elements to be considered pursuant to the application of the states of emergency and the best proposals presented to improve its application and control by the civil society, the States and the international organizations involved in the protection of human rights. Furthermore, this research aims to make aware that the states of emergency are not weapons to violate Human Rights and Rule of Law, but the tools to preserve them.

KEYWORDS

Humans Rights – States of emergency – Rule of law

DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS EN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Por Guido Puig Cicchini ¹

I. CONCEPTO

Para definir estado de excepción, remitiré al artículo 27.1 de la Convención: En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Davérede define las circunstancias de estos estados de excepción como "Situaciones que ponen en peligro o amenazan al régimen o al Estado, y que revisten una gravedad suficiente como para que no se pueda responder a ellas con los medios que el ordenamiento jurídico tiene para los casos de normalidad institucional del Estado". (DAVÉREDE, 1987, 24).

La doctrina de la seguridad nacional, los estados de excepción y los derechos humanos.

Según Hernán Montealegre hablar de la seguridad del Estado implica hablar de la seguridad completa de sus tres elementos integrantes. Así, un Estado será realmente seguro sólo en tanto y en cuanto sea capaz de reaccionar eficaz y coherentemente ante las amenazas de cada uno de sus tres elementos constitutivos. Para el *territorio* su seguridad consiste en la integridad; para el *gobierno*, su estabilidad, y para la *población*, la inviolabilidad de sus derechos fundamentales. Un Estado por tanto es seguro cuando es capaz de dar protección eficaz a la integridad de su territorio, a la estabilidad de su gobierno y a la inviolabilidad de los derechos humanos de su población. Para este autor, la violación a los derechos humanos debe ser vista como una amenaza a la seguridad del Estado por los efectos directos que ella produce, pero también por la respuesta, tanto interna como externa, que provoca. (MONTEALEGRE, 1979, 6-7).

La característica esencial del concepto tradicional de la seguridad del Estado radica precisamente en que el conjunto de leyes que se concibe para ello y la forma en que se las aplica, tiende a defender el orden democrático. Esto quiere decir que su aplicación no interrumpe el proceso democrático sino todo lo contrario, tiende a reafirmarlo. Es capaz, incluso, de adecuarse transitoriamente a una situación excepcional, sin que por ello se altere la esencia democrática de la nación. (ZOVATTO, 1990, 53).

Con lo anterior se pretende explicar por qué es erróneo creer que la "seguridad del Estado" y los derechos humanos son incompatibles. Lo que cabe destacar es que estos conceptos sí chocan cuando con miras a la seguridad del Estado se realiza una aplicación abusiva e injustificada del poder público. La historia americana del siglo XX demuestra que la mala aplicación de este instituto, mediante impunes violaciones sistematizadas a los derechos

¹ Estudiante de abogacía (UBA); Ayudante-alumno de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho de la UBA); Fundador y director de la Revista Universitaria Estudiantil de Derecho Administrativo (RUEDA).

humanos, en vez de proteger la seguridad del Estado y su vida democrática, logra generar el efecto contrario, atentando contra ambas.

Por ende, la solución radica en un fiel cumplimiento de los derechos humanos por parte de toda la sociedad, lo que hará prevalecer el orden público democrático y constitucional, lo que tanto la sociedad como su gobierno tienen el deber de defender.

Resumiendo, el verdadero objetivo de la seguridad del Estado no es otro que el defender las instituciones y preservar el funcionamiento del sistema democrático representativo, garantizado por las constituciones de los Estados Americanos y definidos como objetivo fundamental en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por tanto la protección de la seguridad del Estado, lejos de suponer una oposición o una incompatibilidad radical con la observancia de los derechos humanos, reclama por el contrario, de las autoridades gubernamentales, la salvaguardia de los derechos humanos fundamentales y el acatamiento de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De ahí que la aplicación patológica de los regímenes de excepción, en lugar de favorecer la defensa de la seguridad nacional, por el contrario, la comprometen en su esencia al transformar estas medidas de emergencia en regímenes de facto mediante la quiebra del Estado de Derecho o la concentración del poder en manos de las fuerzas armadas. Así, so pretexto de salvaguardar la seguridad nacional contradicen su esencia misma, pues en casos extremos de opresión continuada e intolerable, hacen nacer en el pueblo el derecho de legítima resistencia a la opresión. (ZOVATTO, 1990, 55).

Los estados de excepción y el estado de derecho ¿son incompatibles?

La suspensión de garantías, propia de un estado de excepción, carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona. Por lo que puede decirse que la vigencia del sistema democrático es un presupuesto para la legitimidad de esa suspensión.

A pesar de esto, la historia de la región nos demuestra que muchos estados de excepción fueron empleados para derribar las barreras que el derecho establece para proteger los derechos humanos.

Cuando esto ocurre, el régimen de emergencia, pierde su verdadero sentido y naturaleza: defender al Estado de un peligro nacional, convirtiéndose por el contrario, en el recurso ilegítimo de un gobierno en contra de su propia sociedad. (ZOVATTO, 1990, 56).

La tergiversación de la finalidad del estado de emergencia, ha devenido en un desprestigio creciente de este tipo de regímenes, y en la creencia popular de que es una herramienta más para concretar violaciones de derechos humanos. Por eso, es tan importante rectificar la idea que se tiene sobre su naturaleza y sentido, y fundamentalmente, sobre su verdadero y único objetivo, que es la defensa de la democracia y del Estado de Derecho, sin el cual no es posible velar por una vida en sociedad.

Principales violaciones de derechos humanos durante los estados de excepción.

El camino del respeto al imperio de Derecho –ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)-, no excluye, en ciertas circunstancias, la adopción de medidas extraordinarias. Allí donde la situación de emergencia es verdaderamente grave, pueden imponerse ciertas restricciones, por ejemplo, a la libertad de información, o limitarse el derecho de reunión dentro de los límites que señala la Constitución. Incluso, en casos más

extremos, las personas pueden ser detenidas por corto tiempo sin necesidad que se les imputen cargos específicos. Es cierto que estas medidas pueden llegar a significar el riesgo de que se pierda el imperio del Derecho, pero esto no es inevitable si los gobiernos actúan responsablemente, si registran los arrestos e informan a las familias de las detenciones, si dictan órdenes estrictas prohibiendo la tortura, si entrenan cuidadosamente las fuerzas de seguridad, eliminando de ellas a los sádicos o sicópatas, si, en fin, existe un Poder Judicial independiente, dotado de suficientes atribuciones como para corregir, con prontitud, cualquier abuso de la autoridad. (CIDH, 1982, 337).

Pero otra vez la experiencia latinoamericana del último siglo nos demuestra que una vez decretado el estado de excepción, la extensión de las facultades de las autoridades, en correlación con la disminución de las garantías de los ciudadanos, acarrea o facilita, en gran medida, abusos en contra de los derechos humanos fundamentales de la población. Las violaciones más frecuentes, durante estas situaciones de emergencia, son aquellas que atentan contra el derecho de la vida, la libertad e integridad personal; así como el derecho al debido proceso y a la justicia. Esto ha sido plasmado en las ejecuciones ilegales; el condenable fenómeno de los "detenidos-desaparecidos"; la práctica de la tortura; la falta de un poder judicial independiente; las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión e información; la negación de los derechos políticos; la expulsión de nacionales, por lo general disidentes políticos; y los atentados contra las entidades o personas que trabajan en comisiones o grupos de derechos humanos.

Distinción entre "limitaciones" y "restricciones" con la "suspensión" de los derechos humanos.

La Corte Interamericana abordó esta cuestión en su opinión consultiva OC-6/86, del 9/5/1986, sobre "La expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana Derechos Humanos". A juicio de la Corte, el artículo 30 de la Convención trata de las restricciones que el Pacto de San José de Costa Rica autoriza respecto de los distintos derechos y libertades que la misma Convención reconoce. Acorde con el art. 29.a -dijo el Tribunal-, "es ilícito todo acto orientado hacia la *supresión* de uno o cualquiera de los derechos proclamados en ella". Y respecto del art. 27, la Corte señaló que "en circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite *suspender* temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados", agregando que: "en condiciones normales, únicamente caben *restricciones* al goce y ejercicio de tales derechos". (CORTE IDH, 1986, 14).

A su vez, la suspensión autorizada por el artículo 27 de la Convención es interpretada por la Corte en la OC-8/87, la que explica que no se trata de una "suspensión de garantías" en sentido absoluto, ni de la "suspensión de los derechos" ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio, por lo que sólo consistiría en la suspensión de la plenitud de su vigencia.

Y basándonos en el principio según el cual ciertos derechos humanos no pueden ser afectados ni siquiera en situaciones de excepción, y que mantienen plena vigencia durante ella, es relevante proponer la existencia de un núcleo esencial de derechos humanos intangibles que, por ser inderogables, constituirían una especie de *ius cogens*.

Criterios y normas de interpretación en materia de suspensión de derechos humanos.

Partiendo de la base de que un régimen de excepción implica un sacrificio a ciertos derechos humanos, debemos considerar que lo mejor sería que fuera el menor número posible, en la medida que no fuera indispensable el sacrificio de más derechos. Es decir, suspender un derecho más cuando fuese la última opción para evitar poner en riesgo los derechos humanos fundamentales. Es decir, que la situación sea de una gravedad realmente excepcional y que, entonces, el régimen de emergencia constituya la salida menos grave para la seguridad de estos derechos.

El artículo 29 de la Convención aclara que ninguna de las disposiciones de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a algunos de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Esta disposición tampoco permite que se excluya o limite el efecto que puedan producir, tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre como otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Cabe concluir que toda interpretación relativa tanto a tratados sobre derechos humanos en general, como en materia de estados de excepción en particular, debe tener en cuenta como criterio rector y básico el llamado principio *pro homine*, entendiéndose por tal que mientras la vigencia de los derechos humanos debe interpretarse extensivamente, por el contrario, las limitaciones restricciones y/o suspensiones de estos derechos deberá hacerse siempre restrictivamente. (BUERGENTHAL, 1981, 89-90).

Adecuación entre la discrecionalidad del Estado para decretar un estado de excepción y la necesidad de un control internacional en la apreciación de las circunstancias.

La protección de los derechos humanos es una materia de interés internacional, por lo que si un Estado recurre al estado de excepción, es lógico que la comunidad internacional pretenda velar para que ese recurso se utilice conforme al objetivo de proteger el Estado de Derecho. Por lo tanto, es de interés internacional la determinación de la causa que lleva al gobierno a dictar el estado de emergencia.

Como bien expresa Buerghenthal, citando a Faundez-Ledesma, confiar de manera absoluta la decisión de declarar la emergencia al mismo gobierno que se beneficiará de facultades extraordinarias mediante esa declaración, resulta, por sí solo, altamente peligroso. Lo anterior indicaría, en realidad, una autorización para suspender el ejercicio de ciertos derechos humanos a su sola voluntad, bastando a tal efecto una declaración del gobierno, indicando que existe una emergencia que justifica la adopción de tal medida. Afortunadamente, los Estados no son totalmente autónomos para decidir en qué momento existe una emergencia que amenace la vida de una nación. Pero, por el contrario, ceder la determinación de la existencia de una situación de emergencia únicamente a un órgano internacional también puede resultar inconveniente ya que ese órgano no podrá apreciar, con la celeridad que el caso requiere, la existencia de una emergencia. Además, tampoco estará en condiciones de apreciar directamente la naturaleza de la misma y el carácter de las medidas que sea necesario adoptar para hacerle frente. Por ello, la carga de la prueba de la gravedad de la situación (emergencia pública, circunstancias operativas de esta, necesidad, proporcionalidad, etc.) sin lugar a duda recae por completo en el gobierno que ha decidido poner en vigor las medidas de excepción. (BUERGENTHAL, 1984, 117). Esto implica, que si bien el Estado es quien decidirá si la causal objetiva es suficiente como para declarar un estado de excepción, esta decisión podrá y deberá ser evaluada por los organismos internacionales pertinentes, a fin de que juzguen si se corresponde o no con los requisitos que para ello establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos.

II. GARANTÍAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 27 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Garantías de forma

Según la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, las exigencias formales que el artículo 27.3 impone a los Estados Partes que ejerzan el derecho de suspensión son los siguientes: informar inmediatamente a los

demás Estados Partes en la Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido; los motivos que hayan suscitado la suspensión; e informar la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Garantías de fondo

Principio de la Proclamación: De este principio se desprende que los Estados no pueden suspender derechos humanos sin informar previamente a la población la existencia de la situación de emergencia de carácter excepcional.

Principio de la Notificación: Mediante este principio, contemplado en el artículo 27.3 de la Convención, se establece la obligación de los Estados de informar al Secretario General de la OEA, sobre las causas que han motivado el estado de excepción; sobre la institución de excepción que se pondrá en vigor; las medidas que van a tomarse; los derechos, libertades y garantías que van a suspenderse; y sobre el tiempo durante el cual van a aplicarse tales medidas, incluyendo su finalización estimativa.

Principios de No Discriminación: En función de este principio, suspensiones de derechos no absolutos pueden llegar a ser inválidas, si violan la prohibición de discriminación.

Principio de Proporcionalidad: Esta regla prescribe que las medidas excepcionales que se adopten deben ser adecuadas a las situaciones de crisis extraordinarias, exigiendo así una relación de proporcionalidad entre el peligro –actual, real o inminente- y las medidas que se deban emplear para contrarrestarlo y superarlo.

Principio de temporalidad: Este principio, previsto expresamente en el artículo 27.1, establece que “las suspensiones de derechos son válidas por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación”. Por tanto, toda medida de suspensión que se mantuviese una vez desaparecida la causa que la motivó, o que fuese dictada por tiempo ilimitado, constituiría una violación de la Convención.

Este valor fundamental de la temporalidad no es sólo de naturaleza formal, es decir, no basta simplemente – a fin de evitar una violación de la Convención Americana-, dejar sin efecto la medida por la que se dispuso la aplicación de excepción, sino que también es necesario que las autoridades respectivas restituyan a las personas afectadas en el goce y ejercicio de sus derechos.

Principio de la intangibilidad de ciertos derechos fundamentales: “El artículo 27.2 dispone que cierta categoría de derechos no se pueda suspender en ningún caso. Por consiguiente, lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, la Convención establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de alguno, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia”. (CORTE IDH, 1987, 21).

Cabe destacar que la enumeración del nombrado artículo es más amplia que la formulada por otros instrumentos internacionales. Mientras la Convención Europea proclama cuatro derechos no suspendibles y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama siete, la Convención Americana consagra once.

Principio de la amenaza excepcional: Tres son las causales previstas en el artículo 27.1 que permiten al Estado Parte a adoptar un Estado de emergencia o excepción a saber: “guerra”; “peligro público”; “otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado”. Según el principio de la amenaza excepcional, se requiere que la situación de crisis o peligro que invoquen los Estados para justificar la aplicación de las medidas extraordinarias sea

de tal magnitud y gravedad, que tanto las medidas como las restricciones legales de que disponen en circunstancias de normalidad resulten insuficientes para lograr su superación. La amenaza o peligro debe ser, por tanto, grave, presente o inminente, real y objetiva. Es decir, que su valoración no debe estar determinada por una apreciación subjetiva de la autoridad administrativa, ni debe depender únicamente del temor que se tenga de una posible situación de peligro extraordinario, pues de ser así los Estados no estarían facultados para hacer uso de los poderes o facultades excepcionales.

Veamos ahora supuestos especiales:

- Crisis económicas: Estas crisis pueden exceder su marco natural para degenerar en serios disturbios y conflictos sociales. Pero en estos casos ya no serán las distorsiones económicas las que harán necesarias las medidas de excepción, sino los efectos a que ellas dieron lugar. (DAVÉREDE, 1987, 29).
- Subdesarrollo como crisis permanente: Algunos países han propuesto esta causal considerando fundamental al derecho al desarrollo, pero la resolución 36 (XXXVII) de la Comisión de Derechos Humanos (doc. E/CN.4/L.1561/Add.4), establece que los derechos y libertades fundamentales son indivisibles, por lo que el derecho al desarrollo en cuanto derecho humano no puede concebirse más que en armonía con el respeto efectivo de esos derechos y libertades. (DAVÉREDE, 1987, 30).
- Catástrofes naturales: También la crisis puede estar originada en fenómenos naturales que hayan producido situaciones catastróficas de tal magnitud que no puedan controlarse sin la suspensión de derechos y la asunción de poderes extraordinarios por parte de las autoridades. No es difícil imaginar este tipo de situaciones, tales como ciclones, terremotos, inundaciones, etc., en que el mantenimiento del orden y el restablecimiento pronto de la situación normal hagan recurrir a medidas excepcionales. Pero también es cierto que no es en presencia de esos fenómenos naturales cuando más afectados resultan las libertades, derechos y garantías de la población. (DAVÉREDE, 1987, 36).
- Crisis sociales y políticas: Restan así las crisis realmente susceptibles de exceder el marco de las restricciones necesarias de los derechos y garantías, para transformarse en origen de extralimitaciones y violaciones de esos derechos y garantías. La amenaza a las instituciones, o al control que ejerce el Estado sobre la población y el territorio, en todo o en parte, es motivo suficiente para considerar a la crisis como existente, y por lo tanto, para dar lugar a las medidas excepcionales. Pero la dificultad más seria consiste en la calificación de la gravedad de la crisis. En efecto, se enfrenta aquí un elemento altamente subjetivo, que dependerá en gran parte de la propia vitalidad del gobierno que detente el poder. Un gobierno débil se inclinaría a considerar como graves las crisis que normalmente no deberían ser motivo de alarma. (DAVÉREDE, 1987, 36-37).

Principio de necesidad: Se requiere que se encuentre excluida por completo toda otra posibilidad de acción para ese caso concreto, tanto en cuanto al territorio afectado como respecto a las medidas en sí. Demanda, por tanto, i) un análisis de la situación real que está viviendo un país determinado en un momento concreto; ii) demostrar que las medidas ordinarias no son suficientes para hacer frente a la situación; y iii) cuáles son las otras medidas de emergencia o excepción alternativas que pueden resultar menos lesivas para el disfrute de los derechos humanos.

III. ORGANISMOS DE PROTECCIÓN PREVISTOS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA: LA CORTE

"La contribución de la Corte Interamericana a través de las opiniones consultivas relacionadas con la protección de los derechos humanos en los estados de excepción, constituye el logro más significativo del sistema interamericano de protección en materia de estados de excepción. Este avance del sistema interamericano logrado mediante el ejercicio de la función consultiva de la Corte no se ha observado de igual forma en los otros sistemas internacionales de protección". (CISNEROS SANCHEZ, 1985, 53-66).

Las garantías judiciales indispensables previstas en el artículo 27.2 *in fine* de la Convención Americana (OC-9/87).

Luego de que la Corte dijera en su opinión consultiva OC-8/87 que el hábeas corpus es de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que no pueden suspenderse en estado de excepción, el Gobierno de Uruguay solicitó una opinión consultiva para que la Corte se pronunciara sobre cuáles son todas las garantías a las que hace referencia la Convención.

La Corte Interamericana se abstuvo de dar en su opinión consultiva OC-9/87, una enumeración exhaustiva de todas aquellas garantías judiciales indispensables que no pueden ser suspendidas de conformidad con el artículo 27.2 *in fine*, limitando su análisis al amparo, al hábeas corpus, al debido proceso legal y a aquellas otras garantías que se desprenden del artículo 29.c de la Convención Americana. Esta enumeración de garantías dependerá, en cada caso, de un análisis del ordenamiento jurídico y la práctica de cada Estado Parte, de cuáles son los derechos afectados y de los hechos concertados que motiven la indagación.

Explicó que las garantías, genéricamente, sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (Art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia. (CORTE IDH, 1987, 25).

En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros. (CORTE IDH, 1987, 26). Con esta reiterada definición, la Corte enfatiza el importante rol que cumplen las garantías en la efectiva protección de los derechos humanos. Estas garantías deben ser no sólo indispensables sino judiciales. Esta expresión, que apunta justamente a su efectividad, no puede referirse sino a medios judiciales idóneos para la protección de tales derechos, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción. (CORTE IDH, 1987, 30).

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, cuando por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial. (CORTE

IDH, 1987, 24). Por lo tanto, deben considerarse como indispensables, a los efectos del artículo 27.2, aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud. (CORTE IDH, 1987, 29). A saber...

El Amparo: Entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención. Por lo tanto, como todos los derechos son susceptibles de amparo, lo son también los que están señalados de manera expresa por el artículo 27.2 como no susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia. (CORTE IDH, 1987, 32).

El Hábeas Corpus: Este recurso previsto en el artículo 7.6 de la Convención, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CORTE IDH, 1987, 35), por lo que resulta ser otra de las garantías indispensables a las que hacer referencia el artículo 27.2.

Debido Proceso legal: El artículo 8 de la Convención no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma, para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales. (CORTE IDH, 1987, 27-29). Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. (CORTE IDH, 1987, 30).

Garantías que se derivan de la forma democrática de gobierno: Las "garantías... que se derivan de la forma democrática de gobierno", a que se refiere el artículo 29.c), no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar, sino la necesidad de que ella esté amparada por las garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad de las medidas tomadas en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de Derecho. (CORTE IDH, 1987, 37). De esta manera, la Corte consideró como garantías indispensables a las inherentes a la preservación del estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.

IV. ORGANISMOS DE PROTECCIÓN PREVISTOS EN LA CONVENCION AMERICANA: LA COMISION

La labor de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos para controlar el respeto de los derechos humanos durante los estados de excepción.

La Comisión cumple con su misión de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos –lo que incluye las circunstancias en las que haya sido declarado el estado de excepción- fundamentalmente, por medio de cinco procedimientos: 1) Comentarios específicos sobre esta cuestión contenidos en sus Informes Anuales de Actividades, generalmente bajo el capítulo "Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a

los derechos humanos"; 2) "Mini-Informes" sobre un Estado en particular, contenidos también en sus Informes Anuales; 3) Informes Especiales (Country Report), sobre la situación de los derechos humanos en un país determinado; 4) Al examinar las denuncias individuales que le son sometidas alegando la violación de derechos humanos; y 5) Al examinar las denuncias (quejas) interestatales.

A modo de ejemplo, se cita el Informe elaborado a partir de los casos N° 9768, 9780 y 9828 de México, en el cual la Comisión estima oportuno hacer presente al Gobierno de México su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, ya sean medidas legislativas o de otro carácter, que sean necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que la Convención reconoce y que no pueden ser suspendidos, aun en durante el estado de emergencia. (CIDH, 1990).

Jurisprudencia argentina: A continuación se enumeran algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se protegen los derechos fundamentales consagrados por el artículo 27.2 de la Convención (en cursiva se destacan cuáles son dichos derechos en cada caso).

CSJN, 13/08/1998 – Suárez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc. – Fallos 321:2031.- *Derecho a la Vida, garantías judiciales indispensables*

CSJN, 09/04/2002 – Mignone, Emilio F. –JA 2002-III-482.Fallos 325:524.- *Derechos Políticos*

CSJN, 29/11/2005 – Videla, Jorge R. RECURSO EXTRAORDINARIO Lexis N° 35002594.- *Derecho a la Vida, Derecho a la Integridad Personal, Derecho al Nombre y garantías judiciales indispensables*

CSJN, 08/09/2003 – Hagelin, Ragnar E. – JA 2003-IV-402.Fallos 326:3268.- *Derecho a la Vida, Derecho a la Integridad Personal y garantías judiciales indispensables*

CSJN, 15/04/2004 – Massera, Emilio E – Fallos 327:924.- *Derecho a la Vida, Derecho a la Integridad Personal, Derecho al Nombre, Derechos del Niño y garantías judiciales indispensables*

CSJN, 03/05/2005 – Verbitsky, Horacio –LNBA 2005-2-227.- *Derecho a la Integridad Personal*

CSJN, 17/05/2005 – Llerena, Horacio L. s/abuso de armas y lesiones arts. 104 y 89 CPen – Fallos 324:3143.- *Garantías judiciales indispensables*

CSJN, Simón, Julio H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad -SJA 2/11/2005- (citando "Barrios Altos", CorteIDH) *Derecho a la Vida, Derecho a la Integridad Personal, Derecho al Nombre y garantías judiciales indispensables*

CSJN, 30/08/2005 – Borelina, Rosana C.- *Garantías judiciales indispensables*

V. RECOMENDACIONES PARA MEJORAR LA EFICACIA DE LA SUPERVISIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Es indispensable y urgente mejorar la eficacia de la labor de los órganos y mecanismos internacionales de supervisión en esta materia, con el fin de reducir, en la mayor medida de lo posible, no sólo el uso desnaturalizado de los estados de excepción sino además, el nivel de violaciones a los derechos humanos que tienen lugar durante la vigencia de los mismos. (ZOVATTO, 1990, 171).

Sugerencias respecto de la labor de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos

En los casos en que fuera declarado el estado de excepción, la Comisión debería ofrecer su cooperación, consiguiendo la mayor información posible, tanto a través de los organismos oficiales del Estado como de las ONGs. También se recomienda con mucho énfasis que la Comisión realice visitas *in loco* para controlar la evolución de la medida, previniendo y controlando sobre violaciones a los derechos fundamentales o no suspendidos. Para esto se aconseja la utilización de "acciones urgentes" como las visitas sin autorización o aviso previo. Estas misiones *in situ* ha sido una de las herramientas de mayor efectividad de las que ha recurrido la Comisión.

También se ha destacado la necesidad de que la Comisión realice un análisis de los requisitos de forma y de fondo, con los que deben cumplir los Estados al momento de declarar un estado de excepción.

En un sentido más inquisitivo, se sugiere que la Comisión adopte en sus Informes Anuales una sección permanente y específica sobre la implementación de estados de emergencia durante ese período, para que fuera evaluada la situación de cada país.

Sugerencias respecto de la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Competencia consultiva: La Corte Interamericana ha tenido oportunidad, en sus opiniones consultivas OC-8/87 y OC-9/87, de efectuar un valioso aporte en la consideración de esta materia. Para avanzar más en materia de protección de derechos en los estados de excepción, y considerando que dichas opiniones consultivas sólo interpretaban el inciso 2 del artículo 27 del Pacto de San José de Costa Rica, deberían llegar a la Corte nuevas solicitudes de opiniones consultivas respecto de otras cuestiones de interés e importancia en relación con dicho artículo. A modo de ejemplo, se puede pedir a la Corte que indique cuáles son los casos que pueden dar lugar a recurrir al instrumento en cuestión (27.1), qué pasos a cumplir por el Estado serían fundamentales para no incurrir en violaciones al procedimiento que establece el Pacto para declarar un estado de excepción (27.3), si las leyes internas de un estado requirente son compatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos (64.2), etc.

Competencia contenciosa o jurisdiccional: Del mismo modo, sería conveniente que la Corte realizara dichos controles de una manera jurisdiccionalmente efectiva. Es decir, que en base a las denuncias que le llegaran, pudiera juzgar si fueron seguidos correctamente los requisitos y condiciones para el dictado y aplicación de los estados de emergencia.

Por otra parte, también sería importante optimizar las comunicaciones con ONGs y órganos intergubernamentales de protección, bien para casos sobre los que no se hubiese tenido conocimiento, bien para aquellos que estuvieran siendo investigados por la Corte. Fundamentalmente, en los casos que dichos organismos no contaran con la posibilidad de enviar información trascendental a este órgano de control, sea por dificultades materiales, o por amenazas que atenten contra la seguridad de sus miembros.

Otras consideraciones

Respecto de los instrumentos internacionales, cabría enumerar las siguientes propuestas:

- a) Reformas al artículo 27 de la Convención, con base en lo dispuesto en el artículo 76.
- b) Posibilidad de adoptar un protocolo adicional relativo a la protección de los derechos humanos en estados de emergencia, en los términos del artículo 77 de la Convención Americana.

- c) Adoptar una Declaración o Convención sobre la vigencia de los derechos humanos durante las situaciones de disturbios y tensiones internas.
- d) Alentar a estos Estados Miembros de la OEA a ratificar o adherirse a la Convención Americana; y hacer lo propio con los Estados Partes en la misma para que reconozcan la competencia contenciosa de la Corte.

Para finalizar, en lo concerniente a generar cambios en los agentes sociales involucrados, se enumeran tres propuestas:

- a) Fomentar la organización de seminarios y coloquios que permitiesen confrontar las diversas experiencias de los países que han proclamado y luego suspendido el estado de excepción, a fin de hallar en común, las vías más apropiadas para poner remedio a situaciones semejantes.
- b) Deberán también llevarse a cabo cursos de promoción y capacitación, en especial para abogados y miembros de ONGs de derechos humanos, que versen sobre los mecanismos a su alcance para hacer frente a las violaciones de derechos humanos durante los estados de emergencia.
- c) Igualmente, deberían impartirse cursos a funcionarios de los gobiernos, en especial del Poder Judicial y de los Ministerios de Relaciones Exteriores, sensibilizando a los primeros acerca del papel fundamental que la Justicia debe jugar durante estas situaciones; y asistiendo a los segundos sobre la mejor manera de preparar los informes y de cumplir con los compromisos internacionales que obligan al país.

VI. CONCLUSIONES FINALES

Luego de la investigación realizada siento la necesidad de expresar mis conclusiones sobre los temas analizados. Pero para no excederme ni ser reiterativo, me limitaré a dar una breve opinión sobre el concepto generalizado que existe sobre los estados de excepción y sobre la situación actual y el futuro del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Considero de suma importancia tomar conciencia de que los estados de excepción no son armas para ofuscar los derechos humanos y el Estado de Derecho, sino que son herramientas para sostenerlos. La importancia de esta concientización se plasma tanto en las autoridades como en la población. Las autoridades de un gobierno democrático deben considerarlo así y emplearlo debidamente: el poder ejecutivo tomando los recaudos y medidas necesarias para su correcta implementación; el poder legislativo -particularmente integrado por hombres de ley- cooperando velozmente con el establecimiento de un marco regulatorio que sea justo, y adecuado a las circunstancias del caso; y el poder judicial, destacándose con independencia e imparcialidad para poner freno a los excesos que este régimen pueda sufrir.

Es fundamental que la población entienda cuál es la verdadera finalidad de este instituto y que confíe en sus autoridades, acatando así las medidas dispuestas para solucionar la crisis con mayor celeridad y seguridad.

Otra de las cuestiones que creo imprescindible destacar y proponer, es el compromiso de la sociedad civil, los organismos no gubernamentales y los gobiernos para jerarquizar el poder de control de la comunidad internacional en la protección de los derechos humanos. A modo de ejemplo están las recomendaciones enunciadas *ut supra*, tanto las que apuntan a capacitar a los agentes más influyentes de la vida en sociedad como las que inducen a los estados a asumir compromisos más fuertes para con la comunidad internacional, pero sobre todo, para con sus habitantes.

Creo que en los últimos sesenta años la comunidad internacional ha avanzado enormemente en la protección de los derechos humanos. La creación de los distintos instrumentos y organismos internacionales, desde la formación de la ONU hasta la creación de la Corte Penal Internacional, ha sido la primera gran etapa para la construcción de un mundo en equilibrio. Pero percibo que esta fase ya casi ha agotado su potencial, y que debemos involucrarnos en un nuevo cambio radical que sea bisagra para adentrarnos en la siguiente etapa. El quiebre se dará cuando los Estados dejen de lado sus rivalidades e intereses económicos y se comprometan a cumplir sin más condicionamientos con las responsabilidades detalladas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para dar así una total efectividad al sistema creado.

BIBLIOGRAFIA

- BUERGENTHAL, Thomas. 1981, "To respect and to Ensure: State Obligation and Permissible Derogations". *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*. Louis Henkin Editor. Nueva York: Columbia University Press. Citado por ZOVATTO G., Daniel (1990). "Los estados de excepción y los Derechos Humanos en América Latina". Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1990. p. 78
- BUERGENTHAL, Thomas. 1984, *Contemporary issues in International Law. Essays in Honor of Louis B. Sohn*. Citado por ZOVATTO G., Daniel. "Los estados de excepción y los Derechos Humanos en América Latina". Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1990. p. 81
- CISNEROS SANCHEZ, Máximo. 1985, Algunos Aspectos de la Jurisdicción Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos. Publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. IIDH, 1985. Citado por MELÉNDEZ, Florentín (1999). "La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos". San Salvador, 1999. p. 297
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1982, *Diez Años de Actividades, 1971-1981*. Washington D.C.: OEA, Secretaría General, 1982. Terrorismo. Citado por ZOVATTO G., Daniel. "Los estados de excepción y los Derechos Humanos en América Latina". Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1990. p. 61
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1990, Informe elaborado a partir de los casos N° 9768, 9780 y 9828 de México.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La Expresión 'Leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986. párr. 14. Citado por ZOVATTO G., Daniel. "Los estados de excepción y los Derechos Humanos en América Latina". Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1990. p. 69-70
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987.
- DAVÉREDE, Alberto Luis. 1987, "Los estados de excepción y el respeto a los derechos humanos", Tesis doctoral.
- MONTEALEGRE, Hernán. 1979, "La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos". Santiago de Chile: Edición Academia de Humanismo Cristiano. Citado por ZOVATTO G., Daniel. "Los estados de excepción y los Derechos Humanos en América Latina". Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1990. p. 52
- ZOVATTO G., Daniel. 1990. "Los estados de excepción y los Derechos Humanos en América Latina". Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

LA ACCION AFIRMATIVA EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

Por Estefanía Ziliani

RESUMEN

La **acción afirmativa** halló particular precedente en el derecho de los Estados Unidos de América. Proviene originalmente de la práctica administrativa del estado, la acción afirmativa no era más que una serie de medidas de carácter intervencionista dentro de las prerrogativas del Presidente. Sin embargo, fue la Jurisprudencia de la Suprema Corte y su evolución que le dieron real objetividad y operatividad como medio idóneo de consagrar el derecho a la igualdad, entendiendo no solamente que “*todos los hombres eran iguales antes la ley*”; sino que a partir de la incorporación al plexo constitucional de la Enmienda 14 “*ningún estado, podrá negar dentro de su jurisdicción la protección de la ley a cualquiera de sus habitantes.*” Sin embargo, y pese a los esfuerzos, las carencias en la reglamentación y las imprecisiones de conceptualización han resultado en un éxito solo parcial que palidece ante las reales posibilidades de este instrumento protectorio.

PALABRAS CLAVE

Acción afirmativa, segregación, discriminación positiva, equidad, clase, minorías, negro, blanco, oportunidad.

AFFIRMATIVE ACTION IN NORTHAMERICAN LAW

By **Estefanía Ziliani**

ABSTRACT

Affirmative action was mainly developed in north american law. Originally a part of Administrative Practice, affirmative actions were conceived just as plain interventionist measures among the many presidential prerogatives. However, it was the Supreme Court of Justice and its evolution that provided real objectivity and operativity to it as a viable way of achieving equity, understanding not only that "every man is equal before the law" as established in the constitution, but that from the moment in which the 14 Amendment was incorporated to the constitution, "no State shall . . . Deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws". Yet, although significant effort has been made, the scarce regulation of affirmative action and the imprecisions in conceptualization have resulted in a mere partial success that mildly reflects the actual possibilities of this protective instrument.

KEY WORDS

Affirmative action, segregation, reverse discrimination, equity, class, minority, black, white, opportunity.

LA ACCION AFIRMATIVA EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

Por Estefanía Ziliani*

I- CONCEPTO

Acción Positiva es la expresión utilizada en Europa para denominar lo que en Estados Unidos y en otros países anglófonos como Gran Bretaña se conoce como "acción afirmativa" (*affirmative action*).

La expresión tiene origen en una ley estadounidense de 1935 enmarcada en el ámbito del derecho laboral, pero adquirió significado específico de política pública (*policy*), en el contexto de la reacción jurídica a las protestas protagonizadas por la población afro-americana y otras minorías y movimientos de contestación social que de algún modo da origen asimismo al derecho anti discriminatorio en éste la acción positiva es medular.

II- CONTEXTO HISTORICO DE SU APLICACIÓN

Hacia 1950 Estados Unidos había logrado consolidar el modelo de acumulación capitalista que había puesto en funcionamiento dos décadas atrás. Una parte fundamental del nuevo modelo de acumulación era el acuerdo capital-trabajo, mediante el cual se garantizaba mantener a los trabajadores sindicalizados con salarios altos a cambio de su disciplinamiento, por otro lado dejaba por fuera de los beneficios a los trabajadores no sindicalizados, a las mujeres y a las minorías étnicas.

La consolidación de la economía norteamericana durante este período permitió que la década del '50 implicara una mayor movilidad social. El consumo civil que había sido congelado durante la guerra, cuando la inversión se concentró en la industria bélica y sus subsidiarias, se reorientó, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial hacia el consumo en masa.

Esta reorientación estuvo basada en la elevación constante de los salarios, el flujo de crédito fiscal y la intensidad de la publicidad, que mantuvo durante toda la década el crecimiento del consumo, "*los norteamericanos transformaron el deseo en necesidad*"¹.

La década careció de grandes confrontaciones socioeconómicas, pero se caracterizó por los movimientos de las minorías siendo representativo de esos años los movimientos por los derechos civiles de los negros.

* Se graduó en el colegio St. Catherine's Moorlands School, Sede Belgrano, obteniendo el título de Bachiller en Ciencias y Letras. Diplomada por el IBO (Internacional Baccalaurate) en el 2002. Fue premiada con la beca de merito anual otorgada Becada por la English Speaking Union (ESU) en el 2003 para realizar estudios de perfeccionamiento en Estados Unidos en la institución Western Reserve Accademy. Actualmente se encuentra cursando la carrera de Abogacía en la Universidad de Buenos Aires. Colabora con la Dra. Alicia Curiel como ayudante alumna en la cátedra del Dr. Travieso para la materia de CPC Derechos Humanos y Garantías.

¹ (SELLER, MAY, MCMILLAN, 1988, 643)

Las problemáticas de las minorías étnicas no eran nuevas tampoco para los Estados Unidos. La Constitución de 1776 había proclamado que **“todos los hombres eran iguales ante la ley”**, pero en 1868 la incorporación de la Enmienda 14 especifica que:

“Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, que debe ser igual para todos.”

En síntesis: “ningún estado, negará dentro de su jurisdicción la protección de la ley a cualquiera de sus habitantes.”²

Al principio, a la segregación racial se la conocía popularmente como *“Jim Crow”*, término surgido por un “cómico” que parodiaba a la población negra con un personaje llamado Jim Crow. Sin embargo lo que popularmente empezó como una parodia termino convirtiéndose en un autentico modelo de segregación tanto formal como informal.

Esto se traslado a todos los ámbitos de la vida en sociedad, impidiendo que los adultos de raza negra ejerzan el derecho al voto, imponiendo separación de las razas en los lugares públicos, etc. Así fue como se inicio el esfuerzo sistemático para codificar (o reforzar) en las disposiciones constitucionales estatales y federales a posición de subordinación de los afro-americanos en la sociedad.

Las llamadas “leyes Jim Crow” ganaron preponderancia en los fallos de la Suprema Corte de EEUU en las ultimas dos décadas del siglo XIX. Finalmente, en 1883 se declaro inconstitucional el Acta de Derechos Civiles de 1875 que estipulaba que *“debe ser reconocido a todas las personas el derecho al total goce y disfrute de las ventajas, beneficios, facilidades y privilegios de hoteles, servicios públicos de transporte por tierra y agua, teatros y otros sitios de esparcimiento publico”*.³

Al declarar esta ley federal inconstitucional, el entonces Presidente de la Corte Suprema Bradley sostuvo que la 14 Enmienda no protegía a la población negra de la discriminación llevada a cabo por parte de negocios privados o individuos, sino solamente contra aquella perpetuada por el Estado. Observo que era tiempo que los negros asumieran “el rango de meros ciudadanos” y dejaran de ser “los favoritos de la ley”.

Primero vino la separación de razas en el transporte público (en todo el país). En el Sur se construyeron escuelas, parques, hospitales y bibliotecas racialmente separados. En el Norte, era la costumbre la que había impuesto la segregación en restaurantes, hoteles y lugares de esparcimiento.

Antes del caso Brown, que se desarrollara mas adelante en detalle, era habitual “la separación forzosa de negros y blancos, precursora americana del apartheid africano”; después de Brown las playas publicas y los autobuses, los parques, tribunales, etc., comenzaron a abrirse a blanco y negros simultáneamente. Brown fue el elemento catalizador que conmovió al Congreso y que culmino con los dos actos fundamentales del siglo en materia

² (JONES, 1966, 927)

³ (CALDARAZZI, 1972, 66)

de derechos civiles: ir un lado se permitió el acceso de los negros a los restaurantes, a los hoteles y al ámbito laboral, en igualdad de condiciones, y por otro lado se otorgó a los votantes negros el carácter de una nueva fuerza política.⁴

III- PRIMERAS PRÁCTICAS

En la práctica Administrativa Estadounidense la acción afirmativa consiste en una serie de medidas de carácter intervencionista dentro de las prerrogativas del Presidente.

Al margen de este vínculo al poder presidencialista, su fundamento normativo se encuentra en el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, luego enmendado por la Ley de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de 1972.⁵

A través de la Ley de Derechos Civiles de 1964, el legislador norteamericano da respuesta a las demandas del movimiento de lucha por el pleno reconocimiento de los derechos civiles de los negros, iniciadas en 1954 con la sentencia Brown; y se demandaban cambios políticos, económicos y sociales reales.

Concretamente el título VII establece como ilícito que un empresario:

1. No contrate o despida a alguna persona, o discrimine a alguien de alguna otra manera con respecto a su compensación, términos, condiciones o privilegios de su empleo, en razón de la raza, el color, la religión, el género o el origen nacional de la referida persona.
2. Limite, segregue o clasifique a sus empleados, o a quienes soliciten empleo, de manera que prive o pudiere privar a una persona de las oportunidades de empleo, o que afectare negativamente, de la manera que fuere, su calidad de empleado en razón de la raza, el color, la religión, el género o el origen nacional de la referida persona.

Independientemente de esto, lo concreto es que no existe texto legislativo que exprese claramente el concepto de acción afirmativa. En este sentido, la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles en 1977 la define como *“cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se produzca en el futuro.”*⁶

De esta definición se desprende claramente la concepción de la acción positiva como compensación por un doble motivo: a) dar a entender que la discriminación pertenece al pasado; y por otro lado b) provocar reacciones de culpabilidad o no, en individuos que no pertenecen al grupo discriminado.⁷

IV- LA JURISPRUDENCIA. SU EVOLUCION

La segregación racial fue recusada en 1896 en el caso **Plessy vs. Ferguson**, que inauguró la vigencia de la **doctrina “iguales pero separados”**. El argumento invocado afirmaba que las leyes de Louisiana que establecían

⁴ (WILLKINSON, 1979)

⁵ El Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, según enmendada, prohíbe la discriminación en el empleo por razón de raza, color, religión, sexo u origen nacional en la contratación, promoción, despido, pago, beneficios suplementarios, programas de diestramiento, clasificación de empleo, reclutamiento y bajo cualquier otro término y condición de empleo. U.S. Government Printing Office 1993-0-339-476.

⁶ (González Martín, 2004).

⁷ (Barrere Unzueta, 2002)

asientos separados para blancos y negros en los transportes de pasajeros no negaba la igualdad ante la ley, siempre y cuando los lugares físicos separados fueran iguales en calidad.

Opinión mayoritaria del Tribunal Supremo en Plessy:

“Que [la Separate Car Act (ley de 1890 que establecía la separación racial en los ferrocarriles)] no vulnera la 13ª Enmienda que abuele la esclavitud... es algo tan evidente que no precisa discusión... Una norma que se limita a fijar una distinción legal entre la raza blanca y la de color – distinción basada en el color de una y otra raza y que debe seguir existiendo mientras el color de la piel siga diferenciando a los blancos de otra raza distinta -- no supone en ningún caso quebranto de la igualdad jurídica entre las dos razas... [La 14ª Enmienda] tenía indudablemente por objeto hacer valer la absoluta igualdad de las dos razas ante la ley, pero va implícito en la propia naturaleza de las cosas que no podía pretender abolir diferencias basadas en el color de la piel, ni imponer una igualdad de tipo social, distinguiéndola de la igualdad política, ni una equiparación de las dos razas en términos poco convenientes para ambas.”⁸

Pese a la terminante decisión de la mayoría, vale la pena destacar la para ese entonces moderna y cuasi visionaria disidencia del juez Marshall cuya visión empieza a perfilar la denostada más adelante con la formal aparición de los Derechos Civiles:

“Nuestra Constitución no distingue colores, ni tampoco entiende ni tolera distinciones de clase entre los ciudadanos. En lo que respecta a los derechos civiles, todos los individuos son iguales ante la ley...”

En mi opinión, el tiempo demostrará que el fallo emitido en el día de hoy es igual de pernicioso que la decisión adoptada por este mismo tribunal en el caso Dred Scott... Esta decisión, tengámoslo bien presente, no sólo alentará las agresiones, más o menos brutales e injustas, a los derechos que se reconocen a los ciudadanos de color, sino que además alimentará la creencia de que es posible burlar, por medio de leyes parlamentarias, las enmiendas recientemente introducidas en la Constitución”

A partir de este fallo la doctrina y la lectura de la 14 Enmienda se extendió desde el transporte público hacia otros ámbitos como las escuelas públicas. La doctrina “iguales pero separados” que dominó gran parte de las decisiones legales desde su instalación hasta mediados del siglo XX, manifiesta la negación oficial de la existencia de la discriminación racial.

¿Cual era el real significado de separados pero iguales? (Testimonio)

“Si pasas en coche por Clarendon County, como antes solía hacer yo... verás en el campo esas espantosas casuchas de madera que antes albergaban las escuelas para niños negros. No es que las escuelas para niños blancos fueran nada del otro mundo, pero al menos tenían un aspecto más o menos digno... En cambio, las escuelas de los negros no eran más que chamizos sucios, en ruinas, con aquellos horribles retretes al aire libre” .⁹

Las modificaciones que implicó la instalación del “New Deal” en 1930 consistían en la regulación de la economía favoreciendo las inversiones, el crédito y el consumo, lo que permitiría reducir el desempleo. El gasto público debía orientarse a la seguridad social y a la educación.

⁸(QUINT, 1972, 145)

⁹ (WARING, 1975, 301)

Las nuevas obligaciones que el Estado debía cumplir, también implicaron cambios en la actuación del Estado frente a las problemáticas de las minorías. Estas problemáticas comenzaron a ser entonces institucionalizadas con la creación de ámbitos estatales, legalizando dentro de ellas las actividades de los grupos minoritarios y dejando fuera de la legalidad a quienes no estaban comprendidas en tales órbitas.

Lo que cambió los derechos civiles de una cuestión periférica a una central, fue la aparición de los negros mismos como amplio bloque nacional, elevando el problema de los derechos civiles de los negros al primer rango de las preocupaciones internas de la nación.

El primer fallo judicial que representó el cambio que el New Deal había inaugurado fue el **Caso Gaines** de 1938 cuando la Corte resolvió que las calidades iguales habían sido violadas al negársele a un estudiante negro el ingreso a la Facultad de Derecho de Missouri ofreciendo a cambio una compensación monetaria para pagar su tutoría en alguna escuela de leyes fuera de Missouri. Sin embargo lo que la Corte cuestionaba era la igualdad de las condiciones, no los fundamentos raciales que sostenían la doctrina. Finalmente la Corte resolvió que Missouri debía abrir una facultad de Derecho para alumnos de otra raza o admitir a Gaines.

Claramente esta disposición estaba lejos de representar una solución para el real problema pero sí aportó desde el punto de vista de empezar a poner de manifiesto las falencias del ponderado Caso Plessy y marcar el principio del fin de esta corriente doctrinaria.

A principios del siglo XX, se formó la Asociación Nacional para el Progreso de Gente de Color (NAACP) con el fin de buscar una salida política a la injusticia y violencia del racismo. La organización empezó a tener éxito en las cortes en su lucha contra la discriminación en vivienda, transporte, empleo y otras áreas.

En la década de 1950, la NAACP empezó a atacar la idea de "separados pero iguales" que permitía la segregación en las escuelas. Pero fue solo después de varios intentos fallidos a la hora de intentar anular la doctrina del caso Plessy que la NAACP decide revisar su estrategia:

"Habíamos dicho que reforzaríamos la estrategia --sostener, en cada caso concreto, que, como mínimo, los centros escolares incumplían el principio de igualdad y eran, por tanto, inconstitucionales-- pero no había hablar de igualdad mientras se mantuviera la separación de centros. Recurrimos entonces a un segundo argumento: la igualdad en la protección sólo sería efectiva cuando los centros fueran los mismos para todos. Reclamamos la integración, pero no en un futuro más o menos lejano, sino inmediatamente, pues era la única forma de garantizar la igualdad de una vez por todas. En casos posteriores en los que aceptamos que hubiera igualdad sin integración, planteamos nuestras demandas dentro del marco tradicional, para así poder volver, en último caso, al argumento de la igualdad de los servicios y las instalaciones de los centros. Intentábamos que, en caso de que no prosperase la pretensión de anular por inconstitucional el fallo del caso Plessy, al menos lográsemos que admitieran las escuelas integradas".

En 1951, Oliver Brown, de Topeka, Kansas, impugnó la doctrina conocida como "separados, pero iguales" cuando presentó una demanda contra la junta escolar de la ciudad en nombre de su hija de ocho años en el **Caso Brown vs. Consejo de Educación de Topeka**. Brown deseaba que su hija asistiera a una escuela blanca situada a cinco manzanas de su casa, en vez de a la escuela negra, que estaba a veintiuna manzanas de distancia. Un Tribunal federal falló contra Brown.

En Carolina del Sur, Virginia y Delaware, los padres de otros niños negros entablaron pleitos similares. El tribunal de Delaware resolvió que las escuelas negras eran inferiores a las blancas y ordenó que los niños negros fueran trasladados a escuelas blancas. Las autoridades escolares apelaron la decisión al Tribunal Supremo.

En 1954 el Tribunal sentenció por unanimidad que la segregación escolar era inconstitucional. La sentencia expuso los efectos perjudiciales de la segregación: la separación de los niños blancos y de color en las escuelas públicas tiene un efecto perjudicial en los niños de color; el impacto es mayor cuando es sancionado por la ley, puesto que la política de separación de las razas es interpretada generalmente como que denota la inferioridad del grupo negro; el sentido de inferioridad afecta la motivación que un niño tiene de aprender. La segregación sancionada por la ley, por lo tanto, tiende a retardar el desarrollo educativo y mental de los niños negros y a privarles de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar racialmente integrado.

En resumen, el Tribunal Supremo dictaminó, por unanimidad, que en la escuela pública no tiene cabida la doctrina separados, pero iguales. *"La existencia de instalaciones educativas separadas entraña intrínsecamente la desigualdad"*, violándose con la segregación la 14 Enmienda de la Constitución.

El caso Brown contra el Consejo de Educación de Topeka, fue un caso escolar que posteriormente se aplicó para legislar situaciones que involucraban segregación racial en escuelas y colegios. Su influencia fue tan determinante que en los sucesivos fallos, a partir de 1955 la Corte Suprema y otras Cortes Federales obligaron por analogía al fallo Brown invalidar muchas formas de segregación racial.

Sin embargo, esto también marcaba los límites en tanto se refería sólo a áreas controladas por el Estado. La conducta discriminatoria de ciudadanos privados quedaba por fuera de su incumbencia. Lo que naturalmente nos hace deducir que el camino hacia el desarraigo de la segregación en Norteamérica sería recorrido a paso lento.

El 1 de diciembre de 1955, **Rosa Parks**, secretaria local del NAACP y miembro de la Iglesia Metodista Episcopal Africana, fue arrestada por rehusarse a ceder su asiento a un hombre blanco dentro de un bus público.

La injusticia era doble, ya que las llamadas "leyes Jim Crow" (1876-1965) ni siquiera estipulaban que los "negros" debían ceder su asiento a un blanco, sino sólo que se sentaran en la sección asignada para ellos. La injusticia es aun más grave, si se tiene en cuenta que el 75% de los ciudadanos que usaban los buses eran afroamericanos. Ante tal delito fue llevada detenida y sometida a juicio.

A partir de allí grupos negros se organizaron para llevar adelante manifestaciones durante el juicio. El movimiento que instauró el boicot a los transportes.

Martin Luther King fue elegido para dirigir el boicot y el 7 de diciembre de 1955 pronunció un discurso con el fin de dar las pautas a seguir durante la protesta. Del mismo se trasluce que el argumento fuerte está puesto en la defensa de los derechos civiles que les son negados sistemáticamente a los negros: "los negros somos ciudadanos y tenemos derechos". La argumentación continúa en los mismos términos cuando reconocen que la decisión sólo puede venir de su unión: "hasta que hagamos algo para detenerlos, estos arrestos van a continuar". El llamamiento está dirigido hacia toda la comunidad negra y en esto ellos mismos no encuentran ninguna fragmentación interna: «la

próxima vez puede ser usted, o usted, o usted». Todo negro sin distinción de lo que haga ni de donde esté ubicado está llamado a hacerse responsable de lo que la comunidad negra está padeciendo.¹⁰

El boicot que en principio duraría solamente durante el día en que se llevaría a cabo el juicio sin embargo y ante la sentencia insatisfactoria del tribunal, la población negra se abstuvo por 381 días del uso del sistema de transporte público. Durante este período, King fue puesto en la cárcel por dos semanas y su casa fue objeto de un ataque con una bomba incendiaria. Finalmente, la Corte Suprema dictaminó, el 13 de noviembre de 1956, que la segregación en los buses era inconstitucional.

En 1971 la Suprema Corte fallo en el **caso Griggs vs. Power Co.**, expresando que el título VII de la Ley de Derechos Civiles, prohibía no solo las practicas que tenían un motivo de discriminación sino también las practicas que fueran adoptadas sin intención de discriminar pero que tenían efecto de discriminación para mujeres y minorías en general,

Este fue el comienzo de una nueva doctrina llamada "impacto dispar" o efecto adverso. En este caso si el demandante alega que el impacto de una practica aplicada a un grupo protegido, el demandado debe presentar como prueba que el uso de dicha practica es justificada, en este fallo la carga de la prueba que presentaron fue la "necesidad del negocio".

Por una parte el demandante establece que la practica tuvo un efecto adverso a un grupo protegido cuando: si la practica usada es de alguna manera limitante a las oportunidades de trabajo entre blanco y negros, hombres y mujeres, etc., y al mismo tiempo tiene que demostrar que dicha practica no es esencial o indispensable para el negocio del empleador. Por otra parte, el demandado, debe de probar que el piso de la practica esta justificado por la practica o necesidad del negocio.

En el caso Griggs se conceptualiza la discriminación como un fenómeno complejo, de naturaleza sistemática. Se trata, entonces, de corregir los desequilibrios raciales y sexuales existentes en la composición de la fuerza de trabajo y la infrautilización de la misma con el fin de evitar futuras condenas por discriminación.

Tras la sentencia de Griggs se implantaron numerosos planes de acción positiva al amparo de la mencionada orden ejecutiva 11.246 se Jonson de 1965, en la que se establece un doble objetivo: dar a todos la posibilidad de desarrollo y ganar su sustento; y en segundo lugar: garantizar a todos los ciudadanos un nivel de vida decoroso.

Estos principios fueron interpretados por la Corte Suprema de manera amplia lo que dará en consecuencia lugar a la doctrina de la Discriminación Indirecta o "disparate impact" de 1971 y a la admisión de las acciones positivas en el sector privado.¹¹

Todos estos principios y acciones dieron lugar al "Equal Employment Opportunity Act" de 1972, como primera reforma del título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964.¹² Con la Ley de Derechos Civiles de 1991 se

¹⁰ (POZZI, NIGRA, 2003, 257)

¹¹ Disparate Treatment y Disparate Impact son doctrinas estadounidenses que en la cultura jurídica europea suelen identificarse con la discriminación directa y con la discriminación indirecta respectivamente. Es de destacarse también que existen otros tipos de clasificaciones sobre la discriminación, a saber: deliberadas e inconsistentes, que también suelen identificarse con la discriminación directa, en el primer caso con la discriminación indirecta en el segundo. Lo más importante de esta distinción es la carga de la prueba sobre la intencionalidad o no intencionalidad de la discriminación. (BARRERE UNZUETA, 1997, 37)

consolido la doctrina del mencionado Disparate Impact, de la inversión de la carga de la prueba, el incremento de indemnización por daños y perjuicios y la ampliación de la prohibición de discriminación a los test de trabajo. Con respecto a la acción positiva, la ley se limito a establecer la legalidad de los remedios de los tribunales, de las acciones positivas y de los acuerdos de conciliación, y limitar el periodo de impugnación de los Consent Decree. Como puede verse, pese a los esfuerzos realizados, las carencias relativas a la regulación de la acción afirmativa, se mantienen.

V- CONSECUENCIAS Y EVOLUCION DEL CONCEPTO DE ACCION AFIRMATIVA

Como se vio, producto de los muchos pronunciamientos el Tribunal Supremo efectivamente siguió la Ley de Derechos Civiles (1964) y toda una infraestructura jurídica basada en el sistema de cuotas y en el principio de discriminación positiva y tras la aprobación de la misma, se fue desarrollando en Estados Unidos el aparato legal de la acción afirmativa.

Ahora bien, es claro que el concepto de acción afirmativa ha en efecto evolucionado y que se ha logrado propugnar la inserción de grupos minoritarios en el sistema educativo, lo mismo con las cuotas referidas al género, etc. Sin embargo existe una falla conceptual en la estructuración del concepto que se ha elegido reglamentar que indefectiblemente imposibilita la concreción de los fines que se desean obtener mediante la aplicación de dichas medidas.

Conceptualmente, *“la discriminación positiva corresponde a una política que se impulsa en un país, en un cierto momento histórico, en conformidad a la cual y en virtud de un cierto diagnóstico, se concluye que ciertos grupos o sectores (las mujeres, cierta raza, los indígenas, etc.) han sido históricamente postergados y perjudicados o desaventajados. El diagnóstico indica que, en esas condiciones, para que tal grupo o sector pueda sobreponerse, no basta una mera institucionalidad que garantice la igualdad de oportunidades sino que se requiere un impulso mayor.”*¹³

La justificación de la discriminación positiva reside en la igualdad, pero en la igualdad en el mediano o largo plazo, es decir, en el futuro (no en el presente). Es valido preguntarse entonces si la discriminación positiva satisface el principio de igualdad.

Pues bien, el Principio de Igualdad exige conferir un estatuto jurídico que se traduzca en una igualdad de trato de las personas en el derecho y ante el derecho. El principio de igualdad exige tratar a las personas como iguales, dice Dworkin; esto es, con igual consideración y respeto.¹⁴

Es en este punto donde se produce el error. La discriminación positiva, no es compatible con el principio de igualdad, en ninguno de sus modelos o dimensiones precisamente por que la discriminación positiva es una discriminación, lo que ocurre es que puede estimarse valiosa, necesaria o justa, pero es una discriminación.

El tratamiento diferenciado que permite la discriminación positiva no corresponde a la dimensión igualdad por diferenciación¹⁵. La igualdad por diferenciación (como la igualdad por equiparación¹⁶) tiene por objeto garantizar

¹³ (FIGUEROA, 2000)

¹⁴(DWORKIN, 1984) Dworkin distingue entre “tratar como igual” y “dar igual tratamiento”. El principio de igualdad, en su opinión, exigiría sólo lo primero, es decir, tratar como igual, pero no necesariamente dar un igual tratamiento.

¹⁵ “la diferenciación puede ser, asimismo, expresión del valor igualdad ante la ley. Se trata de una **diferenciación en el trato basado en la existencia de condiciones relevantes** respecto a los efectos de las normas. Esta diferenciación potencia, y no

igualdad de trato. En cambio, en casos de discriminación positiva, el tratamiento diferenciado tiene por objeto compensar injusticias o desigualdades históricas, las que no resultarían corregidas mediante una fórmula de igualdad de oportunidades. Por ello, se requiere un plus, un tratamiento privilegiado o especial a cierto grupo o sector. La igualdad está presente en la discriminación positiva, pero se trata de la **igualdad a futuro, sobre la base de no asegurarla en el presente**. Precisamente, en el presente, la política de discriminación positiva es desigualitaria para poder en el futuro tender a la igualdad.

Si a esto le sumamos que el instrumento para poner en marcha dicha política – la acción afirmativa- ha sido conceptualizado por la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles como “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una practica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación **presente o pasada o para impedir que la discriminación se produzca en el futuro.**” Entenderemos porque de plano la acción afirmativa esta condicionada a ser una medida eficiente que sin embargo es parcialmente eficaz. Porque no basta con hacer las cosas correctamente (eficiencia), hay que hacer las cosas correctas (eficacia).

VI- PROPUESTA REDEFINITORIA

Recapitulando sobre los puntos planteados, seria necesario rever el modo en el que se formula el planteamiento de la acción afirmativa dejando de lado las añejas ideas de compensación, trato a favor, beneficio extra, etc. Es imperativo desterrar del inconsciente colectivo la idea de que se aventaja a un grupo por sobre los demás (discriminación positiva) perjudicando, consecuentemente, a los otros de forma indirecta (discriminación indirecta). La población en general necesita dejar de antagonizar este tipo de medidas y empezar a comprender la importancia de la inclusión social (bien entendida). Para todo esto, un re-diseño de la norma desde el punto de vista lingüístico resulta prima facie imperativo.

Por otro lado, la acción afirmativa debe dirigirse asertivamente a combatir la discriminación de status o estructural que sufren algunos grupos, siendo su objetivo mas ambicioso que el de la erradicación de la desigualdad en el mero trato. Los efectos necesitan llegar mas hondo y los resultados deben buscarse desde hoy y no solo como desarrollo progresivo hacia el futuro.

Por ultimo, para lograr lo propuesto, considero seria apropiado contemplar la posibilidad de virar el criterio a partir del cual se selecciona el problema que la acción afirmativa debe atacar. El centrar la atención en cuestiones de género, raza, religión, etc. como se ha hecho hasta ahora, pone el énfasis en diferencias que son, incidentalmente, inherentes a la personalidad de los individuos. Esto resulta en estigmatización, no del problema como algo a combatir, sino de las personas (como algo a combatir si).

Mucho mas acertado resulta tomar el concepto de “clase” y traerlo para que se convierta en el objeto de aplicación de la acción afirmativa. En palabras de Rolando Tamayo y Salmoran “*La expresión “clase” claramente presupone que el procedimiento no se refiere a personas individualmente consideradas, se refiere ab ovo, a un grupo de interesados... presupone cierta*

dificulta, la igualdad ante la ley, y es un elemento de conexión con la igualdad material, puesto que en el establecimiento de los datos relevantes se puede, en ocasiones, tener en cuenta criterios de redistribución general que faciliten la satisfacción de necesidades...” Peces-Barba. Ob. cit, pp. 152-156.

clase de casos o litigios susceptibles de ser sustanciados en un solo juicio, una clase de litigios... susceptibles de un class treatment (de un tratamiento de clase)”¹⁷

De esa manera, el “conflicto” a resolver se conserva fuera de la esfera de la individualidad de la persona y pasa a ser parte de las circunstancias que atraviesa un grupo. Dándole además de esta forma notas propias de algo de carácter transitorio y pasible de modificación.

BIBLIOGRAFIA

1. BARRERE UNZUETA Ma. A. (1997) *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Civitas, 1997.
2. BELZ, H. (1991) *Equality transformed: a quarter-century of affirmative action*. Transaction Publishers, 1991.
3. CALDERAZZI A. M. (1972) *La revolución negra en los Estados Unidos*, trad. De Arriba Egea, España Burguesa, 1972, p.66.
4. CROSBY J. y otros. (2001) *Affirmative action: the pros and cons of policy and practice*. Rowman & Littlefield, 2001.
5. DWORKIN R. (1984) *Los Derechos en Serio*. Editorial Ariel. 1984.
6. FIGUEROA G. R. (2000) *Igualdad y Discriminación* en “Cuaderno de Análisis Jurídico”. Universidad Diego Portales, 2000.
7. GONZALEZ MARTIN N. (2004) *Origen, concepto y características del derecho a la no discriminación*, Memorias del Foro: Análisis y debate sobre el derecho a la no discriminación en el marco internacional de los derechos humanos, organizado por la Comisión de Derechos Humanos de Distrito Federal, México, D.F. 2004.
8. JONES H. (1966) *The United States Supreme Court, Brown v. Board of Education of Topeka, 1954*, Daniel J. Boorstin ed., en *An American Primer*; Mentor Book, Universidad de Chicago, 1966, págs. 927 a 936.
9. POZZI P. y NIGRA F. (2003) *Huellas Imperiales. Historia de los Estados Unidos de América 1929-2000*. Editorial Imago Mundi, 2003.
10. QUINT H.H. (1972) *Main Problems in American History*, 3ra ed.; The Dorsey Press, vol. 2, 1972, pp.145-148.
11. SELLER C. y otros. (1988) *Sinópsis de la historia de los Estados Unidos*. Ed. Fraternal, 1988.
12. TAMAYO Y SALMORAN R (1987) *Class Action: una solución al problema de acceso a la justicia*. 1987.
13. WARING W. (1975) En: Kluger, Richard: *Simple Justice*. New York, Knopf. 1975. págs. 301-302.
14. WILLKINSON J. H. (1979) *From Brown to Bakke. The Supreme Court and School Integration: 1954-1978*. Oxford University Press, 1979.

¹⁶ “la equiparación como manifestación de la igualdad ante la ley supone un **trato igual de circunstancias o de situaciones no idénticas**, que, sin embargo, se estima **deben considerarse irrelevantes** para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma reglamentación normativa”. Peces-Barba. Ob. cit, pp. 152-156.

¹⁷ (TAMAYO Y SALMORAN, 1987, 151)

COLONIALIDAD, “PERFORMANCE” Y GÉNERO: LA SAGA DE LORENA BOBBITT¹

Por **Chloé S. Georas***

Traducción: Magali Sánchez

I. Introducción: “El corte más cruel”²

El 23 de junio de 1993 en Manassas, Virginia, luego de años de abuso verbal y físico que según testimonios culminó en otro episodio de violación marital, Lorena Bobbitt tomó un cuchillo de mesa de mango rojo y ocho pulgadas de largo y le cortó el pene a su esposo y *ex-Marine*, John Wayne Bobbitt.³ Se fugó en un carro, llevándose el pene que luego descartó en un área de vegetación, donde fue rescatado por una brigada de rescate policiaco y reenlazado quirúrgicamente al cuerpo de su esposo. John Wayne fue enjuiciado y absuelto de los cargos de violación marital. Enfrentando una posible condena de hasta veinte años por daño doloso, Lorena alegó no recordar el acto e invocó las defensas de incapacidad mental y el Síndrome de la Mujer Maltratada en respuesta al argumento del fiscal de que fue un acto de venganza. Lorena fue juzgada no culpable por razón de incapacidad mental y pasó meramente unos días en un hospital mental antes de ser puesta en libertad.⁴

A través de su corte transgresivo “sentido alrededor del mundo”⁵, Lorena Bobbitt no sólo amputó el órgano que simbolizaba su miseria, sino que logró fama instantánea. La maquinaria globalizada de los medios de comunicación diseminó la infame saga de Bobbitt, apropiada de maneras variadas según ansiedades culturales profundamente enraizadas.

En este artículo exploro cómo diferentes acercamientos teóricos a los aspectos narrativos, performativos y culturales de los juicios, especialmente los juicios famosos, articularon la fascinación del público con la saga de Bobbitt. La primera sección contextualiza el escenario del caso al explorar la localización de los latinos en el imaginario social americano y trans-americano con un énfasis particular en los debates poscoloniales de la “colonialidad del poder”. La segunda sección explora cómo los análisis narrativos y performativos pueden ofrecer interpretaciones nuevas de los juicios famosos para apreciar mejor sus implicaciones culturales y políticas. La tercera y última sección analiza las historias presentadas por la defensa y la fiscalía y cómo éstas reinscriben tropos de índole racial y sexual, altamente controvertidos, característicos de la colonialidad del poder.

*Catedrática Auxiliar, Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico; B.A. en Economía de la Universidad de Puerto Rico (1987); M.A. en Historia del Arte de S.U.N.Y., Binghamton (1997); J.D. New York University School of Law (2004). Autora del libro “rediviva: lost in a trance.lations” (Editorial Isla Negra, 2006; Libros Nómadas, 2001).

La traducción de este artículo fue realizada por Magali Sánchez (2009) y revisada por la autora. Esta traducción al igual que el artículo original están bajo una licencia Creative Commons conocida como Atribución 3.0 Puerto Rico. Un resumen de dicha licencia está disponible en <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/pr>.

¹ Para cumplir con el espacio provisto para esta publicación, algunas secciones del trabajo original del cual este trabajo se deriva han sido omitidas y otras se han sintetizado. La versión original de este artículo se redactó para un curso de “performance” y derecho en NYU School of Law en 2004. Mi agradecimiento a los profesores de dicho curso, Peggy Cooper Davis y Richard Schechner, por sus comentarios y ediciones valiosas a este trabajo. Sin embargo, cualquier error u omisión de esta versión revisada son exclusivamente míos.

² *The Unkindest Cut of All: Enough Already*, U.S. News & World Report, 31 de enero de 1994, a la página 14.

³ En lo sucesivo Lorena Bobbitt será abreviada como “Lorena” y John Wayne Bobbitt como “John Wayne”.

⁴ Pasajes del juicio en este artículo fueron publicados por PETER KANE, *THE BOBBITT CASE: TRANSCRIPTS OF THE SEX TRIAL THAT SHOCKED THE WORLD* (Pinnacle Books, 1994). En lo sucesivo será abreviado como “Transcripción”.

⁵ Rush Limbaugh, *No Tears for Lorena*, Newsweek, 24 de diciembre de 1994, a la página 56.

II. Colonialidad del poder y el imaginario trans-americano

La noción de Quijano de la "colonialidad del poder" muestra cómo, a pesar del éxito de las luchas por la independencia en América Latina en el siglo XIX, las formas de dominación (étnicas, raciales y económicas) se reinscriben dentro del marco de los nuevos estados nacionales. Mientras que la colonización imperial clásica normalmente se refiere a una dominación amplia y directa de los territorios por un poder central, la colonialidad del poder nombra una forma de dominación más matizada desatada por los hegemónistas culturales neo-coloniales.⁶ Las jerarquías etno-raciales del colonialismo se reinscriben en la esfera social a pesar de la erradicación formal del colonialismo. Por lo tanto, la colonialidad del poder puede existir sin una administración colonial al igual que la independencia puede existir sin un proceso de descolonización (América Latina).⁷ La importancia que Quijano atribuye a las construcciones culturales de la historia colonial, tales como raza y etnia, muestra la imposibilidad de conceptualizar únicamente las relaciones materiales de la dominación, es decir, sin ver su inscripción en el imaginario social de la misma: las representaciones y el lenguaje que el poder emplea en el debatido terreno de la inequidad. La colonialidad del poder es un eje de dominación inscrito en, pero diferente a, los ejes capitalistas de la explotación. La colonialidad del poder y la modernidad son engendros de la expansión y colonización europea que llevan a la invención de las Américas, Europa y África en una nueva geografía mundial que privilegia a Occidente como el imaginario social hegemónico y proclama el sistema mundial capitalista.⁸

Los Estados Unidos, caracterizado por la denominada colonización de pobladores ("settler colonization") que logró la independencia sin la descolonización, está profundamente implicada en las historias de la colonialidad del poder a través del despliegue de jerarquías étnicas, raciales y sexuales que mantienen a los otros en su lugar, a pesar del lenguaje inclusivo del liberalismo estadounidense. América Latina es uno de los espacios de incalculable otredad en contra de la cual Estados Unidos reifica su propia modernidad y progreso civilizatorio. Por lo tanto, las identidades latinas en los Estados Unidos están inscritas en largas y complejas historias de conquista y dominación que se remontan a la invención de las Américas y no pueden entenderse fuera del contexto del imaginario social de la colonialidad del poder.⁹

Los latinos son diferentes de otras oleadas de inmigrantes europeos a Estados Unidos. Primero, los chicanos y puertorriqueños han sido directamente "colonizados, discriminados y desgarrados entre un discurso de asimilación/ciudadanía y las realidades de la discriminación racial y la pobreza."¹⁰ Segundo, el resentimiento de los que han sido afectados por las intervenciones de Estados Unidos en América Latina ha desembocado en una resistencia a la asimilación. En vez de encaminarse inexorablemente hacia la asimilación, la diáspora latina en este momento de globalización, existe en "un espacio contrapuntual en/de la modernidad, donde la patria no es

⁶ Anibal Quijano, "Raza", "etnia" y "nación" en Mariátegui: *Cuestiones abiertas*, en ENCUENTRO INTERNACIONAL: JOSÉ CARLOS MARIÁTEGUI Y EUROPA. EL OTRO ASPECTO DEL DESCUBRIMIENTO 167 (Empresa Editora Amauta S.A. 1992); *Colonialidad y modernidad/racionalidad*, 13 *Perú Indígena* (no. 29) 11 (1993); *Modernity, Identity and Utopia in Latin America*, 2 *Boundary* 140 (1992).

⁷ Quijano, *supra* note 6, "Raza", "etnia" y "nación" en Mariátegui.

⁸ Quijano, *supra* note 6, *Modernity, Identity and Utopia in Latin America*; WALTER MIGNOLO, LOCAL HISTORIES, GLOBAL DESIGNS: COLONIALITY, SUBALTERN KNOWLEDGES AND BORDER THINKING (Princeton University Press 2000).

⁹ Agustín Laó-Montes, *Mambo Montage: The Latinization of New York City*, en MAMBO MONTAGE: THE LATINIZATION OF NEW YORK CITY 1, 5-6 (Agustín Laó Montes & Arlene Dávila eds., Columbia University Press 2001).

¹⁰ Juan Poblete, *Introduction*, en CRITICAL LATIN AMERICAN AND LATINO STUDIES ix, xviii (Juan Poblete ed., University of Minnesota Press 2003) (citing Suzanne Oboler).

meramente abandonada sino que entra en procesos y configuraciones multi-direccionales. [...] [Los latinos] habitan simultáneamente y/o alternativamente muchos espacios culturales y políticos de articulación política y cultural. Esta pluralidad de identificaciones (en oposición a identidades estables) fluctúa entre lo nacional y lo transnacional [...]."¹¹ En este sentido, podemos decir que los latinos son parte de un imaginario trans-americano, una geografía cultural o cronotopo habitado por personas transnacionales "cuyas vidas inciden de formas complejas con los significados heterogéneos de los símbolos de la "americanidad".¹²

Lorena Bobbitt se convirtió en una figura importante en la zona de contacto del imaginario trans-americano que hizo visible la colonialidad de los discursos y las representaciones de los latinos en Estados Unidos. Lorena simultáneamente desestabilizó y reificó las fronteras políticas y culturales, altamente polarizadas en términos raciales y de género, que articulan el imaginario colonial moderno americano.

III- Acercamientos narrativos y performativos a los juicios famosos

En un litigio las partes articulan historias que compiten "ante un tribunal público cuya decisión se basa en la ley, tiene el potencial de ser la determinación final en torno a la disputa entre las partes y sirve como precedente o autoridad persuasiva en futuros casos o controversias similares."¹³ A pesar de los años de debate sobre la influencia de la política, economía e ideología sobre las decisiones jurídicas, la visión tradicional y dominante de la ley es que es un proceso de evaluación neutral. Por el contrario, académicos que provienen de los estudios críticos de derecho enraizan el escenario legal en un análisis de relaciones de dominio y perciben la mencionada apariencia de neutralidad legal como efecto del poder. La ley no se percibe como un reflejo de una verdad objetiva separada de la especificidad cultural, sino como inscrita interactivamente en procesos culturales.¹⁴ Al analizar las inscripciones culturales de un juicio, el análisis narrativo, los estudios de "performance" y la antropología han mostrado ser espacios fructíferos para evaluar las formas y estrategias del poder articuladas a través de los procedimientos legales.

Los estudios legales contextuales se desvinculan de interpretaciones positivistas y objetivas de la ley y privilegian una reexaminación pos-estructural de cómo la ley constituye lo social a través de categorías y premisas legales que organizan configuraciones particulares de discursos de poder. Los debates pos-estructuralistas sobre las estrategias discursivas que inscriben la interpretación de un texto, independientemente de las intenciones de su autor, han hecho visible los fundamentos ideológicos del discurso y han abierto el camino para el análisis narrativo de los textos legales. El lenguaje ya no se entiende como representativo de una realidad, sino como constitutivo de dicha realidad. El privilegiar unos discursos en oposición a otros y el despliegue selectivo de términos y soluciones se vuelven relevantes cuando las partes proponen "hechos" dentro de estructuras interpretativas que compiten entre sí.¹⁵

Los estudios de "performance" van más allá de la suposición común de que la realidad es una construcción social al reconocer que "nuestras vidas se estructuran de acuerdo a modos de conducta repetidos y socialmente sancionados" y, por lo tanto, plantea "la posibilidad de que toda actividad humana pueda, potencialmente, ser

¹¹ *Id.* A la página xx (following James Clifford and Edward Said).

¹² Paula Moya & Ramón Saldivar, *Fictions of the Trans-American Imaginary*, 49 MFS Modern Fiction Studies 1, 16 (2003).

¹³ ANTHONY AMSTERDAM, PEGGY COOPER DAVIS & ADERSON FRANCOIS, NYU LAWYERING PROGRAM READINGS 210-211 (2003).

¹⁴ Peggy Cooper Davis, *Contextual Legal Criticism: A Demonstration Exploring Hierarchy and "Feminine" Style*, 66 NYU L. Rev. 1635, 1640-1643 (1991).

¹⁵ Elisa Deener, *A Mediation Tale* 1, 2-3 (2004) (manuscrito); Sara Cobb & Janet Rifkin, *Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation*, 16 Law & Soc. Inquiry 35, 37-38 (1991).

considerada como "performance", o al menos toda actividad llevada a cabo con consciencia de si misma".¹⁶ Independientemente de la mirada de las prácticas culturales donde "algunas acciones se considerarán "performances" y otras no," el principio de "performance" puede ser aplicado a "todos los aspectos de la vida social y artística. El "performance" ya no se limita al escenario, a las artes y al ritual. La performatividad está siempre ligada a la interdependencia del poder y el conocimiento."¹⁷ Los juicios son particularmente susceptibles a un análisis desde la perspectiva de los estudios de "performance" dadas sus estructuras dramáticas inherentes.¹⁸

La estructura narrativa de los cuentos se ha aplicado exitosamente al análisis de los procesos legales. Feingensen enfatiza la concepción melodramática de los juicios por daños como narrativas donde: 1-la agencia individual se percibe como causa del accidente; 2- las características intrínsecas del individuo son el centro de la causalidad del accidente; 3- los personajes del juicio se dividen entre los buenos y los malos; 4- el foco del juicio es el sufrimiento de la víctima; y, 5- el bien triunfa sobre el mal en el juicio.¹⁹ La estructura narrativa de los cuentos moldea nuestro pensamiento y es un medio crucial a través del cual se articulan legalmente las transgresiones y violaciones. Dicha estructura narrativa ha emergido del estudio de los juicios: un estado estable donde prevalecen las normas se desestabiliza por una transgresión que requiere algún tipo de acción que restaure o transforme el status quo.²⁰

Estas formas de análisis procesal claramente están en deuda con la forma en que el antropólogo Victor Turner teoriza sobre la experiencia humana generalmente organizada alrededor de "dramas sociales" o "unidades de procesos". Los dramas sociales, incluyendo los juicios, representan secuencias de eventos, públicamente ejecutados, que típicamente se estructuran en cuatro fases: 1- Fase de transgresión donde se viola alguna norma en el campo de las relaciones sociales. 2- Fase de crisis tales como el duelo y su intensificación que puede llegar a ser co-extensiva con una crisis estructural a menos que se contenga. Esta fase es donde se revela el verdadero rostro de la situación. 3- Fase de reparación donde hay un intento por limitar la crisis a través de mecanismos compensatorios o conciliatorios de miembros representativos del sistema social. 4- Fase de reintegración o reconocimiento de un cisma irreparable.²¹ Los juicios como dramas sociales demuestran los aspectos narrativos de la expresión social y momentos que marcan rituales de paso liminales donde las normas simultáneamente se suspenden y se revelan, abriendo un espacio para su reinscripción o transformación.

En su aplicación de la teoría literaria psicoanalítica al análisis de los juicios, Felman despliega el concepto del "abismo" cultural. Un abismo nos habita como un "vacío interno" que resiste ser concientizado y no puede verse. El trauma como abismo se convierte en un espacio "accidentado" a través del cual la cultura se revela como una brecha incognoscible.²² El abismo no puede ser totalizado y, por lo tanto, los argumentos finales de un juicio no pueden abarcar o contener dicho abismo. La ley trata de tender un puente sobre este abismo incontenible a través de racionalizaciones y codificaciones legales en su intento de insularse de la implacable irregularidad e irracionalidad del abismo. Aunque la ley trata de crear un fundamento consciente para el abismo esencialmente inconsciente e infundado, la historia de la ley y el trauma es la de dos barcos en la noche destinados a reinscribir repetitivamente el trauma, desafiando la clausura que busca la ley. Por lo tanto, la ley está predestinada a fracasar en

¹⁶ MARVIN CARLSON, *PERFORMANCE: A CRITICAL INTRODUCTION* 4-5 (Routledge 1996).

¹⁷ RICHARD SCHECHNER, *PERFORMANCE STUDIES—AN INTRODUCTION* 30, 114 (Routledge 2002).

¹⁸ *Id.* a la página 177.

¹⁹ Neal Feingson, *Legal meaning in the Age of Images: Accidents as Melodrama*, 43 N.Y.L. Sch. L. Rev. 741, 745 (1999-2000).

²⁰ ANTHONY AMSTERDAM & JEROME BRUNER, *MINDING THE LAW* 113-114 (Harvard University Press 2000).

²¹ VICTOR TURNER, *Social Dramas and Ritual Metaphors*, in *DRAMAS, FIELDS AND METAPHORS* 23, 38-42 (Cornell University Press 1974).

su intento de transformar el abismo traumático en hechos indubitables.²³ De esta manera, el juicio de Núremberg, *The Kreutzer Sonata* y el caso de O.J. Simpson se convierten en repeticiones compulsivas de experiencias traumáticas del Holocausto, sexismo y/o racismo.

Tanto Turner como Felman ofrecen estructuras teóricas para entender el conflicto, pero Turner lo hace desde el análisis antropológico/cultural mientras que Felman aplica el psicoanálisis al inconsciente colectivo social. Ya que la historia para Felman se anima por un inconsciente inmanente que es desconocido e inaccesible, ella puede negar la agencia interpretativa de distintos actores en el escenario social y poner énfasis en su incapacidad de ver en lugar de enfatizar las múltiples interpretaciones, visibilidades y representaciones que rodean cualquier conflicto traumático. Por ejemplo, los abogados no están condenados necesariamente a negar la existencia de un trauma subyacente a través de codificaciones legales sino que pueden ejercer cierta agencia interpretativa en cómo maniobran dentro de las reglas y presentan los "hechos".²⁴

Felman niega las múltiples apropiaciones y luchas sobre significados que no son reducibles a modalidades de ceguera, en vez de conceptualizarlas como diálogos creativos dentro de campos más amplios de conflicto social, tanto dentro como fuera del escenario legal. En contraste, según Turner los actores sociales no están imposibilitados de poder ver o concientizar un conflicto. El momento de la crisis puede ser el momento de desenmascarar el estatus quo (que aunque no fuera como una verdad definitiva, aún así contrasta con la incognoscibilidad ulterior planteada por Felman). En Turner, puede haber resolución en algunos escenarios de crisis, mientras que en Felman el abismo traumático está condenado a desembocar en reinscripciones legales repetitivas. Sin embargo, el modelo de Turner puede sacrificar la complejidad de eventos que son comprimidos muy estrictamente en su estructura de cuatro fases y, al igual que el modelo de Felman, no acomoda fácilmente el problema de múltiples apropiaciones y posicionalidades de sujetos dentro de un mismo conflicto, es decir, cómo la violación de una norma por parte de una persona puede constituir la reparación de un agravio para otra. Turner mantiene un acercamiento lineal, tanto pragmático como teleológico, a los momentos abismales de crisis, fragmentándolos en segmentos operacionales que permiten el funcionamiento de los sistemas sociales, mientras que Felman apunta hacia las irresolubles disfuncionalidades filosóficas y circularidades repetitivas de los traumas históricos en formaciones sociales que, no obstante, requieren la toma de decisiones. A pesar de sus diferencias, tanto Felman como Turner ofrecen teorías para navegar las heridas traumáticas de imaginarios sociales que pueden resurgir en diferentes escenarios y que a menudo no pueden ser comprendidos dentro del lenguaje y proporciones de la ley. Además, nos ayudan a conceptualizar los momentos estructurales de cambios liminales en el estatus quo al igual que los procesos de su reificación.

Los múltiples anillos de audiencias invocados por un juicio son cruciales para entender su relación con la constitución de los imaginarios sociales y el cuerpo político. Los juicios criminales en particular son mandatorios en tanto surgen de una violación en contra de una comunidad y, como tal, invocan el cuerpo político que requiere ser reparado por la ley.²⁵ Los procedimientos criminales implican necesariamente al "pueblo" como espectador del proceso histórico de establecer interpretaciones hegemónicas de eventos perpetrados contra el sistema.²⁶

Aunque todos los juicios tienen un sesgo de espectáculo en la medida que su función es anunciar y hacer respetar normas y mostrar que el sistema funciona, algunos juicios son más teatrales que otros porque envuelven, por ejemplo, eventos históricos trascendentales (Holocausto) o celebridades (O.J. Simpson y Michael Jackson). Según

²² SHOSHANA FELMAN, *THE JURIDICAL UNCONSCIOUS* 91 (Harvard University Press 2002)

²³ *Id.* a la página 95, 162.

²⁴ Anthony Amsterdam & Randy Hertz, *An Analysis of Closing Arguments to a Jury*, 37 N.Y.L. Sch. L. Rev. 55, 58 (1992).

²⁵ HANNAH ARENDT, *EICHMAN IN JERUSALEM* 261 (Penguin Books 1992).

Felman, "sería apropiado decir que cada juicio de envergadura envuelve "algo más grande que la ley". En todo juicio de importancia, y definitivamente en todo juicio de gran significado histórico o político, se dilucida algo ajeno a la ley en términos legales y se somete a la estrechez de las definiciones legales".²⁷

Contrario a los juicios normales donde es más difícil hacer una denuncia de traumas históricos que yacen bajo la superficie de conflictos raciales, sexuales, clasistas y coloniales, los juicios famosos tienen, a pesar del cinismo de Felman hacia los procedimientos y codificaciones legales, una oportunidad única de hacer planteamientos más abarcadores sobre injusticias sociales. El reto está en tornar el juicio en una crítica de normas sociales que generalmente permanecen indiscutidos y tras bastidores. Una estrategia legal exitosa de un juicio famoso no permite que la búsqueda de los "hechos" inmediatos del caso sea obstáculo al planteamiento de una crítica estructural; en otras palabras, no permite que el revólver literal en la cara ocluya el revólver estructural en la cara. Los abogados pueden ampliar la esfera de lo "factual", estirando sus límites interpretativos para invocar metafóricamente la sociedad y "verdades" normativas, como, por ejemplo, en el caso de O.J. Simpson donde el racismo se transmutó de una opinión a un hecho del caso. Un juicio famoso puede redirigir la mirada acusatoria de los sospechosos usuales a la sociedad y la ley como los actos estructurales de violencia, relocalizando el lugar de la monstruosidad criminal a un escenario más complejo, donde los actos criminales se convierten en síntomas en vez de desviaciones del orden y la armonía. El cuestionamiento se enfoca alternativamente en cuál es el orden social y para quién es y quién pagará el precio por la armonía de unos a costa de otros. Los juicios famosos, por consiguiente, no están condenados a ser repeticiones de traumas históricos sino que pueden ser enjuiciamientos de la normalidad hegemónica, mostrando, por ejemplo, la inmanencia del racismo o el "bystander nation" que se vuelve cómplice con los actos criminales legalmente sancionados del fascismo, como en el juicio extraordinario de Eichman.²⁸

Los juicios normales se basan en la premisa de la existencia de un estatus quo legítimo que es transgredido por un acto ilegal y el juicio es la búsqueda del remedio legal para reestablecer el estatus quo. En un juicio famoso es precisamente el estatus quo lo que está siendo enjuiciado y la normalidad misma se vuelve potencialmente criminal. La historia y sus valores normativos se convierten en el espejo incómodo donde las normas sociales lucen anómalas y las costuras del poder ya no se esconden tras un velo de universalidad, sino que se lucen contingentes e históricamente específicas. Un juicio famoso exitoso escapa las limitaciones del procedimiento y la evidencia para revelar los imaginarios sociales subyacentes a las violencias cotidianas que articulan formas hegemónicas de dominación como armonía social.

Los juicios son representaciones dramatizadas diestramente que mantienen a una audiencia cautiva mediante el estímulo de reacciones emotivas, lo cual a su vez traza "dinámicas de comunicación simbólica intensamente cargadas"²⁹ entre abogados, audiencias y espacios contenciosos de los imaginarios sociales en momentos de crisis marcados por la transgresión de alguna norma. Los abogados de un juicio famoso se encuentran en una encrucijada de obligaciones múltiples y conflictivas al intentar servir los intereses del cliente, manejar el horizonte interpretativo de los procedimientos judiciales, y luchar con las resemantizaciones de los eventos en diferentes espacios políticos-nacionales y transnacionales. Las decisiones performativas de los abogados, tanto narrativas como estratégicas, pueden arraigar o socavar la ideología dominante, dependiendo de cómo entablan con

²⁶ FELMAN, *supra* nota 22 a la página 81.

²⁷ FELMAN, *supra* nota 22 a la página 65.

²⁸ "Desde el punto de vista de nuestras instituciones legales y estándares morales de enjuiciar, esta normalidad era mucho más aterradora que todas las atrocidades acumuladas porque implicaba que este nuevo tipo de criminal, quien es de hecho *hostis generis humani*, comete su crimen bajo circunstancias que hacen casi imposible que él sepa o sienta que está haciendo un mal" ARENDT, *supra* nota 25 a la página 276.

las configuraciones ideológicas subyacentes que constituyen el acto como violación del orden social.³⁰ Por lo tanto, el espacio legal puede ser un escenario para la reificación de una verdad cuya contingencia histórica debe ser escondida bajo un manto de neutralidad y universalidad o para el desmembramiento de dichas normas a través de formas directa de confrontación o complicidades subversivas que parodian los tropos dominantes desde adentro.

IV. Barbarismo v. catolicismo: Las historias narradas por los abogados

John Wayne Bobbitt, epítome de la masculinidad con su icónico nombre evocador del expansionismo americano, y Lorena Bobbitt, la manicurista latina "delicada" de 95 libras en una búsqueda fallida del "sueño americano", fueron terreno fértil para variadas apropiaciones por parte de la cultura popular y los medios. Los secretos y detalles íntimos de la vida de la pareja revelados durante el juicio estarían a la intemperie interpretativa tanto para la corte como para los círculos más amplios de espectadores del juicio. Esto planteó un reto para los abogados de las partes porque inevitablemente tendrían que privilegiar una línea narrativa a expensas de otras, según sus decisiones estratégicas y dentro de las limitaciones legales sustantivas y procesales.

Los fiscales representaron a John Wayne como la víctima del "acto calculado y malicioso de venganza" de su esposa, reclamando que "no hay justificación [...] o excusa para tomar la ley en sus manos, para incapacitar a su esposo."³¹ La fiscalía declaró que John Wayne no recordaba haber tenido sexo (forzado) con Lorena la noche del ataque. En todo caso, según John Wayne el matrimonio era un fracaso y pensaba divorciarse. La fiscalía trató de mantener el foco en la herida sufrida por John Wayne como resultado del acto criminal cometido por Lorena.

Luego del testimonio de varios testigos de la defensa sobre el comportamiento abusivo de John Wayne hacia Lorena, la fiscalía tuvo que admitir en su argumentación final que existía violencia mutua en la relación.³² Sin embargo, la fiscalía utilizó este reconocimiento para reafirmar su narrativa de una mujer totalmente en control de sus acciones, tomando medidas absurdamente excesivas de venganza. La fiscalía argumentó que Lorena sabía enteramente lo que estaba haciendo y que no estaba temporariamente incapacitada por la demencia ni actuaba impulsada por la pasión. La fiscalía enmarcó su caso como un conflicto entre la civilización y la barbarie, entre la ley y el caos.³³

En marcado contraste, la defensa presentó a Lorena como una "joven, diminuta, delicada e ingenua mujer, [...] que por años, según mostraría la evidencia, sufrió extrema brutalidad y violencia perpetrados por la misma persona que al tomar los votos de matrimonio prometió protegerla y honrarla."³⁴ La defensa relató una historia sincopada de frecuentes "violaciones, palizas, puñetazos, empujones, bofetadas [...], estrangulamiento y amenazas de más violencia."³⁵ Plantearon que Lorena provenía de un "hogar muy unido, tradicional y estrictamente católico" en Ecuador (luego Venezuela) y enfocó en "las costumbres culturales en las cuales Lorena se crió, las cuales enfatizan el

²⁹ SAM SCHRAGER, *THE TRIAL LAWYER'S ART* 13 (Temple University Press 1999).

³⁰ *Id.* a la página 14.

³¹ Transcripción, *supra* nota 4 a las páginas 432, 21.

³² *Id.* a la página 433.

³³ "Este es un caso sobre la ira, es un caso sobre la venganza y es un caso sobre la retribución. Su marido llegó a casa, estaba embriagado [...], él quería tener sexo, ella no, ese es su derecho. Él la forzó a tener sexo, ella estaba molesta y tomó represalias en su contra. Pero, ustedes saben [...] nosotros no vivimos en un mundo gobernado por la venganza. Nosotros no vivimos en una sociedad donde manda el que posee el cuchillo más grande. Vivimos en una sociedad regida por la ley y es la razón por la cual se encuentran hoy aquí.

Y les diré más. Esto no se trata de una persona que estaba sola y a la deriva, inocente e ingenua en un país extranjero. Ella tenía opciones y conocía esas opciones. Tenía un sistema de apoyo tanto emocional como físico, legal y religioso. [...]" *Id.* a la página 444.

³⁴ *Id.* a la página 21.

³⁵ *Id.* a la página 22.

rol de la mujer en la familia. [Una] mujer es considerada la espina dorsal de la familia. Y la mujer es la culpable si el matrimonio fracasa."³⁶

La defensa presentó el caso de Lorena como una versión del "sueño americano". A los dieciocho años, Lorena llegó a los Estados Unidos para vivir con la familia Castro, conoció a John Wayne, se enamoró locamente de él y salió con él por muchos meses. El no mostró ninguna inclinación hacia la violencia. Lorena testificó que ella estaba "enamorada de él. Para mí lo representaba todo. Fue el comienzo de una familia aquí en los Estados Unidos. Y siento que quería tener hijos más adelante, como una familia tradicional. Era sólo el principio de mi sueño."³⁷ Pero el "sueño americano" se deshizo durante el primer mes cuando el "reinado del terror matrimonial" comienza, escalando en severidad y frecuencia, tanto física como verbalmente, a través del tiempo.

La defensa reclamó que Lorena sufría del Síndrome de la Mujer Maltratada en tanto que ella "desarroll[ó] sentimientos de desesperanza e impotencia al punto que ella creía que la situación era tal que no tenía a dónde ir; ningún lugar donde estuviera a salvo."³⁸ Además, Lorena cede, en contra de sus creencias religiosas, a las exigencias de John Wayne de hacerse un aborto. Ella comienza a desarrollar otros problemas de salud y los testigos peritos le diagnostican una depresión severa, Síndrome del Estrés Pos-traumático y Desorden de Pánico al momento del desmembramiento de John Wayne, como resultado de los años de abuso marital que la llevaron a un agudo brote sicótico. La defensa presentó a Lorena como temporera e incapacitada, tan deteriorada por el abuso marital que no tenía capacidad alguna para controlar su impulso irresistible, enfatizando su terror ante la conducta abusiva de John Wayne.

La declaración inaugural de la defensa culmina con la propuesta de que la vida de Lorena era "más valiosa" que el pene de John Wayne.³⁹ La decisión del jurado oscilará entre la historia de la fiscalía de ira y represalia calculada o la historia de la defensa de incapacidad mental, defensa propia e impulso irresistible.

La estrategia de la defensa era reificar a Lorena, probando que ella pertenecía a una cultura ancestral e inmutable, atrapada en los valores de la tradición, el catolicismo y la familia. Lorena reforzó el relato de la defensa al testificar que "mamá y papá son como niños pequeños, agarrados de manos. Hay mucho amor en mi familia. Mi hermano y hermana, nosotros todos, diría que juntos, somos una familia normal, amorosa y católica."⁴⁰ Como parte de su reificación en dicho espacio tradicional, la defensa representa el aborto como un acto que va en contra de la naturaleza de Lorena, implicando que John Wayne la obligó a escoger entre su esposo y su hijo, entre el deseo egoísta de John Wayne de deshacerse de un bebé que él no quería y la crianza católica tradicional de Lorena.⁴¹

El aborto se convierte en una imposición contranatura en vez de una decisión.⁴² Dado el tropo feminista de "elegir" ("choice"), la posición de Lorena es profundamente irónica. Privada de escoger no tener un aborto, Lorena es obligada a actuar en contra de su propia naturaleza. Esto es un golpe a su autoestima del cual nunca se recupera al menos mientras permanece casada con John Wayne. En general, el testimonio de Lorena y la argumentación de su

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.* a la página 154.

³⁸ Véase *id.* a las páginas 24-28.

³⁹ "Damas y caballeros, enfrentamos la yuxtaposición entre la vida de Lorena Bobbitt y el pene de John Wayne Bobbitt. La evidencia mostrará que en la mente de Lorena fue el pene ineludible de John Wayne el que le causó el mayor dolor, el mayor temor y la mayor humillación. Y les propongo que al final de este caso, usted llegará a una conclusión: una vida vale más que un pene. Gracias." *Id.*

⁴⁰ *Id.* a las páginas 150.

⁴¹ *Id.* a las páginas 24-25.

⁴² Esto explica por qué el movimiento pro vida se apropió de la historia de Lorena como un ejemplo de su lucha. Por ejemplo, la página web www.lifenews.com declara que la violencia de Lorena no era meramente el resultado de la violencia doméstica sino, además, de "estrés pos-traumático de un aborto realizado en contra de su voluntad" (véase <http://www.lifenews.com/nat277.html>).

defensa la convierten en la personificación de causas conservadoras en contra del divorcio, aborto, sexo no-tradicional (anal) y familias no-tradicionales (mujer proveedora).⁴³ Lorena es la inmigrante suplicante cuyo único deseo es una integración total al sueño "blanco" de la asimilación conservadora.

La Defensa del Síndrome de la Mujer Maltratada resulta igualmente problemática. Se dice que años de abuso conducen a un arraigado sentido de impotencia y desórdenes psiquiátricos tales como severas depresiones, Síndrome del Estrés Post-traumático y Desorden de Pánico. Aunque el propósito de la Defensa del Síndrome de la Mujer Maltratada es invocar consideraciones sociales y estructurales en el análisis de la situación de la mujer maltratada, la defensa descansa sobremanera en la patologización de las mujeres al enlazar su conducta a características internas de su psicología.⁴⁴ El argumento del Síndrome de la Mujer Maltratada posee una tensión explicativa insostenible entre el argumento socio-estructural del abuso y la individualización de la responsabilidad basándose en características internas. Por un lado, el Síndrome de la Mujer Maltratada quiere señalar las causas sistémicas del sufrimiento de ésta y, por otro lado, oculta dichas causas sistémicas al personalizar la causalidad basándose en las debilidades intrínsecas de la mujer maltratada. Un individualismo problemático y patologizante se filtra en el análisis de los problemas estructurales y sistémicos de la violencia en relaciones íntimas.

Las limitaciones de la Defensa del Síndrome de la Mujer Maltratada se complican aún más con las reificaciones culturales y raciales en el caso de mujeres que no son blancas. La cultura de Lorena, donde las mujeres son la "espinas dorsales de la familia" y son responsables por su éxito, es la verdadera espinas dorsales de los argumentos de la defensa sobre la implacable impotencia de Lorena. Según declara Lorena, el divorcio "es una situación humillante; es una vergüenza. Me sentiría avergonzada."⁴⁵ El momento más inquietante de la defensa es cuando la doctora Susan Feister, la psiquiatra experta de la defensa, declara que dada la singularidad del acto de Lorena, ella sintió la necesidad de llevar a cabo exámenes adicionales de perfil psicológico.⁴⁶

La clara implicación de las declaraciones de Dr. Feister es que sólo una persona ignorante y culturalmente rígida recurriría a cortar un pene luego de años de abuso y violación. La defensa se propone mostrar que el acto de Lorena no fue un acto típico de mujeres que sufren los efectos del Síndrome de la Mujer Maltratada. A pesar de esfuerzos por tomar "en consideración el hecho [...] de su trasfondo español," la defensa en última instancia reifica y racializa a Lorena, inscribiéndola en un espacio cultural de estupidez, ignorancia e irracionalidad sicótica. La infantilización de Lorena como una "mujer que era joven, casi una niña en términos de su falta de experiencias de vida"⁴⁷ invita una mirada paternalista para proteger su vulnerabilidad patologizada y nubla completamente la compleja agencia de sus acciones.

⁴³ Transcripción, *supra* nota 4 a las páginas 88, 136-39, 151, 182.

⁴⁴ Jean Filetti, *From Lizzie Borden to Lorena Bobbitt: Violent Women and Gendered Justice*, *Journal of American Studies*, 35, 3, 471, 476 (2001). "[A] vincular la violencia cometida por mujeres a "características psicológicas internas en vez de factores circunstanciales", la defensa del "Síndrome de la Mujer Maltratada" asegura que factores ambientales que afectan la violencia no son examinados. *Id.* a la página 480.

⁴⁵ Transcripción, *supra* nota 4 a la página 151.

⁴⁶ "Dado que la situación era tan inusual – cortar un pene – sentí que, además de la entrevista clínica abarcadora, era importante obtener pruebas psicológicas para ver si habían otros factores psicológicos que pudieran estar presentes, confirmando o desmintiendo mi punto de vista. [...]"

[...] Las pruebas psicológicas mostraron que Lorena tenía un nivel de inteligencia fronterizo normal – al lado inferior de lo normal. Y esto fue incluso luego de que la puntuación fuera recalculada para tomar en consideración que pudiera tener dificultades con las secciones de idioma en la prueba debido al hecho de su trasfondo Hispano. [La] prueba mostró que Lorena era una persona que utilizaba defensas muy rígidas y tenía maneras rígidas de lidiar y que, bajo situaciones de emoción o estrés extremo, su proceso normal de razonamiento se descalabraba y cambiaba el tipo de pensamiento racional. En esos momentos ella tenía lo que nosotros consideramos como aspectos sicóticos en su pensamiento o aspectos que sugieren una ruptura de su pensamiento con la realidad". *Id.* a las páginas 344-345.

⁴⁷ *Id.* a la página 345.

Contrario a la presentación de la defensa de la cultura de Lorena como católica y tradicional, la fiscalía reifica a Lorena como parte de una cultura anárquica, bárbara y caótica, donde "el puñal más grande gana."⁴⁸ Se enfatiza el instinto sexual y poderes de seducción de Lorena. John Wayne no sólo reclama nunca haber violado a Lorena, sino ser víctima del los instintos sexuales de Lorena aún cuando él estaba demasiado exhausto para tener relaciones sexuales. Lorena, quien "por costumbre" vestía "ropa interior de seda" alegadamente exigió que John Wayne, a pesar de estar exhausto, tuviera relaciones con ella en la noche infame que pasó a la notoriedad mundial.⁴⁹

De acuerdo con la fiscalía, Lorena es una mujer con una misión: dame placer o pagarás el precio. No es meramente una venganza porque John Wayne es un marido infiel que pasa las noches con otras mujeres, sino una venganza porque no puede ejecutar sus funciones sexuales. Bajo esta estrategia narrativa Lorena es representada como una mujer de excesos sexuales y desviaciones ilimitadas en la búsqueda de satisfacer sus necesidades primitivas. Mientras la fiscalía reifica a Lorena como parte de una cultura anárquica y bárbara, la defensa la reifica como parte de una cultura congelada en el tiempo marcada por valores tradicionales y católicos. Independientemente de si Lorena pertenece a un monolito cultural del estancamiento o a un monolito cultural del caos, la realidad es que en ambos escenarios ella está inscrita en un espacio de atraso e inmutabilidad que la impulsa a actos sintomáticos de violencia, según la fiscalía, o contra el cual sólo puede escapar a través de rupturas sicóticas de exceso e irracionalidad, según la defensa. De esta manera, tanto la fiscalía como la defensa se reinscriben en los tropos del imaginario social moderno y colonialista en sus representaciones de las inscripciones culturales patológicas de Lorena.

La violación para la fiscalía fue el corte "fatal" mientras que para la defensa lo fue la relación de abuso marital; la crisis para la fiscalía fue la anarquía social resultante de las acciones de Lorena, mientras que para la defensa la crisis fue el estado emocional patológico de Lorena a manos de su esposo abusivo. Al declarar a Lorena no culpable por razón de incapacidad mental, las acciones de reparación del juicio reivindicar legalmente a Lorena. Perversamente, sin embargo, a pesar del éxito legal del equipo defensor, la defensa de Lorena fue también una traición en su complicidad con los supuestos racistas de la fiscalía y la sociedad racista en general.

En la batalla entre la vida y el pene, la vida habrá ganado la batalla legal pero la mirada imperial ganó la batalla simbólica que mantiene a sus otros en un espacio falo-dominado, patologizado y racializado. Hay una crítica de la violencia por género, pero es una crítica ambivalente en la medida que se establece a costa de patologizar a Lorena y reificar un imaginario colonial moderno que recoloniza a Lorena. En este sentido, el juicio marca un momento de reintegración de la ideología hegemónica dadas las reinscripciones problemáticas (neo) coloniales del argumento del Síndrome de la Mujer Maltratada. La defensa mantiene eficazmente a Lorena fuera de prisión, pero a costa de reificar tropos culturales de racismo y sexismo profundamente enraizados.

Independientemente de lo que realmente creía la defensa, la pregunta y punto crucial de este debate es: ¿Podía la defensa haber ganado el caso sin depender de los mencionados estereotipos racistas y sexistas? Lorena como trabajadora inmigrante inexperta, sin historial de activismo político y quien expresó culpabilidad y arrepentimiento por sus acciones, logró poco apoyo y mayormente condena por parte de las élites intelectuales (feministas) en Estados Unidos. Los partidarios de Lorena que lograron visibilidad en los medios no incluían figuras públicas legítimas sino que se mantenían dentro de los confines de reacciones populares que a menudo resultaban sórdidas y al margen de la sociedad.⁵⁰ Dada la ausencia de presión legítima externa, la pregunta es si los abogados de

⁴⁸ *Id.* a la página 444.

⁴⁹ *Id.* a las páginas 88-90.

⁵⁰ Linda Pershing, "His Wife Seized His Prize and Cut it to Size": *Folk and Popular Commentary on Lorena Bobbitt*, 8 *NWSA Journal* 1, 16 (1996). Además, cuando había apoyo, tendía a ser en la línea de la victimización. Ehrenreich veía a Lorena como "una mártir más

Lorena pudieron haber articulado una narrativa que no la patologizara dentro de límites de la ley y que fuera igualmente efectiva en dejarla en libertad. Quizás no, pero creo que es importante señalar cómo las decisiones legales en torno a la narrativa desarrollada por la defensa participaron o no en los prejuicios ideológicos que subyacieron al juicio.

No es mi intención subestimar la importancia de que Lorena saliera libre del juicio, sino mostrar cómo las estrategias, categorías y narraciones utilizadas por la defensa y la fiscalía replicaron legalmente el abuso que Lorena había soportado de su esposo.

Muchas apropiaciones populares de la saga de Lorena también reforzaron presunciones arraigadas con respecto a raza y mujeres latinas. Un análisis del humor y los chistes que surgieron en torno a la saga de Lorena revela que la raza de John Wayne nunca se menciona, reforzando la blancura ("whiteness") como la norma implícita en la sociedad estadounidense. Los comentarios sobre Lorena, sin embargo, hacen referencia a su herencia latina. "En algunos chistes Lorena, y por inferencia todas las latinas, se presenta como emotiva, irracional, impredecible, inepta o estúpida. Camille Paglia la llamó "una latina vivaz", mientras que miembros de la población en general satirizaban su herencia lingüística [...]".⁵¹ Los medios se enfocaron en la pareja, primero, en términos de género y, segundo, en términos de etnia y raza, a expensas del aspecto de clase porque es "tan frecuentemente evitado, naturalizado o por lo demás invisibilizado en la cultura estadounidense. Los medios [...] tenían poco que decir sobre las presiones que Lorena y John confrontaron como miembros de la clase trabajadora que peleaban entre sí por sus vicisitudes económicas, en vez de cuestionar el sistema económico prevaleciente".⁵²

Las resemantizaciones de Lorena como una mujer con apetitos sexuales insaciables o como una católica devota marcan lo que Aparicio y Chávez-Silverman llaman "tropicalizaciones" hegemónicas, a través de las cuales símbolos o producciones culturales latinos se asimilan dentro de "valores más normativos y dominantes que resultan atractivos al público dominante americano, cuya recepción reafirma su dominio sobre culturas minoritarias. [...] Esta gama de temas no sólo sugiere una integración cultural, sino además su transformación en objetos de consumo más que en prácticas sociales y culturales."⁵³

Las representaciones mediáticas de las mujeres latinas se inscriben en intereses hegemónicos que adquieren su mayor fuerza cuando más se distancian de representaciones culturales complejas y matizadas, o sea, cuando hacen un "refrito" de representaciones sobre manoseadas y estereotípicas de una sobresexualización que es distintiva de aquella utilizada para representar a los de amerindios o afroamericanos.⁵⁴ Un caso pertinente es la película *Colors*, donde el personaje de la latina fluctúa entre los estereotipos familiares de la chica buena sexualmente modesta y la mujerzuela promiscua en excitación perpetua.⁵⁵ El planteamiento de la fiscalía en el juicio de Bobbitt intentó descartar la posibilidad de violación sexual mediante el uso del tropo de la mujer latina en estado de celo constante

en la historia larga y llorosa de violación y abuso de las mujeres". Melissa Deem, *From Bobbitt to SCUM: Re-memberment, Scatological Rhetorics, and Feminist Strategies in the Contemporary U.S.*, 8 *Public Culture* 511, 517 (1996).

⁵¹ *Id.* a la página 5.

⁵² *Id.* a la página 7-8.

⁵³ Frances Aparicio (entrevistado por Juan Zevallos Aguilar), *Latino Cultural Studies*, en *CRITICAL LATIN AMERICAN AND LATINO STUDIES* 3, 25 (Juan Poblete ed., University of Minnesota Press 2003). "Muchas prácticas culturales antagónicas son tropicalizadas de esta manera. La tropicalización hegemónica da paso a un discurso que delinea lo Latino como una otredad exótica y primitiva, el objeto de deseo de la sociedad dominante. Dichos discursos continúan expandiéndose en el turismo, la educación, el cine, la música y la literatura". *Id.* a la página 29.

⁵⁴ Catherine Benamou, *Those Earrings, That Accent, That Hair: A Dialogue with Maria Hinojosa on Latinos/as and the Media*, en *TALKING VISIONS: MULTICULTURAL FEMINISM IN A TRANSNATIONAL AGE* 325, 326 (Ella Shohat ed., New Museum of Contemporary Art & MIT 1998).

⁵⁵ Kimberly Crenshaw, *Beyond Racism and Misogyny: Black Feminism and 2 Live Crew*, en *FEMINIST SOCIAL THOUGHT: A READER* 245, 251 (Diana Tietjens Meyers ed., Routledge 1997).

por el hombre blanco.⁵⁶ Las latinas representan una amenaza cultural e invocan un sentido de criminalidad mediante la insinuación erótica y la agresividad sexual.⁵⁷

La sexualidad y el deseo de Lorena son expresiones culturales peligrosas y polivalentes que tenían que ser resemantizadas para domesticar sus implicaciones, manteniendo un control hegemónico sobre los excesos potenciales de los significados del acto de Lorena y obstruyendo ver sus cuestionamientos de historias raciales y coloniales de dominación. El cuerpo de Lorena se convirtió en una metáfora colonial y de género en necesidad de la regulación hegemónica de sus deseos. Lorena evoca, por lo tanto, la relación entre el cuerpo político contemporáneo y la historia de la mirada imperial. La "tropicalización" de Lorena durante el juicio se convierte en un drama sobre la "autenticidad" de lo indígena, abriendo la caja de Pandora de las obsesiones coloniales de los Estados Unidos y siendo más sintomático de las proyecciones culturales de los Estados Unidos sobre sus otredades latinas que un documento "realista" de la otredad.

IV. El Corte más Gentil

Una de las más inquietantes "tropicalizaciones" de Lorena, luego del juicio, se reportó en el *Washington Post*. Cinco meses después de recomenzar su trabajo como manicurista en un salón de Virginia:

ha estado abarrotada de clientes – muchos de ellos hombres. [...] .

Su patrono, quien ha visto su negocio incrementar desde que Lorena Bobbitt se unió a la empresa, estuvo presto [para ser entrevistado]. "Cuando la gente llega, piden específicamente a Lorena para que les haga sus uñas [...]. La pobrecita no tiene descanso." [...].

Desde que Bobbitt se incorporó a Illusions, dijo Wheeler (el dueño), la curiosidad sobre ella atrae muchos clientes, particularmente hombres que se regalan entre sí certificados para una sesión con la celebridad local.⁵⁸

Esta fue la máxima fantasía sexual de sumisión racial y sexual. Del "corte más cruel,"⁵⁹ según reportado luego de que Lorena le cortara el pene a John Wayne, al corte más gentil de todos los cortes, del afilado cuchillo que cercena a las cuidadosas tijeritas que acicalan, de la mordida al ladrido, los utensilios para cortar de Lorena se templaron para dar placer a los hombres, quienes intercambiaban certificados de regalo para ser acicalados por la mujer más "peligrosa" del planeta. El corte de Lorena ya no era con un cuchillo que cercenaba la autoridad masculina sino con tijeras de manicura que restablecían la supremacía masculina en una fantasía de sumisión gratificada.

⁵⁶ Ella Shohat, , Introduction, en TALKING VISIONS: MULTICULTURAL FEMINISM IN A TRANSNATIONAL AGE 1, 23 (Ella Shohat ed., New Museum of Contemporary Art & MIT 1998).

⁵⁷ María Hinojosa in Benamou, *supra* nota 55 a la página 339.

⁵⁸ Leef Smith, *Lorena Bobbitt: A Favorite Among Men in Salon Set*, The Washington Post, May 15, 1995, a la página D03.

⁵⁹ *Supra* nota 2.



Ponencias de Derecho Constitucional. Segunda Parte

**PRIMERAS JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES: SOCIEDAD, DERECHO Y ESTADO EN CUESTIÓN**

COMISIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Por Agustín A. Cárdenes*

Ha sido dicho que el Derecho constitucional nace como disciplina autónoma y sistemática recién entrado el siglo XIX (GARCÍA PELAYO, 1964, 22). Sin embargo, más allá de dicha autonomía, podría afirmarse sin incurrir en exageraciones engorrosas que la observación de determinados institutos que le son propios se ve enriquecida sumando valiosos aportes que provee la Ciencia Política.

Así, temáticas tales como la relación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, la función de la Corte Suprema, la producción legislativa del Congreso de la Nación y la participación ciudadana han sido exploradas por ambas disciplinas, poniendo a disposición de la comunidad académica una visión amplia y comprensiva de dichos institutos. Como ilustración de dicha relación de complementariedad entre ambas ciencias pueden evocarse, a título de ejemplo, dos casos. En primer lugar el relativo a la ingeniería constitucional del poder Ejecutivo, donde los trabajos de Juan Linz (1990), Juan Linz y Arturo Valenzuela (1997), Matthew Shugart y John Carey (1992), Matthew Shugart y Scott Mainwaring (1994 y 2002) y Guillermo O'Donnell (1997), entre otros, supieron alimentar el debate constitucional de los argentinos en los años ochenta y noventa. En segundo lugar, el no tan difundido trabajo de Gretchen Helmke (2003) sobre las relaciones entre el Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, que complementa el clásico abordaje que de la función del Máximo Tribunal argentino hace la literatura jurídica. La autora plantea dos interesantes hipótesis que bien podrían ser aprovechadas en el campo del Derecho: 1) los jueces incrementarán sus decisiones contrarias al gobierno actual cuando vislumbren que éste perderá poder y 2) A igualdad de todos los demás factores, los jueces centrarán sus defecciones en los casos que consideran más importantes para el futuro gobierno (HELMKE, 2003, 184).

En ésta interesante línea cercana al análisis político se encuentran las ponencias presentadas por Cintia Rodrigo sobre ***El impeachment en América Latina: un desafío abierto al análisis político*** y por Julieta Camacho Granados sobre ***La instrumentación de la participación ciudadana en México***. La primera se centra en el sugerente aumento de la práctica del juicio político en América Latina en los últimos veinte años, que como ha sido señalado por algunos autores evocados por la autora, implica un cambio en la tipología de crisis presidenciales en la región, dado que el factor militar ha disminuido su influencia. La segunda encara un exhaustivo análisis de la instrumentación de la participación ciudadana en los diferentes estados y a nivel federal en México.

Sin embargo, el Derecho constitucional es asimismo amplio y versátil, permitiendo entonces el análisis de institutos que le son propios valiéndose de un enfoque estrictamente jurídico. Prueba de ello es la antigua tradición doctrinaria que, ya fuere desde la perspectiva de un abordaje cualitativo o desde uno comparativo, inaugurase Juan

* Abogado (UBA). Doctorando UBA. Becario CONICET. Miembro Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Integrante de la Comisión de Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales.

Bautista Alberdi con sus inmortales *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* y que continuaron, entre otros, Joaquín V. González (1897), Juan. A. González Calderón (1931), Segundo V. Linares Quintana (1987) y Germán J. Bidart Campos (1995).

En dicha tradición quedan pues enmarcadas las ponencias de Eduardo Galisteo sobre *El activismo judicial responsable en los juicios de daños contra Edesur*, la de Joaquín Pinotti sobre *La publicidad de los actos de Gobierno en el ámbito legislativo*, la de Pablo Gliemann sobre *Aproximaciones al análisis constitucional a través de las cartas Constitucionales Locales y Federal acerca de la Revisión Judicial* y la de Martín Cortese sobre *El Derecho constitucional y la protección a la propiedad intelectual*. La primera de ellas desmenuza el concepto y la potencialidad del activismo judicial, enfocado en el caso EDESUR. La segunda hace hincapié en la cuestión de la publicidad de los actos de gobierno en tanto pilar del sistema republicano, con particular interés en el caso de la Cámara de Diputados. El tercero es un valioso análisis de un tema poco explorado por la doctrina constitucionalista como lo es la comparación de los diferentes sistemas argentinos de revisión judicial, tanto federal como provincial. Finalmente, la cuarta ponencia resalta la raigambre constitucional de la protección de bienes intangibles y afirma que dicha protección ha sido largamente reconocida por varios instrumentos internacionales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- ALBERDI, J (1852) *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires, Plus Ultra, s/f
- BIDART CAMPOS, G (1995) *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, Ediar, 1995
- GARCÍA PELAYO, M (1964) *Derecho Constitucional comparado*. Madrid, Revista de Occidente, 1964
- GONZÁLEZ CALDERÓN, J (1931) *Derecho Constitucional argentino – Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, J. Lajouane, 1931
- GONZÁLEZ, J (1897) *Manual de la Constitución argentina*. Buenos Aires, Estrada, 1897
- HELMKE, G (2003) “La lógica de la defección estratégica: relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en los periodos de dictadura y democracia”. En *Desarrollo Económico*, 2003, 43, n° 170 p. 179
- LINARES QUINTANA, S (1987) *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires, Plus Ultra, 1987
- LINZ, J (1990) “The perils of Presidentialism”. En *Journal of Democracy*, 1990, 51
- LINZ, J y VALENZUELA, A (1997) *Las crisis del presidencialismo*. Madrid, Alianza, 1997
- MAINWARING, S y SHUGART, M (1994) “Juan J. Linz: Presidencialismo y Democracia. Una revisión crítica”. En *Desarrollo Económico*, 1994, 34, n° 135 p. 397
- MAINWARING, S y SHUGART, M (2002) *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires, Paidós, 2002
- O’Donnell, G (1997) *Contrapuntos – Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*. Buenos Aires, Paidós, 1997
- SHUGART, M y CAREY, J (1992) *Presidents and Assemblies*. Cambridge, Cambridge University Press, 1992

EL IMPEACHMENT EN AMERICA LATINA: UN DESAFIO ABIERTO AL ANALISIS POLITICO

Por **Cintia Rodrigo**

RESUMEN

Este trabajo se propone recorrer los principales estudios referidos a los procesos de *impeachment* en distintos países de Latinoamérica. La figura constitucional del juicio político ha sido forjada como uno de los pilares del sistema republicano, y su institucionalización puede considerarse coetánea a la de todo régimen democrático. Pese a su antigüedad, la puesta en práctica del juicio político contra primeros mandatarios ha sido una práctica de carácter excepcional. Sin embargo, en los últimos veinte años se produjo un giro interesante en esta dinámica, sobre todo en Latinoamérica, donde se registraron reiterados casos de destituciones presidenciales. Este giro novedoso en la política regional plantea un desafío a la teoría política, ya que despliega una faceta poco común del sistema democrático, para la cual existe relativamente poca literatura. El presente trabajo, aunque no pretende ser exhaustivo, busca contribuir a la sistematización de los principales estudios recientes sobre la temática.

PALABRAS CLAVE

Análisis político-*impeachment*-América Latina

IMPEACHMENT IN LATIN AMERICA: A CHALLENGE TO POLITICAL ANALYSIS

By **Cintia Rodrigo**

ABSTRACT

This paper approaches the most important studies concerning impeachment processes in different countries of Latin America. Constitutional Impeachment is created as one of the pillars of the republican system and its institutionalization can be considered contemporary with democratic regime. Despite its oldness, the implementation of the impeachment of presidents has been a rare practice. Nevertheless, in the last twenty years there was an interesting turn in this dynamic, especially in Latin America, where there were repeated instances of presidential removal. This recent turn in regional politics poses a challenge to political theory, as it displays an unusual aspect of the democratic system, for which there is relatively little literature. Even though this work is not a full exhaustive review it attempts to contribute to the systematization of the major recent studies on the subject.

KEYWORDS

Political analysis-impeachment-Latin América

EL IMPEACHMENT EN AMERICA LATINA: UN DESAFIO ABIERTO AL ANALISIS POLITICO

Por Cintia Rodrigo *

I. Introducción

Este trabajo busca realizar un recorrido sobre los principales estudios que han abordado la temática de las destituciones mediante juicio político (*impeachment*) a representantes del poder ejecutivo en América Latina. La intención es aportar a una sistematización de las elaboraciones existentes, dando cuenta de las similitudes y diferencias de los trabajos abordados. En las últimas tres décadas, período durante el cual se han desarrollado procesos de democratización en la mayor parte de los países de la región, se han producido reiteradas destituciones a los titulares del Poder Ejecutivo mediante juicio político. La recurrencia de estos fenómenos ha llamado la atención de muchos investigadores, dado que este mecanismo, si bien está presente en la mayor parte de las constituciones de tipo republicano, hasta hace poco tiempo parecía constituir un recurso excepcional.

El juicio político es una figura constitucional que está basada en el esquema de contrapeso de poderes (*check and balance*), constituyendo así un mecanismo de control que otorga al congreso la posibilidad de alterar el mandato fijo del primer mandatario. No obstante, se lo establece explícitamente como un recurso de carácter excepcional ya que interrumpe las rutinas e intercambios políticos normales, en donde las reglas de ascenso, recambio y sucesión de los funcionarios de gobierno están organizadas alrededor del voto. En ese marco, el uso reiterado del *impeachment* ha dado lugar al desarrollo de una literatura específica sobre la temática, que se ocupa tanto de analizar el procedimiento como de las condiciones sociopolíticas en las que tiene lugar en distintos países. En este trabajo se aborda un corpus que incluye los principales estudios disponibles, intentando dar cuenta, a partir de su lectura, del desafío abierto que constituye el tratamiento del *impeachment* para el análisis político.

II. Análisis en clave comparativa

El uso reiterado del juicio político en los países de Latinoamérica es el punto de partida de una línea de trabajo en clave comparativa desarrollada por Pérez Liñán, en la que se enmarcan análisis centrados específicamente en la figura de juicio político (2000 y 2007), e indagaciones que incluyen al procedimiento dentro de una tipología de crisis políticas (2001, 2003 y 2005). En uno de los trabajos pioneros en la temática, Pérez Liñán (2000), establece una definición de juicio político, que luego será retomada y desarrollada tanto por el autor como por otros investigadores: "por juicio político entiendo ampliamente todo proceso legal por el cual el Congreso delibera para remover al presidente de su cargo" (PÉREZ LIÑÁN, 2000, 68). Además abre el interrogante sobre las características del

* Magister en Investigación por la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Licenciada y Profesora en Sociología por la Universidad Nacional de San Juan. Becaria doctoral por el CONICET. Actualmente se encuentra cursando el Doctorado en Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y desempeña tareas docentes en la Universidad Nacional de Mar del Plata y la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Su trabajo de tesis doctoral en curso aborda procesos de crisis política en el ámbito provincial, tomando dos casos de destitución a gobernadores mediante juicio político acontecidos en la provincia de San Juan en el último período democrático. En febrero de 2010 ha realizado una estancia de investigación en el Instituto de Iberoamérica de la Universidad de Salamanca, desarrollando un proyecto de actividades sobre la

procedimiento y describe tres tipos principales según los diseños constitucionales: judicial, parlamentario y mixto. Por otra parte, en función del análisis de cuatro casos de destitución aporta un esquema que involucra tres dimensiones relevantes para la comprensión de este fenómeno institucional: la conjunción de escándalo, debilidad legislativa y movilización popular. Su principal hallazgo es que las condiciones políticas en América Latina en las últimas décadas fue un terreno propicio para que se realizara esta conjunción, en la que subyace el enfrentamiento presidencial con importantes sectores de la elite nacional. No obstante, la pregunta sobre si el juicio político está expresando una suerte de "golpe legislativo" se mantiene abierta a futuras indagaciones.

En este contexto, el más reciente trabajo de Pérez Liñán (2007) representa una continuación y profundización de tal esquema inicial, aportando un conjunto de elementos que complejizan el análisis de las destituciones y las enmarcan en un nuevo patrón de inestabilidad política en la región, a partir del análisis de cinco casos de destitución presidencial y otros tipos de crisis relevadas en distintos países. En este trabajo, el autor ubica al juicio político como uno de los posibles desenlaces ante situaciones de crisis política, e indica que pese al protagonismo del conflicto entre poderes, que involucra como actores principales del procedimiento al ejecutivo y el legislativo, siempre se encuentran implicadas diversas terceras partes que hacen a la resolución del proceso. Señala así un esquema de mayor complejidad, en el cual algunas dimensiones relevantes para el estudio de las crisis presidenciales son: el rol de los medios de comunicación y la opinión pública, el papel declinante de las intervenciones militares, la indignación popular contra el gobierno y el diseño institucional de cada país. Finalmente, compara la dinámica de los juicios políticos con otras destituciones e indica que, mientras los escándalos y la política legislativa son claves para explicar el *impeachment*, la movilización masiva constituye el factor fundamental que lleva a la remoción de presidentes, sea cual fuere la forma en que ésta se realiza. La indagación de Pérez Liñán se inscribe en la teoría de la responsabilidad presidencial y la democracia en América Latina. Cada una de las dimensiones relevadas en sus distintos trabajos resulta una herramienta fundamental para indagar sobre la dinámica de destituciones en otros contextos sociopolíticos.

Partiendo también de una perspectiva comparativa, se ha desarrollado otra línea de trabajos que analizan la utilización del juicio político a escala nacional, relacionando dos países con diseños institucionales distintos donde se produjeron destituciones y uno o varios países que enfrentaron crisis políticas que se resolvieron por otras vías. En esta línea se inscribe el trabajo de Serrafiero (1996) quien indaga sobre similitudes y diferencias en los diseños constitucionales de Argentina, Brasil y Venezuela, realizando un análisis de los procesos de juicio político llevados a cabo-o iniciados-en cada uno de estos países y sus resultados finales. El autor busca destacar la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad de los gobernantes, estableciendo que el juicio político puede ser un mecanismo al servicio de la ejemplaridad contra funcionarios inescrupulosos pero que aparentemente el único modo en que la clase política pone en marcha esta ingeniería institucional es cuando existe un importante grado de movilización. Poniendo el acento en la importancia de la movilización ciudadana -contra el gobierno o el presidente- en los casos exitosos de *impeachment*, incluye en su esquema de análisis otras condiciones relevantes: la coyuntura electoral, la estructura política, el diseño institucional y cierto grado de conciencia de responsabilidad política ciudadana e institucional. Apunta además la importancia del problema de la sucesión presidencial, como un punto oscuro en los diseños constitucionales y un insumo para potenciales crisis de legitimidad. La articulación de elementos institucionales e históricos, sumada a las dimensiones de análisis referidas, representa un esquema de abordaje muy fértil, no obstante,

dinámica de relación Ejecutivo-Legislativo en el ámbito subnacional. Allí presentó además una conferencia sobre su Tesis de maestría, la cual obtuvo la calificación de sobresaliente con mención de publicación por parte del jurado que la evaluó en 2009.

vale subrayar un cierto sesgo voluntarista en el análisis, centrado por momentos en la conciencia política de los legisladores o la ciudadanía.

Por otra parte, un desarrollo más reciente lo constituye el artículo de Hinojosa y Pérez Lián (2002) en el que se contrastan la continuidad presidencial luego de un juicio político en Estados Unidos y la destitución del presidente por la misma vía en Colombia, orientados por el interrogante sobre las condiciones que permiten la supervivencia presidencial. A tal fin, elaboran un esquema teórico en el cual incluyen la naturaleza de los escándalos protagonizados por los primeros mandatarios, y las relaciones de *accountability* entre poderes, como factores que contribuyeron a la supervivencia presidencial. Esquema que testean también en otros países que atravesaron situaciones de crisis política concluyendo en que la teoría de la supervivencia presidencial es aplicable a una amplia gama de situaciones políticas y realidades institucionales. El aporte central de los autores es que la supervivencia se presenta cuando las acusaciones no son "políticamente efectivas" o cuando los presidentes logran construir un "escudo legislativo". El análisis de la retórica presidencial, el comportamiento legislativo y el rol de la opinión pública son articulados para dar cuerpo a sus afirmaciones. Cada uno de los elementos mencionados constituyen ejes de análisis que sería necesario encuadrar en un esquema de relación más inclusivo que el presentado por los autores, que permita dar cuenta de los condicionamientos estructurales en la interacción de los distintos sectores.

Dentro de este grupo de trabajos se encuadra también el análisis de Kada (2003) quien aborda los casos de Brasil y Colombia, desde la pregunta por el rol que juegan los comités de investigación parlamentaria (CIP) en el proceso de juicio político. El argumento central es que el control de información por el CIP es un factor crucial para decidir el resultado del proceso de enjuiciamiento. Al respecto, analiza la composición interna y el modo de elección de los miembros de los CIP en cada uno de los países. Plantea como hipótesis que la diversidad en la estructura de estos organismos implica una diferencia en el control de la información que puede permitir la continuidad o alentar la destitución. El trabajo se articula sobre una perspectiva normativa, poniendo el eje en el diseño institucional y las estructuras que aseguran la *accountability* de los funcionarios públicos, como así también en los tipos de riesgos que representa para la democracia el uso incorrecto de los mecanismos constitucionales. En este marco, describe cuatro factores que inciden en la decisión de los legisladores de votar por el enjuiciamiento: la disciplina partidaria, la cercanía de elecciones legislativas, la influencia presidencial y la evaluación de los legisladores sobre los cargos de que se acusa al presidente. En este cuarto aspecto, se incluye el rol del CPI, y la importancia de la calidad de la información disponible. La concesión de un margen de evaluación personal dentro de la posición tomada por los legisladores es un elemento que subyace en otros trabajos, pero la exploración que realiza Kada pone de manifiesto la necesidad de considerar el modo de funcionamiento interno del parlamento, y las variables que pueden incidir en el momento de aplicación concreta de los procedimientos. En ese sentido, abre camino a una perspectiva micro, donde se tome en cuenta la interacción en el seno del cuerpo parlamentario como dimensión relevante en procesos de crisis política.

III. Abordaje de casos específicos

Un cuarto grupo de trabajos se ocupa de analizar la utilización del juicio político en distintos países. La experiencia de Ecuador ha sido analizada como ejemplo del desgaste que puede sufrir el juicio político ante situaciones de alta inestabilidad política (Bellini Fedozzi, 2004). La reiteración de amenazas de *impeachment* se ha señalado asimismo como mecanismo de presión en la política paraguaya (COSTAFREDA, 2002), aunque en este

país se ha considerado al juicio político también como un recurso de mantenimiento del orden institucional (Palacios, 2004).

Para el caso de Brasil, un trabajo pionero está dado por el análisis de Weyland (1993) quien se pregunta por qué Collor es el primer presidente destituido por un escándalo de corrupción, si ésta es un fenómeno arraigado en el país. Propone dejar de lado las explicaciones centradas en la personalidad, postulando que la caída de Collor estuvo íntimamente conectada con su dramático ascenso electoral, y analizado las estructuras políticas y mecanismos que contribuyeron a ambos. Destaca como factor central que el presidente era un *outsider*, casi sin estructura política, lo cual contribuyó a su aislamiento y falta de cálculo. No obstante, considera fundamental la presión de la prensa y la opinión pública ante el escándalo, factores que se conjugaron para culminar en manifestaciones masivas solicitando el impeachment. El autor concluye que el avance de los valores universalistas, combinado con la propia plataforma electoral de Collor, centrada en la anti-corrupción, fueron elementos que hicieron crecer el enojo cívico, y en ese sentido, considera que el enjuiciamiento implica un fortalecimiento de los mecanismos democráticos y puede encaminar a Brasil hacia una democracia de ciudadanos.

Un análisis posterior sobre el mismo caso, realizado por Moraes Valença (2002) permite ampliar la perspectiva analítica, al enfocar la destitución de Collor desde las herramientas conceptuales aportadas por el marxismo, fundamentalmente en su perspectiva gramsciana. El trabajo presenta una estructura tripartita, analizando el proceso de elección de Collor, su administración y el movimiento que resultó en su renuncia. Sobre el significado de su ascenso al poder, afirma que la elección de Collor fue un reflejo de la crisis de la clase dominante, y significó un reacomodamiento en el bloque hegemónico. Su pasaje por el poder se caracteriza como una situación de dominación, ya que si bien se basó en una importante fuerza electoral, no construyó hegemonía al descuidar su base electoral y perder paulatinamente los apoyos electorales con que asumía. Por otra parte, la imposición de un estilo de gobierno personalista y el desplazamiento de jugadores tradicionales para promover su propia red de patronazgo, son elementos del comportamiento presidencial que se señalan como fuentes de aislamiento político. Ignorar otros intereses en juego, confiar en el ejercicio del poder para controlar la sociedad, son puntualizados como elementos que debilitaron la figura presidencial. Finalmente, el proceso de enjuiciamiento se concibe como resultado de una presión multisectorial sobre el congreso y no como una iniciativa parlamentaria.

Para el caso argentino se pueden consultar los trabajos de Serrafiero (1995 y 1997) quien estudia inicialmente el rendimiento del mecanismo en el funcionamiento institucional del país entre 1867 y 1975, considerando los pedidos de juicio político que tuvieron curso- sobre el total de los que fueron presentados-ya sea contra el presidente u otros funcionarios. La experiencia argentina indica que a mayor rango de los funcionarios es menor la probabilidad de juicio político, y que el procedimiento es de difícil desarrollo si el funcionario en cuestión pertenece al partido que impera en alguna de las cámaras. La hipótesis que plantea Serrafiero es que la excesiva "disciplina de partido" y la fidelidad obsecuente al "líder" pueden traslucirse en un congelamiento institucional, agravando la rigidez del sistema frente a las crisis políticas. Por otra parte, destaca la necesidad de analizar el órgano de la vicepresidencia, y el modo en que se llegó a la selección del ocupante de este cargo, como dimensión relevante en un proceso de juicio político. En su trabajo posterior complementa el análisis abordando un frustrado pedido de juicio político a Isabel Martínez de Perón, para conocer cual fue la utilización que se hizo del impeachment en una situación de profunda crisis como la que se vivía en 1976. El autor realiza una lectura de los debates parlamentarios y relaciona los argumentos de los legisladores con la situación de los principales actores políticos puertas afuera del congreso, dando cuenta de un componente de irracionalidad en la acción política ante una situación de crisis generalizada. Son actores relevantes

aquí tanto los partidos políticos como los sindicatos y las fuerzas armadas, y se tienen en cuenta factores históricos como la muerte de Perón. La conclusión fundamental es que el comportamiento parlamentario fue un reflejo del proceso de desorientación general que imperaba en la sociedad, advirtiendo sobre la necesidad de revisar el diseño constitucional argentino, a fin de proporcionar herramientas más útiles en momentos de profunda crisis institucional.

IV. Reflexiones finales

Esbozando una síntesis de la literatura consultada, se puede observar que el juicio político refiere casi unívocamente a un mecanismo institucional que es puesto en marcha ante situaciones de inestabilidad o crisis política, cuyo uso puede comprometer la legitimidad del régimen democrático o contribuir a fortalecerlo. Dentro de este gran marco común, se pueden distinguir dos grandes grupos según el sesgo disciplinar de sus esquemas teóricos y los recursos metodológicos para el abordaje de los casos empíricos.

El primer grupo de trabajos sobre juicio político, y el más numeroso, se basa fundamentalmente en los desarrollos de Linz (1996), quien indagó sobre los factores que pueden incidir en el quiebre de la democracia en sistemas presidencialistas. Centrado en las condiciones para la estabilidad de la democracia, y en construir un modelo descriptivo de los procesos operativos de un cambio de régimen, el esquema teórico de Linz incluye la noción de crisis, asociándola a la falta de eficacia o efectividad de los gobiernos. El accionar político ante problemas persistentes aparece como factor decisivo, y la crisis política es abordada como un proceso que pone en serio peligro la continuidad y estabilidad de los mecanismos democráticos básicos. En este sentido, las crisis que considera Linz representan situaciones que implican una seria alteración de las instituciones políticas, y sobre esta base, los autores que lo retoman establecen una distinción de subtipos en la cual el juicio político concierne a crisis presidenciales. Por otra parte, la perspectiva analítica de este primer grupo se organiza alrededor de datos agregados, sobre los cuales se construyen diversos tipos de índices para medir correlaciones entre las variables del modelo teórico presentado, en general en clave comparativa entre dos o más casos. Este sesgo fuertemente positivista es contrapesado, en algunos trabajos, por el análisis de factores históricos ó de características personales de los actores involucrados, aunque tales elementos se mantienen en un status complementario. Dadas las herramientas conceptuales y metodológicas adoptadas, se puede catalogar a este primer grupo de estudios sobre juicio político como enfoque "politológico".

Otro grupo de trabajos, aunque minoritario, se organiza alrededor de las categorías de análisis marxista, retomando fundamentalmente la obra de Gramsci (1949) alrededor de las nociones de hegemonía y crisis. Este autor acuña el concepto de crisis orgánica, mediante el cual reformula la teoría marxista estableciendo una relativa autonomía de los procesos políticos e ideológicos, que si bien se relacionan con la estructura económica, son un reflejo distorsionado de su dinámica. En este sentido, una crisis puede tener un carácter orgánico, y ser por ello mismo de larga duración y difícil resolución, o coyuntural; dependiendo éste carácter entre otras cosas de la composición de las instituciones políticas y partidos, la construcción de hegemonía sobre las clases aliadas y las clases explotadas, y la capacidad de organización de las clases subalternas. Las herramientas para el abordaje de casos empíricos remiten fundamentalmente a un análisis histórico, en el cual están presentes tanto elementos macro que conciernen a la evolución de la estructura económica, como factores coyunturales que hacen a la interrelación de los actores políticos. La combinación de técnicas de tipo cuantitativo y cualitativo, y la lectura en clave estructural de los procesos políticos, permiten catalogar a este segundo grupo de trabajos como enfoque "sociológico".

La distinción esbozada no pretende demarcar perspectivas excluyentes, sino aportar herramientas analíticas sobre la literatura existente. Es importante reconstruir no sólo aquellos ejes de distinción sino también ciertos elementos que son comunes al corpus consultado. En este sentido, el punto de convergencia más significativo dentro de la literatura sobre juicio político es la utilización de las categorías analíticas desarrolladas por Weber (1919, 1922). La teoría weberiana de la dominación se constituye así en el insumo fundamental para el estudio de situaciones de crisis política.

Un desarrollo reciente que retoma de modo original la concepción weberiana es el trabajo de Dobry (1988). Este autor describe a la sociedad como un conjunto de múltiples esferas o campos diferenciados, a la vez inextricablemente mezclados y relativamente autónomos. A partir de esta noción clásicamente weberiana, el autor construye un esquema para el análisis de las crisis políticas centrado en la noción de movilización sectorial. Su hipótesis inicial es que las crisis constituyen un momento de ruptura, de discontinuidad en las rutinas políticas "normales" dentro de un sistema complejo, en el cual la movilización actúa *a la vez*, como generadora y constituyente de la situación. Dobry intenta romper con el objetivismo de la estructura y con toda visión manipuladora o instrumental, tomando en cuenta tanto la *sensibilidad* de los sistemas sociales a las movilizaciones, a la sucesión de jugadas, a la actividad táctica de los protagonistas; como las lógicas de situación que, en contextos de crisis tienden a imponerse a los actores y a estructurar sus percepciones, cálculos y comportamientos. De este modo, el autor propone un esquema teórico inclusivo, que permite dar cuenta de la especificidad de las situaciones de crisis política, el cual representa un marco de análisis fecundo para abordar la temática de los juicios políticos.

Referencias bibliográficas

- BELLINNI FEDOZZI, L. y otros (2004) "Juicio político, pugna de poderes y desgaste democrático". En *Universitas*, 2004, 5, 163-173.
- COSTAFREDA, A. (2002) "El Juicio político ¿un mecanismo de resolución de conflictos?". En *Desarrollo Humano e Institucional en América Latina*, 2002, 35.
- DOBRY, M. (1988) *Sociología de las crisis políticas*. Madrid, Siglo XXI, 1988.
- GRAMSCI, A. (1949) *La política y el estado moderno*. Barcelona, Planeta Agostini, 1985.
- HINOJOSA, V. Y PÉREZ LIÑÁN, A. (2002) *Presidential Survival and the Impeachment Process: Colombia in Comparative Perspective*. Prepared for presentation at the 2002 Annual Meeting of the Midwest Political Science Association, Chicago.
- KADA, N. (2003) "The role of investigative committees in the presidential *impeachment* processes in Brazil and Colombia". En *Legislative Studies Quarterly*, 2003, 28, 29-54.
- LINZ, J. (1996) *La quiebra de las democracias*. Madrid, Alianza, 1996.
- MORAES VALENÇA, M. (2002) "The Politics of Giving in Brazil: The Rise and Demise of Collor (1990-1992)". En *Latin American Perspectives*, 2002, 122, 29, 1, 115-152.
- PALACIOS, M. L. (2004) "Implicancias de la gobernabilidad democrática en el Paraguay". En *Novapolis*, 2004, 7, 55-72.
- PÉREZ LIÑÁN, A. (2000) "¿Juicio político o golpe legislativo? Sobre las crisis constitucionales en los años noventa". En *América Latina Hoy*, 2000, 26, 67-74.

- PÉREZ LIÑÁN, A. (2001) "Crisis presidenciales: gobernabilidad y estabilidad democrática para América Latina". En *Instituciones y Desarrollo*, 2001, 8-9, 281-298.
- PÉREZ LIÑÁN, A. (2003) "Pugna de poderes y crisis de gobernabilidad: ¿Hacia un nuevo presidencialismo?" En *Latin American Research Review*, 2003, 38, 3, 149-164.
- PÉREZ LIÑÁN, A. (2005) "Democratization and Constitutional Crises in Presidential Regimes: Toward Congressional Supremacy?" En *Comparative Political Studies*, 2005, 38, 1, 51-74.
- PÉREZ LIÑÁN, A. (2007) *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*. New York, Cambridge University Press, 2007.
- SERRAFERO, M. (1995) "El juicio político: la experiencia argentina". En *Estudios de la Academia Nacional de Ciencias De Buenos Aires*, 1995, 12, 104-120.
- SERRAFERO, M. (1996) "El "Impeachment" en América Latina: Argentina, Brasil y Venezuela". En *Revista de estudios políticos*, 1996, 92, 137-162.
- SERRAFERO, M. (1997). "Juicio político y derrumbe institucional en la Argentina (1976)" En *EIAL*, 1997, 8, 2.
- WEBER, M. (1919) *Escritos Políticos*. Madrid, Alianza, 1991.
- WEBER, M. (1922) *Economía y Sociedad*. México, FCE, 1964.
- WEYLAND, K. (1993) "The Rise and Fall of President Collor and Its Impact on Brazilian Democracy". En *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 1993, 35, 1, 1-37.

EL ACTIVISMO JUDICIAL RESPONSABLE, EN LOS JUICIOS DE DAÑOS CONTRA EDESUR

Por Eduardo Rogelio Galisteo

RESUMEN

En la primera parte del trabajo, nos proponemos analizar el concepto de activismo judicial responsable, frente a una serie de demandas de daños, donde los Jueces decidieron tomar una serie de medidas, generando creatividad en las sentencias, un mayor protagonismo del tribunal y no menos importante, el aggiornamiento del servicio de justicia. En la segunda analizaremos el activismo judicial desde la óptica del abogado, a fin de probar la hipótesis de que el activismo judicial mejora la calidad del servicio de justicia, y culminaremos con la formulación de algunas conclusiones, a modo de propuestas, que solamente aspiran a llevar a la reflexión.

PALABRAS CLAVE

Activismo judicial responsable - Derecho constitucional – Sociología y Antropología Jurídica - Servicio de justicia

RESPONSIBLE JUDICIAL ACTIVISM, IN DAMAGES CASES

By Eduardo Rogelio Galisteo

ABSTRACT

In the first part of this work, we intend to analyze the concept of responsible judicial activism, in a serial of damages cases, where the judges decided to take some measures, generating creativity sentences, and a mayor leadership of the tribunal. In the second part, we study the judicial activism, from the point of view of the lawyer, in order to prove the hypothesis that they consider judicial activism as a way to improve the service of justice, we will culminate with the formulation of some conclusions, by way of proposals that only aspire to take to the reflection.

KEYWORDS

Responsible judicial activism – Constitutional law - Sociology and Legal Anthropology - Justice Service

EL ACTIVISMO JUDICIAL RESPONSABLE, EN LOS JUICIOS DE DAÑOS CONTRA EDESUR

Por Eduardo Rogelio Galisteo*

1. Introducción.

“El hombre es como cualquier otro organismo, se adapta a su ambiente de manera tan completa que una vez que ha tomado la forma, si se trata de cambiarlo, se le altera la vida”

Oliver Wendell Holmes.¹

En febrero del año 1999, se produjo un corte de luz que dejó sin servicio a 150.000 familias, producto de una falla ocurrida en la subestación Azopardo, que operaba bajo el servicio de la empresa Edesur s.a. Detengámonos por un momento para analizar los problemas que generó en la sociedad el hecho de no contar con el más básico de los servicios, el servicio eléctrico, sin el cual dejan de funcionar el resto de los servicios básicos como ser el agua potable, ya que las bombas de las casas y edificios que predominan en la zona del corte, necesitan energía eléctrica para funcionar, o una heladera, sin la cual se echan a perder los alimentos. Menos aún pensemos usar un ascensor si se vive en un piso elevado.

Ocurrido el hecho, la empresa Edesur intentó proveer energía eléctrica de modo esporádico, pero tales intentos fueron infructuosos, originando sobrecargas en la tensión tales que, ante el riesgo de sufrir graves deterioros en el sistema eléctrico y especialmente en los electrodomésticos del hogar, los usuarios optaron por clausurar las llaves térmicas hasta tanto se normalizara el servicio. Tales “goteos” en el suministro, que por lo general se proporcionaban en horas de la madrugada, no tuvieron efecto alguno ya que nadie se encontraba despierto a esas horas o bien pocas eran las actividades que podían realizarse en esos horarios.

A lo expuesto se sumo el hecho de que la demandada durante los días del apagón proporcionara información confusa o falsa, anunciando la inminencia del restablecimiento del servicio eléctrico lo que agravó la situación ya que no pudo tomar los recaudos necesarios de haber sabido la real extensión y envergadura del corte no pudiendo organizar su vida cotidiana de manera útil como ser mudarse a la casa de algún familiar o amigo.

Consecuentemente, las condiciones de vida se tornaron inhumanas durante el período del corte que en algunas zonas fue superior a los 15 días, sin poder bañarse o higienizarse salvo ocasionalmente en casa de algún amigo y sin poder utilizar ningún tipo de artefacto eléctrico, lo que tornó caótica la situación. No olvidemos que por esos días la Capital Federal estuvo invadida por una ola de calor con sensaciones térmicas que rondaron un promedio superior a los 35°C, a lo que sumado la falta de energía eléctrica y de agua, convirtió la vida diaria de miles de usuarios del servicio en un calvario.

* **Eduardo Rogelio Galisteo:** Abogado (UBA) – Cursa la Maestría en Magistratura (UBA) - Trabaja desde el año 1997 en el Fuero Federal Civil y Comercial de la Nación - Desempeña en la actualidad el cargo de Jefe de Despacho –

¹ (1946) *Holmes -Lewis letters*, Cambridge, EEUU, Harvard University Press, 1958.

Analicemos todo lo señalado en cabeza de una jubilada de 77 años, sin familia que vive en un piso 5, a 10 o mas cuabras de un lugar con luz.

Ahora bien, toda vez que los reclamos administrativos ante Edesur no arrojaron en la mayoría de los casos resultados de ningún tipo, a fines del año 1999 y principios del año 2000 se presentaron las primeras demandas en el fuero Federal Civil y Comercial -que es competente en razón de la materia- a fin de demandar a la empresa Edesur s.a. por los daños y perjuicios derivados del corte de energía. Primero fueron unos pocos casos testigo y luego ya si, el inicio de demandas se dio en forma masiva, por algunos abogados independientes que, con el pasar del tiempo agregaron a su estructura de trabajo todo un staf de personal para poder llevar adelante miles de demandas contra Edesur.

Por otro lado, frente a este universo de demandas por daños y perjuicios que se avisaba en el horizonte, estaba el Poder Judicial. El momento histórico que vivía el Poder Judicial en esos día no puede ser mejor descripto que usando las palabras de OLIVER WENDELL HOLMES *"Estamos muy tranquilos allí pero es la calma del centro de una tormenta"*². Como todos sabemos se aproximaba una de sus crisis institucionales mas importantes vividas en los últimos años, la del llamado "corralito financiero", y el fuero Federal Civil y Comercial, no iba a ser ajeno a esta problemática ya que rápidamente por un fallo de la Corte Suprema de La Nación fue competente para entender en estos juicios como juzgado competente originario y como secretaria auxiliar del fuero contencioso administrativo federal.³

Frente a este panorama, y ya avanzada la avalancha de demandas del "corralito" y su corolario de Edesur – entre muchas otras más⁴-, algunos jueces del fuero decidieron tomar medidas de activismo judicial responsable, generando creatividad en las sentencias, un mayor protagonismo del tribunal y no menos importante, el aggiornamiento del servicio de justicia para la tramitación de las demandas de Edesur.

2. Formulación de la hipótesis.

Formulación del problema:

"El activismo judicial responsable, que se ve plasmado en una serie de medidas procesales en los juicios por daños interpuestos contra Edesur s.a., es una herramienta útil para los abogados"

Hipótesis principal.

"Los abogados que tramitan juicios de daños contra Edesur s.a. consideran que el activismo judicial mejora la calidad del servicio de justicia"

² MENAND, Louis, *El club de los metafísicos. Historia de las ideas en los Estados Unidos. Premio Pulitzer de Historia 2002*, Barcelona, Ed. Imago Mundi, 2003.

³ CSJN, Acordada 11/2002, asignó la tramitación ante las secretarías del Fuero de las denominadas causas del "corralito", situación que se vio agravada con motivo de la aplicación del fallo de la Corte Suprema de Justicia de La Nación C. N° 748 XXXVIII, *in re*, "Viejo Roble S.A. c/ Bank Boston N.A. s/ acción meramente declarativa" del 30/09/03 (Revista LL 29/10/03, 106413), que atribuyó competencia a este Fuero en todas las cuestiones derivadas de la aplicación de la ley 25.587 y de la ley 25.561 que declara la emergencia pública y reforma del régimen cambiario (B.O. 07/02/2002)

⁴ A las demandas señaladas se sumaron todas las cuestiones derivadas del Sistema Nacional del Seguro de Salud (ley 23.660) en el que sean sujetos demandados aquellos que forman parte de él en calidad de Agentes Naturales del Sistema en virtud de lo dispuesto por el art. 38 de la ley 23.661, como así también la totalidad de reclamos derivados de la implementación e instrumentación de los Programas de Propiedad Participada.

Hipótesis accesorias.

- *La administración de justicia, que es burocrática y dilatoria por naturaleza, encuentra en el activismo judicial medidas que importan una mejora a su estado.*
- *La calidad de gestión que recibe el abogado, se ve ampliamente mejorada por las medidas de activismo judicial.*
- *Un mejor servicio de justicia, acota los tiempos de los procesos lo cual favorece a los abogados.*

3. Conceptualización.

En primer lugar debemos definir que entendemos por activismo judicial.

El profesor Morello realiza una definición de activismo judicial al referirse a:

“la creatividad de las sentencias, al protagonismo del tribunal y al aggiornamiento del servicio de justicia”.

Así podemos decir que una sentencia es propia de un ejercicio activista de la judicatura cuando el tribunal, además de solucionar el caso concreto traído a su juzgamiento, envía señales innovadoras, a las partes y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio.⁵

Por otro lado Gozaini plantea la existencia de un “conflicto que enfrenta a dos sectores bien diferenciados en nuestra ciencia: quienes propiciamos el activismo responsable del juez, frente a los que sostienen que esta dinámica destruye las garantías constitucionales que implementa el debido proceso o garantismo procesal. Gozaini define al garantismo como la postura doctrinaria según la cual el proceso judicial se basa en la constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del debido proceso adjetivo, lo que supone entablar un conflicto entre dos partes donde el juez debe ser imparcial –independiente- e imparcial –equidistante de ambas partes-.

Este juez entonces dirige el debate entre las partes garantizando permanentemente la bilateralidad y el derecho a la contradicción. Así el proceso queda gobernado por el principio dispositivo, según el cual no hay proceso sin petición de parte, ni actuación de oficio del órgano jurisdiccional y el juez estaría pura y exclusivamente atado a aplicar el código de procedimiento a rajatabla.

Así se plantea en el marco conceptual, un supuesto antagonismo entre activismo y garantismo que no es aplicable a todos los casos de activismo judicial. Por esto en los casos que analizaremos veremos que el activismo no va en detrimento del garantismo y que cuando un tribunal actúa de manera “activista” no lesiona las garantías procesales del debido proceso, sino que el resultado puede ser justamente reforzar esas garantías, mejorando sustancialmente el servicio de justicia, lo que es visto por los abogados como una herramienta útil para el ejercicio de la profesión.

4. Delimitación del campo de investigación.

Geográfica.

Analizaré el universo de demandas de daños y perjuicios entabladas contra Edesur por el evento Azopardo, que tramitan ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Federal Civil y Comercial n°6 y a sus operadores de derecho, los abogados que las interpusieron.

⁵ MANILLI, Pablo (2006) “El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *La Ley*, 2006-D: 1285.

Temporal.

Será necesario destacar el período que va desde las primeras demandas presentadas en el juzgado –fines del año 1999 y principios del año 2000-, hasta el año 2009, en el cual operó la prescripción de las causas.

Unidad de observación.

Los abogados que han iniciado causas contra Edesur por el Evento Azopardo. Para no tomar todo el universo de abogados, se consultó a la Oficina de Asignación del Causas de la *CNCCFed*, para que informara cuales eran los abogados que tenían más de 1000 causas en el fuero.⁶ La oficina remitió una lista con ocho de ellos, de los cuales se tomó a los que son socios o dueños de los estudios jurídicos. Cuando analizamos la temática del activismo judicial, vemos que podemos formularnos serias preguntas de contenido jurídico, sociológico, y hasta si se quiere filosófico, y aún más, podemos quizás jugar con estas variantes y entrelazarlas en una misma pregunta que las abarque pacíficamente. Sin lugar a dudas, la complejidad y la sensibilidad del tema nos permitirá elaborar muchísimas y acertadas preguntas, lo que nos llevará a formular varias respuestas que harán a la ejecución de este trabajo.

Variables.

Dentro de la hipótesis encontramos dos variables, por un lado el activismo judicial y por el otro lado el servicio de justicia. A su vez cada una de estas variables presenta sus atributos o valores que en conjunto componen la variable;

Activismo judicial:

- 1) **Sociológico:** Cual es la formación del Juez para resolver los críticos problemas de la sociedad y en particular de los abogados frente a este tipo de demandas que insumen gran cantidad de recursos por el volumen de causas. Tenemos en cuenta que muchas veces son dos operadores de derecho que presentan antagonismos que son difíciles de explicar. Muchas veces las meras creencias de un Juez son una barrera insoslayable para el abogado.
- 2) **Político:** No puede escapar al observador de derecho que las empresas tienen sus grandes lobbies en la política, y la política en el poder judicial. Para la empresa Edesur s.a., el hecho de no pagar las indemnizaciones en tiempo y forma, le redundó en un beneficio económico y en un universo de juicios que no llega al 10% de los damnificados.
- 3) **Técnico jurídico:** Se refieren a cuestiones de procedimiento que le permita al juez, en ciertos casos como los que analizamos, apartarse de los rigorismos procesales e implementar otras soluciones acordes a derecho. En la actualidad y luego del fallo Mendoza de la CSJN, se encuentra en estudio un proyecto de ley acción de clases, una medida que hubiera permitido que estos procesos tramitaran en forma más ordenada.
- 4) **Administración de justicia moderna:** Se refiere a que el juez, nunca fue el producto de una escuela judicial que lo formara y le otorgara las herramientas necesarias para enfrentar este tipo de litigios masivos.

⁶ La consulta suministrada por la Oficina de Asignación de Causas de la CNFedCiv y Com arrojó la siguiente muestra: Dr. F., Dr. C.C., Dra. M.A.G.R., Dr. E.M., Dr. D.H.A. y Dr. J.R.V.A.

Fucito⁷ señala que una escuela judicial podría suministrar criterios científicos que le sirvieran de apoyo, no solo para la integración de normas, sino para los casos en que la solución legal apareciera inapropiada.

Servicio de justicia:

- 1) **El acceso a la administración de justicia:** ¿Quién accede a la justicia? Sabemos que no son todos los que tienen derecho a reclamar, sino los que saben hacerlo y tienen fondos para pagar y sobre todo para esperar⁸. Estas demandas en su totalidad tramitaban con beneficio de litigar sin gastos y pacto de cuota litis.
- 2) **Elemento cultural:** Todo intento de reformas en el poder judicial que implique un cambio radical de la cultura administrativa judicial, tiene automáticamente la oposición de sus empleados. No se trata de carecer de técnicas o de dinero para incorporarlas exclusivamente, se trata de una verdadera resistencia activa al cambio.⁹
- 3) **Elemento estructural y humano:** El Poder Judicial no cuenta con salas de audiencias acordes, ni personal que pueda estar asignado toda una mañana a la realización de estas audiencias. Esto ha sido puesto en tapete numerosas veces y nunca falta un abogado que presente su queja por el mal estado de una sala de audiencias. Por otro lado la falta de una escuela judicial acorde a los tiempos modernos, genera que el audiencista –estudiante de derecho o no- muchas veces no esté preparado para lo que implica la tarea.

Diseño de la prueba.

El presente trabajo se realizará a través de la observación documental cualitativa, derivada de:

- Información estadística suministrada por la Oficina de Asignación de Asignación de Causas de la *CNCCFed*; para así poder definir el universo de abogados que serían luego entrevistados en la tesina. Así se seleccionó a los cuatro más representativos por su trayectoria, es decir que estuvieron desde el inicio de estos procesos litigando en el fuero, y por la cantidad de demandas que llevan presentadas en el fuero, que en total ascienden a más de 9000.
- 50 juicios contra Edesur s.a. por el evento Azopardo –seleccionados de un total de 500 que tramitan ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Federal, Civil y Comercial n° 6, secretaría, n° 11. De aquí se extrajo una serie de medidas procesales consideradas de activismo judicial razonable como ser:
 - Juez con presencia activa en los primeros años de las audiencias del art. 360 del CPCCN, que busca acuerdos en relación a temas de fondo como horas de corte y suma percibida por alguna indemnización del ENRE, desistimiento así de pruebas superfluas.
 - Ofrecimiento de celebración de audiencias testimoniales en los estudios de la actora, con la presencia de la demanda, utilizando en forma análoga la ley de navegación, y confeccionando y presentando las actas en la causa.
 - Sentencias donde no se debe probar la responsabilidad de Edesur, reduciéndose así la etapa de la prueba a la audiencia testimonial y una prueba de informes.

⁷ FUCITO, Felipe (2002) *¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?*, Buenos Aires, ed. Fondo de Cultura Económica, ed. Julio 2002.

⁸ Idem 7.

⁹ Ídem 7.

Trabajo de Campo.

El trabajo de campo fue realizado sobre la base de entrevistas individuales del tipo semi estructuradas, individuales, que cuentan con un guión previo que se detalla a continuación a medida que se analizan y que el entrevistador retoma con la posibilidad de recolectar información que espontáneamente sugiera la propia situación. La guía de preguntas que se utilizó en las entrevistas es la siguiente:

Pregunta 1. ¿Recuerda la primera causa que inició contra Edesur a raíz del corte de luz de la subestación Azopardo que ocurrió en febrero del año 1999?

Tres de ellos afirman que tuvieron su primer caso por un familiar o amigo directo. Solo uno de ellos el Dr. F., inicio personalmente su causa contra Edesur. Todos coinciden en que luego de ese primer caso rearmaron paulatinamente su estructura de trabajo para procesar en volumen esas causas.

Pregunta 2. ¿Cuánto tiempo tardo en salir la primera sentencia?

Todos señalan que fue de trámite sumarísimo y que tardó como mínimo un año y medio y como máximo tres años. Ponen de relieve que fue mucho tiempo y que en la actualidad esas demandas se reducen a la mitad. El que menos tiempo informó en la actualidad es C.C., que señala tener sentencias sumarísimas en siete meses.

Pregunta 3. ¿Cuántas causas tramitó durante todos estos años?

Solo uno de ellos –el Dr. V.- que era empleado y luego puso su propio estudio con estas demandas, tramito 500 causas. El resto tramitó más de 2000. Quien más causas lleva, es el Dr. F. que tiene cerca de tres mil causas. Así vemos que el volumen de juicios que estos cuatro abogados traen a los juzgados es significativo, máxime teniendo en cuenta el criterio cualitativo de selección, lo que importa que hay otros tantos abogados que también tienen demandas contra Edesur, pero que no ascienden a estos volúmenes.

Pregunta 4. ¿Con que obstáculos burocráticos se encontró en tribunales a lo largo de estos 10 años de litigar contra Edesur?

Todos señalan al menos un obstáculo y es común en el relato señalar los problemas propios de tribunales, largas esperas, etc., pero se remarca la falta de practicidad de los jueces para resolver estas causas y la disparidad de criterios. Todos afirman durante sus relatos que se trata de causas simples donde el proceso se resume a la etapa probatoria, y que los juzgados –algunos- no advierten esta cuestión. Tres de ellos ponen de manifiesto la brecha entre juez y abogado, señalando que la visión de los jueces respecto de ellos como profesionales no resulta adecuada al trato de un magistrado.

Pregunta 5. ¿Qué valor asignaría a la presencia del Juez en la audiencia del art. 360 del CPCCN?

Todos ellos dicen que la presencia activa del juez en la audiencia es muy positiva sobre todo para eliminar las pruebas superfluas. Remarcan el valor del juez activo en esa audiencia.

Sin embargo ponen de manifiesto que se trata de un fuero especial donde no todos los magistrados toman esta audiencia, lo cual genera que los expedientes tramiten más tiempo por la etapa de prueba. Hay una crítica a la falta de valor que otorga el magistrado no solo a la audiencia sino a todo el proceso de daños.

Pregunta 6. ¿Qué medidas procesales le resultaron valiosas en el transcurso de estos años?

Aquí todos contestan en forma unánime. En primer lugar señalan como muy positivo la celebración de audiencias testimoniales en los estudios de la actora, con la presencia de la demanda, utilizando en forma análoga la ley de navegación, y confeccionando y presentando las actas en la causa. Dicen que esto les otorga comodidad para poder arreglar con mayor soltura las audiencias en los estudios en horarios que no son los de tribunales. Por otro lado todos presentan una fuerte crítica a los juzgados que no conceden esta posibilidad y que son los mismos que les fijan

audiencias a un año y medio, con toda la problemática que les importa el hecho de tener que buscar a un testigo tanto tiempo después. Por otro lado C.C. señala la reticencia de los testigos a comparecer a tribunales, circunstancia que no se observa compareciendo a su estudio.

Todos acuerdan que esta modalidad repercutió en el tiempo que permanecían en el tribunal por las mañanas, pudiendo ahora dedicar su tiempo a otras cuestiones.

Respecto de la utilización del fallo del Defensor del Pueblo donde se da por probada la responsabilidad de Edesur en estos procesos, todos señalar que esto reduce el tiempo del proceso, y procesalmente reduce el juicio a la prueba la testimonial e informativa, acortando los plazos.

Pregunta 7. ¿Considera que las medidas procesales tomadas por los tribunales ayudaron a mejorar la calidad del servicio de justicia?

Todos consideran que se produjo una notable mejora en el servicio de justicia.

Señalan que el servicio mejoró con la puesta en funcionamiento de todas estas medidas.

Ponen como crítica no menos importante, que no obstante las medidas reseñadas fueron tomadas por el juzgado 6, aún quedan juzgados - a 10 años de iniciadas las demandas- que no han logrado un *aggiornamento* del servicio de justicia.

5. Conclusión.

Como resultado final he obtenido la corroboración de la hipótesis principal formulada al comienzo de este trabajo y de las hipótesis accesorias.

Hemos vistos a lo largo del desarrollo de la presente, que las demandas por daños contra Edesur fueron de un volumen considerable para el Fuero Federal y que ingresaron a un fuero que colapsó con el llamado "corralito financiero" lo cual coincidió con el momento en que estas demandas eran iniciadas en forma masiva.

Cabe señalar además que con el pasar del tiempo los juzgados fueron *aggiornando* sus estructuras para dar una mejor atención a estos procesos de daños, pero prevaleció el elemento cultural propio del poder judicial que antepone una barrera para los cambios administrativos.

Se concluye que los jueces fueron protagonistas activos en estos cambios, lo cual vemos en las audiencias del art. 360 del CPCCN -desechando prueba superflua- lo cual redujo el tiempo de trámite en casi un 50%.

Tal vez una de las medidas de activismo judicial más importantes, en este tipo de proceso de daños, es que el hecho de que juez, utilizando como marco jurídico la ley de navegación¹⁰, permite a las partes la celebración de las audiencias en sus estudios. No podemos dejar de señalar que esta medida también oculta otra variable que es la falta de estructura del poder judicial, que tiene que asignar a estos procesos un audiencista toda una mañana, personal que desempeña otras tareas varias. Esta medida procesal desde la óptica del abogado, sin lugar a dudas mejora el servicio de justicia, ya que le quita a el y al tribunal una carga horaria sumamente importante lo cual redundo en un beneficio para ambos operadores del derecho.

¹⁰ LEY 20.094 (en Boletín Oficial : 02/03/1973) NAVEGACIÓN, Producción extrajudicial de la prueba. ARTÍCULO 518. Si todas las partes fueren capaces y hubiere conformidad entre ellas las diligencias probatorias en los procesos referentes a las relaciones jurídicas emergentes de la navegación y conexas, podrán llevarse a cabo extrajudicialmente con asistencia letrada. Si durante la realización extrajudicial de estas diligencias se suscitaren desinteligencias entre las partes, el acto correspondiente se suspenderá, sometiéndose aquellas a la decisión del juez que entiende en el proceso, o al que le correspondería conocer en caso de que las diligencias sean anteriores a la iniciación del juicio. Si cualquiera de las partes deviniere incapaz o se opusiere a proseguir con el trámite extrajudicial, las diligencias probatorias deberán continuarse judicialmente.

Todos los abogados entrevistados¹¹ afirmaron que estas medidas procesales, consideradas de activismo judicial mejoran la calidad del servicio de justicia. Así, el activismo judicial responsable, se torna una herramienta útil para los abogados. Esto confirma nuestro problema inicial que encuentra una adecuada respuesta en la hipótesis principal.

Respecto de las hipótesis accesorias, concluimos que la administración de justicia, que es burocrática y lenta por naturaleza, encuentra en el activismo judicial un gran aliado, ya que si bien estas medidas no implican un cambio de la cultura judicial –necesario por cierto- mejoran su estado, quitándole un gran cúmulo de trabajo y público en las mesas de entradas.

Por otro lado, la calidad de gestión que recibe el abogado, se ve ampliamente mejorada con el activismo judicial. Para ninguno de los entrevistados era grato estar cuatro o más horas, todos los días de la semana en tribunales para atender las audiencias testimoniales, estas medidas le han dado no solo libertad de acción, sino que le dejan tiempo libre para dedicarlo a otros asuntos más importantes que requieran su atención. Es curioso ver en estos tiempos como abogados que deberían tener el trato de un magistrado, reciben el mal trato del personal de una mesa de entradas por cuestiones que no atañen a su labor.

Finalmente, confirmamos que un mejor servicio de justicia acota los tiempos de los procesos, lo cual sin lugar a dudas favorece a los abogados. Nótese que los entrevistados manifestaron haber reducido a la mitad el tiempo de trámite de sus causas. Elemento importante ya que muchos de estos juicios tenían regulaciones de honorarios por el mínimo, con lo cual extenderlos en el tiempo importaba para el profesional una licuación de sus honorarios. Por otro lado la totalidad de los entrevistados generó estructuras empresariales para poder llevar adelante estos juicios, lo cual implicó la contratación de personal y abogados para gestionar, es decir, cuanto más duren los procesos menor será sus ingresos y más onerosa se tornara toda esa estructura montada.

Para terminar y reseñando al Juez Oliver Wendell Holmes, uno de los primeros grandes jueces que tuvo la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, fue él quien dijo: *"...le había enseñado dos cosas a William James: primero, que la filosofía no es un camino a la certeza, sólo un método de abordaje, y segundo, que lo que hace verdaderas las creencias no es la lógica sino los resultados"* Y creo que a lo largo de este trabajo, hemos vistos los resultados que produce y seguirá produciendo en el Poder Judicial y en los abogados, el activismo judicial en todas sus formas, aportando soluciones en tiempos en donde estas no abundan.

6. Bibliografía.

- FUCITO, Felipe (2002) *¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?*, Buenos Aires, ed. Fondo de Cultura Económica, ed. Julio 2002.
- FUCITO, Felipe (1999) *Sociología General*, Buenos Aires, ed. Universidad, ed. 1999.
- KUNZ Ana y CARDINAUX Nancy. (2004) *Investigar en derecho. Guía para estudiantes y tesistas*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, julio de 2004.
- MENAND, Louis (2002) *El club de los metafísicos. Historia de las ideas en los Estados Unidos. Premio Pulitzer de Historia 2002*, Barcelona, Ed. Imago Mundi, 2003.
- TAYLOR, S. J. y BOGDAN R. *Introducción a los Métodos Cualitativos de Investigación*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1995.

¹¹ Por una cuestión de extensión del trabajo, no pudo incluirse el Anexo desgravaciones de entrevistas y notas del entrevistador, que constan de 12 páginas donde se volcaron varias horas de entrevistas.

LA PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE GOBIERNO EN EL AMBITO LEGISLATIVO

Por Joaquín Pinotti

RESUMEN

La publicidad de los actos de gobierno es uno de los principios básicos de nuestro sistema republicano. Su esencia democrática permite que el pueblo pueda conocer la actividad que llevan adelante sus representantes en pos del bien común.

En cumplimiento de la Constitución Nacional se han sancionado diversas normas y, paralelamente se han desarrollado programas de gobierno sobre transparencia y acceso a la información pública. En el marco del debate sobre si ¿es el Derecho el motor de los cambios sociales y culturales en la gestión pública o son las transformaciones sociales materiales las que dan origen al Derecho? Planteo si ¿los programas de transparencia son válidos sólo si son consecuencia de productos normativos o dichos programas, que aún aguardan su recepción legislativa, igual poseen eficacia? El presente análisis será un estudio de caso sobre los programas de transparencia en el ámbito de la Cámara de Diputados de la Nación.

PALABRAS CLAVE

Publicidad – Actos de gobierno – Gestión Pública – Programas de Transparencia – Cámara de Diputados de la Nación

THE PUBLICITY OF THE GOVERNMENT ACTS IN THE LEGISLATIVE AMBIT

By **Joaquin Pinotti**

ABSTRACT

The publicity of the government acts is one the basic principles of our republic system of governance. Its democratic essence allows the people to know their representative's activities in behalf the common wellbeing.

In fulfillment of the national Constitution several rules have been passed and a few government programs about transparency and access to public information have been developed. In the debate of if is Law the epicenter of the social and cultural transformations in public management or are the social transformations in practices which build the basis of Law? I question if the transparency programs are only valid if they represent the outcome of a legal process or those programs, even though it's legal reception is still pendant, are effective indeed? The present analysis will be a study of transparency and access to public information in the ambit of the House of Representatives.

KEYWORDS

Publicity - Government acts - Transparency programs - Public management - House of Representatives

LA PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE GOBIERNO EN EL AMBITO LEGISLATIVO

Por Joaquín Pinotti*

I. Introducción

La publicidad de los actos de gobierno es uno de los principios básicos de nuestro sistema republicano. Su esencia democrática permite que el pueblo pueda conocer la actividad que llevan adelante sus representantes en pos del bien común. A partir de dicha publicidad, la comunidad cuenta con una serie de instrumentos para ejercer el control ciudadano sobre los gobernantes, siendo el más importante, el sufragio universal.

La publicidad de los actos de gobierno hasta 1994 se encontraba dentro del espectro de derechos implícitos (Bidart Campos, 1996) al que hace alusión el artículo 33 de la Constitución Nacional (CN). Tras la última reforma de la Ley Fundamental el convencional constituyente no sólo consagró expresamente en el cuerpo principal, sino que con la incorporación de numerosos tratados internacionales (Art. 75 inc. 22 CN) dicho principio fue complementado con el derecho al acceso a la información pública.

En cumplimiento de la manda constitucional prescripta se han sancionado diversas normas. Paralelamente se han desarrollado varios programas de gobierno sobre transparencia y acceso a la información pública que representan acciones materiales y de hecho. Ello me lleva a plantear el siguiente interrogante ¿es el Derecho el motor de los cambios sociales y culturales en la gestión pública o son las transformaciones sociales materiales las que dan origen al Derecho? En particular ¿Los programas de transparencia son válidos sólo si son consecuencia de productos normativos o dichos programas, que aún aguardan su recepción legislativa, igual poseen eficacia? El presente análisis intentará dar respuesta a estos interrogantes, presentándose como un estudio de caso sobre los programas de transparencia y acceso a la información pública desarrollados en el ámbito de la Cámara de Diputados de la Nación.

En la primera sección del trabajo analizaré la evolución de la publicidad de los actos de gobierno en el texto constitucional. A continuación presentaré los instrumentos legales existentes. En la tercera parte del trabajo me avocaré al estudio de caso en la Cámara de Diputados de la Nación. Seguidamente, formularé un conjunto de propuestas y recomendaciones. Finalmente, intentaré arribar a una serie de conclusiones. Todo el documento será atravesado por el siguiente eje de debate: ¿Es la garantía del principio de legalidad un requisito sine qua non para lograr la transparencia y el derecho a la información pública o la operatividad per se de los programas sobre la materia es suficiente para dar cumplimiento al texto constitucional?

* Abogado (Universidad de Belgrano) – Diploma de Honor. Magíster en Administración y Políticas Públicas – Tesis pendiente (Universidad de San Andrés). Ex asesor parlamentario del Congreso de la Nación (2005-2008). Ex auxiliar de Cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (2007-2008). Auxiliar de Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad del Salvador (2007-presente). Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (2006-presente). Miembro editor del Instituto de Ciencia y Técnica Legislativa (ICYTEL). Jefe de Equipo de la Unidad de Auditoría Interna de la Sindicatura General de la Ciudad de Buenos Aires (presente). Autor de artículos publicados en el Observatorio de los Derechos Humanos. Distinción a la Excelencia (Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires).

II. De la publicidad de los actos de gobierno al acceso a la información pública

Desde 1853 dentro del plexo de principios constitucionales, base de nuestra República, se ubica la publicidad de los actos de gobierno. A pesar de la importancia de este principio, el mismo no fue incorporado expresamente a la Constitución Nacional. Tal vez porque existió durante siglos una fuerte tradición de reserva de las acciones de gobierno (Rowat, 1985). Sin embargo es posible afirmar que la publicidad de la gestión de gobierno se encuentra dentro del conjunto de derechos implícitos al que alude el artículo 33 de la Carta Magna. Asimismo, Dromi (2006) entiende que dicho precepto se trasluce en la prescripción del artículo 70 de la Ley Fundamental en virtud de la cual se prevé el juicio público de desafuero de los legisladores.

La reforma constitucional de 1994 tuvo un importante impacto en la materia. Su alta relevancia se produce por un doble vía de recepción normativa: a. implícitamente, a través de la inclusión de nuevas disposiciones dentro del texto de la Carta Magna, y b. expresamente, mediante la incorporación de numerosos tratados internacionales de jerarquía constitucional. La obligación de dictar una ley de ética pública (Art. 36, último párrafo), la publicidad que deben dar los partidos políticos del origen y destino de sus fondos y patrimonio (Art. 38), la incorporación del habeas data como garantía de toda persona para tomar conocimiento de los datos referidos a ella y la finalidad con la que constan en registros o bancos de datos públicos (Art. 43, tercer párrafo) y la inclusión obligatoria de sesiones públicas para el acuerdo de nombramiento de sesiones de los jueces de la Corte Suprema y de los demás jueces inferiores (Art. 99 inc. 4) son las regulaciones que evidencian la expansión y consolidación de la transparencia en la gestión pública (Dromi, 2006). Aunando en ello, se encuentra el derecho de información adecuada y veraz (Art. 42) que, trasciende la protección específica de los usuarios y consumidores, y se extiende a toda la ciudadanía argentina. (Gelli, 2006). Estos preceptos, bajo una interpretación literal de la Carta Magna, sólo pueden aportar como presupuestos para fortalecer el principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno.

En un mismo rango constitucional, los tratados internacionales, a los que hace alusión el artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna, complementan expresamente el derecho de toda persona al acceso a la información pública. La Declaración Universal de Derechos Humanos propugna que "*toda individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitaciones de fronteras, por cualquier medio de expresión*". En un mismo sentido, el artículo 13.1 del Pacto de San José de Costa Rica determina (...) "*la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole*" (...). En idéntica congruencia con el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Las disposiciones internacionales mencionadas se orientan primariamente al derecho de todo individuo a la libertad de expresión. Pero también encierran en dichos preceptos normativos la facultad de *buscar, recibir e investigar* información. Información, claro está en el tema que nos ocupa, es sobre la gestión pública de nuestros gobernantes. Si bien las prescripciones aludidas tienen más fuerza normativa que los presupuestos antes mencionados, es manifiesto su carácter de programáticas¹.

Sin perjuicio de ello, el estándar inteligible de la reforma constitucional, en favor de la adopción como principio general la transparencia del obrar de la Administración, ha sido la causa de numerosas iniciativas gubernamentales materiales con el objeto de acortar la brecha entre representantes y representados. ¿Pero esto es suficiente para garantizar el derecho de acceso a la información pública y la publicidad de los actos de gobierno? Ya

¹ Normas programáticas son aquellas que establecen un programa y necesitan de otra normas que las complete y reglamente para poder funcionar plenamente.

que varios de estos programas no han tenido recepción normativa en el ámbito legislativo. Los programas de transparencia pueden ser producto de decisiones de gobierno coyunturales a diferencia de la protección que le brinda a un derecho su consagración normativa. En la próxima sección analizaré si la normativa vigente es suficiente para tornar operativo el acceso a la información pública y la transparencia en la Cámara de Diputados de la Nación.

III. La publicidad de los actos de gobierno en el ordenamiento jurídico local

El cumplimiento de los principios establecidos en las numerosas disposiciones citadas del texto constitucional y los pactos internacionales debe ser a través de normas que comprendan el aspecto subjetivo y objetivo de la cuestión. Los funcionarios públicos, como servidores para el bien común, constituyen el aspecto subjetivo y sobre ellos se debe contar con la información necesaria para que den cuenta de su gestión, sin que ello implique intromisión en la intimidad que preserva el artículo 19 de la Carta Magna. Los actos, productos del ejercicio de la función pública, conforman el aspecto objetivo, y a la comunidad no sólo se le debe garantizarse la publicidad, sino también el acceso a los mismos².

a. La publicidad de los gobernantes

El Congreso de la Nación el 29 de Septiembre de 1999, en ejercicio de la manda constitucional del artículo 36 último párrafo de la CN, sancionó la Ley 21.588 de Ética de la Función Pública (LEP). Dicha norma se aplica a todas las personas que desempeñen la función "*pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado*" (Art 1° LEP). Por ende, se encuentran comprendidos los diputados nacionales y los funcionarios del cuerpo legislativo. En especial, se hace alusión a ellos cuando el artículo 5° enumera los obligados a presentar declaración jurada patrimonial integral en el inciso "*b) los senadores y diputados de la Nación*" y en el inciso "*r) el personal que se desempeña en el Poder Legislativo, con categoría no inferior a la de director*".

La LEP no sólo propugna la publicidad subjetiva de la función pública sino que también lo hace respecto del elemento objetivo de la gestión. El artículo 2° inciso e) de la ley citada establece que los sujetos comprendidos en la norma, entre otros deberes, tiene que "*fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan*"³. La transparencia de la gestión pública se consagró como deber y, con menor intensidad, lo hizo el derecho de todo ciudadano al acceso a la información pública.

² Si bien la publicidad y el acceso a la información sobre los actos de gobierno son dos acciones en las que el Estado se encuentra en la faz pasiva de la relación jurídica Estado-particular, ya que pesa sobre éste una obligación, sus génesis son diferentes. La publicidad es el medio para dar eficacia a los actos administrativos de alcance general, y la misma es indistinta de sus receptores, puesto que es la comunidad en su conjunto. El acceso a la información es una investigación particularizada que realiza un particular o un conjunto de ellos sobre una cuestión puntual. Por ello resulta imperioso remarcar que la publicidad per se no es suficiente para garantizar el acceso a la información pública.

³ Resulta correcto determinar que existen excepciones a este deber del Estado nacional, toda vez que una norma o el interés público así lo establezca. Sin embargo so pena de la rigidez que ello implica, sostengo que la regulación debió haber dicho "ley" en vez de "norma" con el objeto de evitar que las decisiones unilaterales ejecutivas puedan alterar este derecho. Ya que la alegación la misma norma determina que al momento de alegar un interés público el mismo debe ser notorio, quitándole la posibilidad de utilizar dicha alegación de un modo arbitrario por parte cualquier funcionario público.

Concluyo que el aspecto subjetivo de la publicidad de los actos de gobierno se encuentra correctamente normado y su cumplimiento garantiza la transparencia de la gestión pública y el conocimiento íntegro de la ciudadanía respecto de sus representantes, y en específico de los legisladores. Aún resta analizar si el aspecto objetivo de la cuestión posee una regulación adecuada en el ordenamiento jurídico nacional. Si bien es loable la disposición del artículo 2° de la LEP la misma se puede tomar como un principio rector pero nunca como reglamentación suficiente para el objetivo perseguido.

b. La publicidad de los actos de gobierno

La transparencia que demanda el artículo 2° de la LEP necesita ser complementada por otras disposiciones para una efectiva protección del derecho al acceso a la información pública y la publicidad de los actos de gobierno. En el año 2002 el Poder Ejecutivo, puso en agenda el derecho al acceso a la información pública, y envió al Senado de la Nación un proyecto de ley por el cual se reglamentaba tal derecho. El proyecto proponía que *“ toda persona tuviese derecho a solicitar, acceder y recibir información pública de los órganos de la administración pública central y descentralizada, a los entes públicos no estatales, a las universidades nacionales, institutos y colegios universitarios, a las corporaciones regionales, al Poder Legislativo de la Nación, a la Auditoría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo de la Nación, al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación. También se aplica a los fondos fiduciarios integrados con bienes del Estado y a los entes privados, con o sin fines de lucro, que tengan fin público o posean información pública ”*. El proyecto de ley obtuvo media sanción en el Senado de la Nación el 1 de Diciembre de 2004, pero nunca tuvo tratamiento en Diputados, perdiendo estado parlamentario en el año 2005.

Paralelamente, el Poder Ejecutivo, entendiendo que es un objetivo de gobierno fortalecer la relación entre el Estado y la sociedad civil, alianza imprescindible para legitimar las reformas necesarias para alcanzar una democracia fuerte, transparente y eficiente, tal como lo expresan los considerandos, dictó el Decreto Nacional 1172/03 de Acceso a la Información Pública. En el mismo se incluyeron diferentes institutos que propician la participación ciudadana⁴. Tal vez como un gesto de la importancia que tiene este derecho para la consolidación de las instituciones públicas. En particular, sobre el derecho de Acceso a la Información Pública, se expresó que éste es *“ un prerequisite de la participación que permite controlar la corrupción y optimizar la eficiencia de las instancias gubernamentales ”*.

El acceso a la información pública, en los términos del reglamento, es el derecho de toda persona física o jurídica, pública o privada (Art. 6°) a requerir, consultar y recibir información (Art. 3°). Este derecho se ejerce gratuitamente (Art. 9°) y no se requiere la acreditación de derecho subjetivo, interés legítimo o patrocinio letrado (Art. 6°). El concepto de información comprende toda constancia en documentos escritos, fotográficos, grabaciones, soporte magnético, digital o cualquier otro formato. La información debe existir al momento de ser solicitada, puesto que no incluye la producción de la misma, salvo que exista una obligación legal del Estado de producirla (Art. 5°).

El punto central para mi análisis es el ámbito de aplicación del decreto, en otras palabras, quienes son los sujetos obligados a proveer la información que los peticionantes solicitan. El artículo 2° del Reglamento determina que se encuentran obligados por la citada norma los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional. También quedan comprendidos las

⁴ Los institutos incorporados son: a. las Audiencias Públicas, b. la Gestión de Intereses, c. la Elaboración Participativa de Normas, d. el Acceso a la Información Pública y e. la Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de Servicios Públicos.

organizaciones, instituciones, fondos y empresas privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional, presten un servicio público o exploten un bien del dominio público.

De lo expresado en el párrafo anterior se podría suponer que los ciudadanos no pueden ejercer este derecho en el ámbito del Poder Legislativo. Pero en mi criterio dicha interpretación es restrictiva y errada por tres razones fundamentales. En primer lugar, la locución "Estado" del artículo 5° del Reglamento permite extender el ámbito de aplicación del instituto a los restantes poderes de gobierno. Asimismo si se encuentran obligadas entidades privadas por utilizar recursos provenientes del erario público, con más razón se puede ejercer el derecho de acceso a la información pública ante toda otra entidad pública dado el mayor volumen de recursos públicos utilizados.

En segundo lugar, el ejercicio de este derecho implica el seguimiento de un procedimiento especial de índole administrativa. Por ello ante el eventual requerimiento de información por parte de un ciudadano ante la Cámara de Diputados se podría aplicar por analogía las disposiciones del reglamento citado. La analogía ha sido admitida como fuente del Derecho Administrativo dado el carácter de nuevo de esta rama del Derecho⁵ (Cassagne, 2005) y, en concordancia con lo establecido por el artículo 16 del Código Civil, cualquier disposición jurídica aplicable para determinadas situaciones puede ser fuente de Derecho para otras situaciones siempre que se den similitud de hecho o identidad de razones.

Finalmente los derechos establecidos en los tratados internacionales de rango constitucional son de todos los habitantes del suelo argentino, tal como lo expresa el preámbulo de la Carta Magna. Consecuentemente, tramitar el pedido de un ciudadano ante el Poder Ejecutivo Nacional y negar el de otro ante la Cámara de Diputados, importa a la vez violar la igualdad jurídica de las personas (Art. 16 CN).

La publicidad de los actos de gobierno y el acceso a la información pública es un requisito esencial de todos los actos emanados de cualquier órgano de gobierno⁶.

Por ello, a pesar de los argumentos esbozados, no existe impedimento alguno para el dictado de una normativa de aplicación específica en el ámbito legislativo para la tutela efectiva del derecho fundamental en cuestión.

IV. La publicidad de los actos de gobierno en la Cámara de Diputados de la Nación

La falta de reglamentación expresa, no es óbice para cercenar el derecho de toda persona a conocer, investigar y requerir los actos de gobierno producidos en el ámbito legislativo. Los usos y costumbres demuestran que la falta de recepción legal no es obstáculo para que diferentes órganos de la Cámara baja den respuesta a las inquietudes de la ciudadanía, mejorando diariamente la relación entre representantes y representados. En este caso el principio de legalidad no opera como garantía sino como restricción al ejercicio de derechos constitucionales, ya que las prácticas legislativas mencionadas no encuentran su fundamento en normas infraconstitucionales.

⁵ La Corte Suprema de la Nación utilizó la analogía en materia de nulidad del acto administrativo, aplicando las reglas del Código Civil en el célebre fallo "Los Lagos" en 1942.

⁶ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy. Sentencia del 29 de Octubre de 2004 en los autos. "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur - Proconsumer - c/ Poder Ejecutivo de la Provincia s/ Acción de Inconstitucionalidad - Medida Cautelar de No Innovar".

Los programas de transparencia y acceso a la información pública desarrollados en la Cámara de Diputados sin consagración normativa son:

- **Dirección de Información Parlamentaria.** La Oficina de Atención al Ciudadano (OAC) es un pilar central del Plan de Fortalecimiento Institucional del Senado de la Nación. Su misión fundamental es recibir y contestar las consultas de los ciudadanos acerca de temas concernientes al ámbito legislativo. Esta función es desarrollada paralelamente en la Cámara de Diputados por la Dirección de Información Parlamentaria (DIP). La competencia de la DIP es resolver inquietudes sobre diversos temas, a través de los equipos interdisciplinarios, a los legisladores y secretarios de Comisión. Aún así desde el retorno de la democracia, casi diariamente algún ciudadano se pone en contacto con la DIP para realizar consultas sobre temas parlamentarios y, sin ser una atribución dentro del plexo de su competencia, la DIP ha respondido cada una de las solicitudes. Dicha Dirección sostiene que, a pesar de no ser su deber legal tomar a su cargo las consultas de los ciudadanos, la falta de respuesta puede aumentar la brecha entre los gobernantes y el pueblo.

- **Página Web.** La página institucional en Internet de la Cámara de Diputados y su contenido no es mencionada en ninguna resolución administrativa o parlamentaria de Presidencia, ni en ninguna otra norma. Dicho portal ha surgido a propuesta de la Dirección de Informática y Sistemas (DIS) y es actualizado por las demandas de sus usuarios internos (diputados y personal legislativo) y externos (la comunidad). Representa un insumo vital para la ciudadanía puesto que a través de éste se puede acceder a los proyectos presentados por los legisladores, el trabajo de las comisiones, la agenda parlamentaria, la nómina de los diputados en ejercicio de su mandato, los diferentes bloques parlamentarios existentes, las versiones taquigráficas de las sesiones, etc.

- **Reuniones de comisiones.** El carácter de público de las reuniones de diputados en las comisiones parlamentarias no se encuentra consagrado en el Reglamento interno de la Cámara. Es el criterio de cada Secretario de Comisión y/o del Presidente de la misma⁷, lo que prima en la decisión sobre el ingreso de público a dichas reuniones. Afortunadamente existe un criterio mayoritario favorable al ingreso de ciudadanos para presenciar el trabajo de las comisiones.

V. Propuestas y recomendaciones

Los programas expuestos en la sección anterior demuestran que el principio de legalidad no siempre opera como garantía del particular frente al poder de Estado. Las lagunas del derecho se tornan como situaciones de indefensión de los administrados frente al poder público. Afortunadamente el abandono de los dogmas centrales del modelo burocrático de Weber permite que la innovación en la gestión palee la desprotección del vacío normativo. La gestión pública parlamentaria en el presente tema de estudio ha abandonado el paradigma de la racionalidad normativa, llevando adelante numerosas prácticas que han sentado un verdadero precedente administrativo. La actuación reiterada por parte de los órganos del Estado configura una forma peculiar en que se manifiesta la costumbre en el Derecho Administrativo

⁷ El Secretario de Comisión es la máxima autoridad administrativa y el Presidente de la Comisión es la máxima autoridad política dentro de una comisión parlamentaria y quienes toman las decisiones ejecutivas sobre como llevar adelante el ejercicio de su competencia.

(Cassagne, 2005). Sin embargo, la fuerza vinculante del precedente administrativo es siempre inferior a la recepción normativa del uso y costumbre en tratamiento. Por ello, proponemos su consagración normativa. El objetivo máximo sería la sanción de una ley nacional de acceso a la información pública cuyo ámbito de aplicación sea todos los poderes de gobierno, tal como lo expresaba el proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo a las Cámaras del Congreso. De modo complementario, debería normarse sobre el contenido de los programas llevados adelante en la Cámara de Diputados en pos de la transparencia legislativa.

La Cámara baja, como predicaba Savigny en su visión historicista del Derecho, sólo debe cristalizar los precedentes administrativos ya aceptados y vigentes a través de diversos instrumentos normativos internos. En especial recomiendo:

- **Funcionamiento en conjunto de la Oficina de Atención al Ciudadano (OAC).** Adoptar una resolución conjunta de los presidentes de ambas Cámaras mediante la cual la Oficina de Atención al Ciudadano sea una dependencia conjunta del Senado y de la Cámara de Diputados. La Dirección de Información Parlamentaria pueda por un lado, transferir las solicitudes de los ciudadanos a la OAC, y por otro, brindarle asistencia técnica a dicha Oficina. De esta manera, la tarea que lleva adelante actualmente la DIP se formalice en el funcionamiento conjunto de la Oficina de Atención al Ciudadano.

- **Aprobación de los contenidos mínimos de la página Web de la Cámara de Diputados.** Es de suma trascendencia el grado de autonomía que goza la DIS respecto de la Presidencia de la Cámara, permite consolidar uno de los vértices de la transparencia legislativa sin importar la coyuntura política que dirija la Cámara baja. Pero tampoco se puede desconocer la jerarquía que los vincula. Entonces para evitar dejar al arbitrio político la información que se publica en la página institucional de la Cámara, recomiendo la aprobación de una resolución mediante la cual se establezca un conjunto de contenidos mínimos que deben estar publicados. Si bien la realidad no siempre tolera moldes rígidos (Dromi, 2006), y menos en el ámbito informático, nada obsta a la determinación de un conjunto de datos como base de la información disponible sobre la Cámara baja a toda la comunidad.

- **Reforma del artículo 109 reglamento interno de la Cámara.** El artículo 109 del reglamento interno hace alusión a la convocatoria de reuniones de comisión. Con un simple agregado que establezca el carácter público de dichas sesiones, se superará el vacío normativo actual, e impedirá que el arbitrio de los funcionarios o diputados cercenen el derecho a su publicidad.

- **Audiencias Públicas de Rendición de Cuentas.** La publicidad de los actos de gobierno implica un acceso real por parte del interesado⁸. Y por real entiendo que se encuentre disponible a la mayor cantidad de personas posibles, la página Web de la Cámara, Internet en general, es un medio de comunicación masiva, pero encuentra restringida al conjunto entero de la población, ya sea por factores económicos o falta de capacitación para su uso. Y compartiendo la visión de Bentham, creo en la capacidad del Derecho como instrumento de innovación. Por tal motivo, propongo la creación de un nuevo instituto en el ámbito del Poder Legislativo Nacional: las Audiencias Públicas de Rendición de Cuentas (APRC). Las APRC serán la instancia en que los ciudadanos puedan ponerse en contacto con sus representantes legislativos, para que éstos comenten sobre el trabajo que han realizado en sus años como diputados. Es mi convicción personal, que estas audiencias son el ambiente propicio para que los legisladores

⁸ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa. Sentencia del 4 de Junio de 1997 en los autos "Venica, Pedro Antonio y otros s/ Mandamus conf. Art. 33 de la Constitución Provincial".

personalmente den cuenta de su gestión y el pueblo pueda llevarle sus dudas, inquietudes o una opinión en general sobre ella. Produciéndose así un intercambio que por un lado, lleva al Parlamento a cada rincón del país, y por otro, fortalezca la institucionalidad y la democracia misma.

VI. Conclusiones

El acceso a la información pública es un derecho humano esencial para nuestro sistema republicano de gobierno. La transparencia de la gestión pública debe ser considerada como un derecho propio del pueblo. Pueblo, que no delibera ni gobierna, y que transfiere su poder de decisión colectiva a un conjunto de representantes a través del sufragio universal. La magnitud de las facultades conferidas que subyace en la representación política es la causa primordial para consagrar este derecho como fundamental.

El derecho de transparencia en la gestión de gobierno, derivado del principio de ética pública, a pesar de su importancia, aún aguarda su recepción normativa para su ejercicio eficaz e indubitable.

Por ello, concluyo que los programas llevados adelante por los diferentes órganos del Poder Legislativo contribuyen a lograr un mejor ejercicio del derecho en cuestión. Pero que de ninguna manera, el legislador debe descansar sobre ellos, sino por contrario, debe impulsar nuevamente una pieza normativa que torne operativo el derecho de todo ciudadano al acceso a la información pública, demandando la transparencia de todos los poderes de Estado.

Bibliografía

- BIDART CAMPOS, G (1996). Manual de la Constitución Reformada. Buenos Aires, Ediar, 1996.
- CASSAGNE, J. C. (1982). Derecho Administrativo. Buenos Aires, LexisNexis Abeledo- Perrot, 2004.
- DROMI, R. (1987) Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2006.
- GELLI, M. A. (2006) Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada. Buenos Aires, La Ley, 2006.
- NINO, C. S. (1980) Introducción al análisis del derecho. Buenos Aires, Astrea, 1980.
- ROWAT, D. (1985) "El derecho a la información oficial en las democracias". En Régimen de la Administración Pública. Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1985.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCION A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Por Martín Augusto Cortese

RESUMEN

La estructura de la protección constitucional de la propiedad intelectual tiene como base el artículo 17 de nuestra Carta Magna, cuando dice: "...Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley..."

Por otro lado, y no menos importante, el artículo 14 dispone: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita...de usar y disponer de su propiedad..."

Como se aprecia la propiedad sobre bienes intangibles tiene su reconocimiento en nuestra norma fundamental, no solo en la parte citada del artículo 17 sino que se infiere lógicamente de lo transcrito del artículo 14, el que tienen íntima relación con el 17, que comienza diciendo "La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella..."

Sobre esta normativa citada y sobre los pactos internacionales en la materia ratificados por Argentina, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22, tienen jerarquía superior a las leyes, es que toma sentido, y asimismo se fundamentan las leyes nacionales relativas al reconocimiento y protección de los bienes intangibles –intelectuales-.

PALABRAS CLAVE

Bienes Intangibles - Propiedad Intelectual - Derecho Constitucional

CONSTITUTIONAL RIGHTS AND INTELLECTUAL PROPERTY'S PROTECTION

By **Martín Augusto Cortese**

ABSTRACT

The structure of the Intellectual Property's constitutional protection has as base the article 17 of our Constitution, when says: "...Every author or inventor is exclusive owner of its work, invention or discovery, by the term that the law agree him..."

On the other hand, and not less important, the article 14 arranges: "All the inhabitants of the Nation enjoy the following rights according to the laws that regulate their exercise, to know: to work and to exercise lawful every industry...to use and to have its property..."

As everyone might see, the property on intangible goods has its recognition in our Constitution not only in the part cited of the article 17, but also is inferred logically from article 14, which has intimate relation with the 17 that begins saying "The property is inviolable and no inhabitant of the Nation can be private of her..."

On this regulation cited and on the international treaties in the matter ratified by Argentina, which by the article 75 clause 22 are in a superior level over the laws, is that makes sense and also support the national laws related to the recognition and protection of the intangible goods -intellectual-.

KEYWORDS

Intangible Goods - Intellectual Property - Constitutional Rights

EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCION A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Por Martín Augusto Cortese *

1. La Propiedad en la Constitución Nacional

Existen numerosas acepciones del vocablo *Propiedad*, así podemos definirlo como: a) Derecho o facultad de disponer de una cosa (GRAN ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ESPASA CALPE-T.XXXII, 2005, 9621); b) Cosa objeto de dominio, especialmente si es inmueble o raíz (GRAN ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ESPASA CALPE-T.XXXII, 2005, 9621); c) Derecho de usar, gozar y disponer de una cosa en forma exclusiva y absoluta, con las restricciones establecidas en la ley (GARRONE, 1989, 620); d) Derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales (según la Real Academia Española).

Lo ciertos es que deriva del latín 'Propietas', término que se usó durante la época del Imperio Romano. Por su parte Vélez Sarsfield, autor de nuestro Código Civil, ha utilizado este término como sinónimo de 'dominio' en numerosos artículos de su obra (por ejemplo entre otros en los artículos 2513, 2515, 2516, 2520, 2604, 2605, 2606 del C.Civil).

Podemos afirmar que esta asimilación de conceptos entre 'Propiedad' y 'Dominio' es usual; así lo vemos comparando la obra de Vélez Sarsfield con las definiciones antes dadas, que es posible la confusión de ambos.

Dejando de lado esta cuestión, lo importante a efectos de este trabajo es que "También se habla de propiedad no sólo respecto de las cosas sino también en materia de créditos...derechos intelectuales, de propiedad industrial..." (PAPAÑO, 1989, 166); y que la Constitución Nacional habla de 'Propiedad' en sentido amplio, entendiendo por tal concepto a todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo (PAPAÑO, 1989, 168).

Interpretación que ayuda a mantener la idea de patrimonio (pudiendo entender a este como atributo económico de la personalidad) y la libertad en el comercio, la que sería difícil de sostener si no existiese un señorío sobre todo aquello susceptible de valor, aquella misma fue esencial para Alberdi en su obra 'Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina' al decir "...antes colocábamos la independencia, la libertad, el culto, hoy debemos poner la inmigración libre, la libertad de comercio...".

Habiendo definido al término 'propiedad' como comprensivo de los bienes intangibles, pasamos a su regulación constitucional. La estructura de la protección constitucional de la propiedad intelectual tiene como base el artículo 17 de nuestra Carta Magna, cuando dice: "...Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley..."

* Abogado -UBA-. Auxiliar Docente de Segunda en la Cátedra de Derecho Comercial de la Dra. PIAGGI desde el año 2009. Maestrando en Derecho Comercial y de los Negocios -UBA-.

Por otro lado, y no menos importante, el artículo 14 dispone: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita...de usar y disponer de su propiedad..."

Como se aprecia la propiedad sobre bienes intangibles tiene su reconocimiento en nuestra norma fundamental, no solo en la parte citada del artículo 17 sino que se infiere lógicamente de lo transcrito del artículo 14, el que tienen íntima relación con el 17, que comienza diciendo "La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella..."

Si bien a primera vista se tiende a pensar que tanto la primera parte del artículo 17 como la parte citada del 14 se refieren al Derecho Real de Dominio, no hay óbice para relacionarlos con los bienes de naturaleza intangible.

Sobre esta normativa citada y sobre los pactos internacionales en la materia ratificados por Argentina, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22, tienen jerarquía superior a las leyes, es que toma sentido, y asimismo se fundamentan las leyes nacionales relativas al reconocimiento y protección de los bienes intangibles – intelectuales-.

2. Definiendo la Propiedad Intelectual

Tradicionalmente se ha diferenciado entre derechos de propiedad industrial y derechos de propiedad intelectual, tanto en doctrina nacional (ZAMUDIO, 2008) como extranjera (FERNÁNDEZ ROZAS, 2002, 90); en la actualidad tanto la OMC como la OMPI –siglas que identifican a la Organización Mundial del Comercio y a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual respectivamente- siguen con este criterio.

Al respecto dice la OMC que "Los derechos de propiedad intelectual son aquellos que se confieren a las personas sobre las creaciones de su mente. Suelen dar al creador derechos exclusivos sobre la utilización de su obra por un plazo determinado. Habitualmente, los derechos de propiedad intelectual se dividen en dos sectores principales: 1. Derecho de autor y derechos con él relacionados y 2. Propiedad industrial".¹

Siguiendo el mismo criterio en forma coincidente, señala la OMPI que "La propiedad intelectual tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio. La propiedad intelectual se divide en dos categorías: la propiedad industrial...; y el derecho de autor..."²

En forma breve diremos en que consiste cada una de estas categorías mencionadas, empezando por los **Derecho de autor y derechos con él relacionados:**

- **Derechos de Autor:** Término jurídico que describe los derechos concedidos a los creadores por sus obras. Y como establece el artículo 1º de la Ley 11.723 (actualizado por Ley 25.036) estas "obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

¹ Se recomienda para ampliar el tema visitar el sitio web de la OMC.

² Se recomienda para ampliar el tema visitar el sitio web de la OMPI.

La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí." Esta última parte del artículo establece que la protección, objeto del derecho, recaerá solo sobre la forma en que se expresa una idea determinada y no sobre la idea en sí, así lo entiende doctrina nacional (ZAMUDIO, 2008) y extranjera; es así entonces que se protegerá al titular del derecho de quien copie o use ilegítimamente la forma en la que expresó su trabajo original. Comprende dos categorías: 1. Los derechos patrimoniales, que incluyen derechos de reproducción, interpretación y ejecución pública, adaptación, distribución, etc., y 2. Los derechos morales, por los cuales el autor puede oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de su obra que pueda dañar su honor o reputación; y así preservar la conexión entre él y su obra. Aquí están incluidos los "derechos de paternidad" y los "derechos a la integridad"; ambos surgen del artículo 6º BIS del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886. Solo los creadores originales de las obras protegidas tienen derechos como el exclusivo a utilizar o autorizar a utilizar la obra. La duración, por art. 5º de la Ley 11.723, es como plazo genérico de 70 años contados a partir del 1 de Enero del año siguiente a la muerte del autor, o del último colaborador si son obras en colaboración. Sin embargo, hay numerosas excepciones en la ley.

- Derechos "Conexos": Se protege jurídicamente los intereses de personas, físicas o privadas, quienes contribuyen a que las obras protegidas por derecho de autor lleguen al público en general, es decir son intermediarios que por su capacidad técnica y/o creativa merecen la protección del derecho; existen tres categorías de potenciales beneficiarios: 1. Los artistas ejecutantes, como actores y músicos, en sus interpretaciones o ejecuciones. 2. Los productores de grabaciones de sonidos, por ejemplo en casetes y CDs. 3. Los organismos de radiodifusión en sus programas de radio y televisión.

La otra gran rama incluida en los Derechos de Propiedad Intelectual (de ahora en más DPI) es la llamada **Propiedad Industrial**, la que abarca numerosas instituciones del derecho. Así tenemos la protección de signos distintivos, entre las que se encuentran:

- Marcas: Es el signo que distingue un producto de otro o un servicio de otro (OTAMENDI, 1999, 7). Cumple un papel esencial en el proceso de competencia, y por tal la importancia de su adecuada protección. En el ámbito nacional está regulado por la Ley 22.362, que en su artículo 1º³ define todo aquello que puede constituir marca, y la última parte de este artículo asegura el carácter meramente enunciativo, no taxativo, de la enunciación pues lo importante del signo en cuestión es que sea claramente distintivo y no dé lugar a ningún tipo de confusión alguna con signos preexistentes. Así tenemos otras posibilidades de signos a registrar como pueden ser: la formas de los edificios (ejemplo: un local de Burger King), signos sonoros (rugido del león de la cinematográfica MGM), olores, etc. Aunque muchas legislaciones en el mundo limitan los signos a que puedan ser visualmente perceptibles o gráficamente representables. Sus funciones son:
 1. Distinción de productos y servicios de una empresa: Función esencial.
 2. Indicación de la empresa de origen: En la antigüedad fue la razón de la creación de la marca, la actualidad este dato suele ser ajeno a la marca gracias a los contratos de licencia o franquicia para ceder la marca, excepto cuando coincide con el nombre comercial.

³ "Pueden registrarse como marcas para distinguir productos y servicios: una o más palabras con o sin contenido conceptual; los dibujos; los emblemas; los monogramas; los grabados; los estampados; los sellos; las imágenes; las bandas; las combinaciones de colores aplicadas en un lugar determinado de los productos o de los envases; los envoltorios; los envases; las combinaciones de

3. Garantía de calidad del producto o servicio: Implica que contará con un estándar o uniformidad de calidad, la que el consumidor busca a la hora de volver a adquirir. En caso de un problema con la calidad del producto adquirido será la legislación de defensa al consumidor o en su defecto la civil la que solucionará el problema pero nunca la marcará.
4. Publicidad: Todos los esfuerzos serían en vano si no se logra diferenciar al producto o servicio beneficiario de la publicidad.

Rigen dos principios a la marca, el de Especialidad y de Territorialidad. El primero otorga la exclusividad para su uso dentro de una clase o subclase del nomenclador marcario⁴. El segundo en cambio lo que fija es que ninguna marca concedida en nuestro país goza de protección en el extranjero y tampoco tienen protección aquí las marcas registradas en el extranjero. Estos principios tienen sus excepciones, apareciendo así el concepto de Marca Notoria, que es aquella conocida por una gran proporción del público en general, es decir consumidores o no, como identificando un producto o servicio determinado; estas marcas gozan de una protección privilegiada que incluye aquellos casos en que alcanzó notoriedad sin haber sido registrada.⁵

Por último decimos que, la exclusividad de uso de la marca registrada (art. 4º), es por 10 años, con posibilidad de ser renovado por períodos iguales (art. 5º).

- Indicaciones Geográficas: Aquellos signos que identifican un producto como originario de un lugar cuando una determinada característica del producto es imputable a su origen geográfico. Este concepto engloba a otro que es el de Denominación de Origen, ejemplo de este último es "Tequila" para un tipo de bebida espirituosa producida en ciertas regiones de Méjico. La Denominación de Origen se encuentra definida en el inciso C) del artículo 3º de la ley de marcas: "...nombre de un país de una región, de un lugar o área geográfica determinado que sirve para designar un producto originario de ellos y cuyas cualidades y características se deben exclusivamente al medio geográfico..."
- Nombre Comercial: Signo o denominación que sirve para identificar a una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad empresarial y que distinguen tal desenvolvimiento de las otras idénticas o similares (ZAMUDIO, 2008). Si bien en Argentina se adquiere por el uso y no por su inscripción o registro, a diferencia del nombre de algunas sociedades que debe establecerse en sus estatutos, en algunos países puede que sí se inscriba. Aquellos Estado parte de la Convención de Paris de 1883 deben sí o sí proteger el nombre comercial, más allá de que exista o no un registro especial y de la pertenencia o no del nombre comercial a una marca de comercio.

Por otro lado dentro de la Propiedad Industrial existen otros derechos que protegen tanto la innovación como la creación tecnológica, tenemos así:

- Patentes de Invención: Vulgarmente se entiende que una Invención es la acción y efecto de inventar (GRAN ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ESPASA CALPE-T.XXI, 2005, 6398), pero en términos jurídicos es una nueva solución a un problema técnico. En doctrina nacional se la ha definido como: "Una invención es esencialmente creación, es decir, una idea concebida en el espíritu de una persona. Pero para que esa idea sea

letras y de números; las letras y números por su dibujo especial; las frases publicitarias; los relieves con capacidad distintiva y todo otro signo con tal capacidad."

⁴ El Decreto 558/1981 adoptó la Clasificación Internacional de Productos y Servicios del Arreglo de Niza, si bien esto no significa que hayamos adherido al mencionado arreglo, sino solo que adoptamos como propia la clasificación sin firmarlo.

⁵ Ver artículo 6º BIS del Convenio de la Unión de Paris.

patentable es necesario que una vez puesta en práctica permita la solución de un problema determinado. La solución encontrada debe tener carácter técnico..." (ZAMUDIO, 2008).

Al respecto dice la ley 24.481 en el artículo 1º que: "Las invenciones en todos los géneros y ramas de la producción conferirán a sus autores los derechos y obligaciones que se especifican en la presente ley." Mientras que el artículo 2º deja en claro que la función de la Patente de Invención: "La titularidad del invento se acreditará con el otorgamiento de los siguientes títulos de propiedad industrial: a) Patentes de invención;..."

Volviendo a la solución técnica que protege la patente, esta debe ser nueva a pesar de que el problema sea viejo o nuevo; pudiendo así ser tanto patentes de productos o patentes de procedimientos. En otras palabras la patente es el derecho concedido al inventor por un estado u oficina regional actuando en nombre de varios estados, que permite al inventor excluir a cualquiera de explotar comercialmente su invención sin su consentimiento por un plazo de tiempo determinado –pudiendo otorgar licencias de común acuerdo para su explotación o incluso que se otorguen licencias involuntarias (concedidas en razón de interés público a un tercero a cambio de un canon estimativo)-, por lo general en el derecho comparado es de 20 años⁶. Una vez finalizado este plazo legal la invención pasa a dominio público, terminando los derechos exclusivos de su inventor.

Convine aclarar que algunas materias quedan excluidas del patentamiento porque no son consideradas invenciones⁷, o porque aún siéndolas, el legislador dispuso excluirlas por razones de política económica o social, también se excluyen todas aquellas invenciones que atenten contra la moral o las buenas costumbres⁸, criterio que dependerá del juicio de valor que en cada caso sea emitido por la autoridad competente.

"Para determinar en concreto si una invención merece ser considerada invención patentable, debemos guiarnos por los requisitos positivos y por la delimitación negativa de la invención, que luce en el artículo 6" (CORREA, 1999, 15). El artículo 4º de la Ley 24.481, enumera los requisitos positivos de patentabilidad al decir: Serán patentables las invenciones de productos o de procedimientos, siempre que sean **nuevas**, entrañen una **actividad inventiva** y sean susceptibles de **aplicación industrial**.

Por último es necesario aclarar que la definición de invención proporcionada por el inciso A) del artículo 4º ("toda creación humana que permita transformar materia o energía para su aprovechamiento por el hombre"), ha sido criticada por la doctrina nacional. (CORREA, 1999, 18)

- Modelos de Utilidad: Creación que pretende entregar una configuración o forma tridimensional nueva a instrumentos, aparatos, herramientas, dispositivos y, en general, a objetos o partes de los mismos, conocidos y que se utilicen para realizar un trabajo práctico, siempre que esta nueva configuración produzca una mejor utilización del objeto en la función a la que está destinado (ZAMUDIO, 2008), en igual sentido lo define el art. 56 de la Ley 24.481; este establece que todo Modelo protegido otorga a su titular el derecho a impedir a otros cualquier forma de explotación comercial del mismo dentro de la Argentina. Como requisitos de fondo el art. 58⁹ pide la **novedad** y la **aplicación industrial**, no así la altura inventiva (diferencia con la patente). Dicha protección dura 10 años y es improrrogable (art. 57).

⁶ Ver artículo 35º Ley 24.481.

⁷ Ver artículo 6º Ley 24.481.

⁸ Ver artículo 7º Ley 24.481.

⁹ "Serán requisitos esenciales para que proceda la expedición de estos certificados que los inventos contemplados en este título sean nuevos y tengan carácter industrial; pero no constituirá impedimento el que carezca de actividad inventiva o sean conocidos o hayan sido divulgados en el exterior". (art. 58)

- Modelo y Diseño Industrial: El Decreto-Ley 6.673 de 1963 en el artículo 3º los define como "...las formas o el aspecto incorporados o aplicados a un producto industrial que le confieren carácter ornamental." Solamente se protege el carácter ornamental original no así lo funcional, porque lo que aquí se busca es proteger las creaciones del intelecto que "abracan la forma o aspecto incorporado o aplicado a un producto industrial, siempre que le confiera **"carácter ornamental"** y sólo eso" (ZAMUDIO, 2008). Se aplican a una amplia variedad de productos: electrodomésticos; vehículos; indumentaria; etc. Se diferencia del modelo y diseño pues mientras el este es la "forma", aquel es el "aspecto" incorporado a un producto industrial que le confiera carácter ornamental.

El art. 1º del Decreto-Ley explica que el titular goza de un derecho de propiedad sobre el mismo y en forma exclusiva puede explotarlo, transferirlo y registrarlo de conformidad a la Ley. Como requisitos excluyentes podemos mencionar dos incluidos en el artículo 6º del Decreto-Ley; que son la **novedad** y la **ornamentalidad**. La protección abarca un período de 5 años, renovable por dos periodos consecutivos más, haciendo un total de 15 años (art. 7º).

- Circuitos integrados: En el año 1989 en Washington DC se celebró el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados, este mismo define al Circuito Integrado como "*un producto, en su forma final o en una forma intermedia, en el que los elementos, de los cuales uno por lo menos sea un elemento activo, y alguna o todas las interconexiones, formen parte integrante del cuerpo y/o de la superficie de una pieza de material y que esté destinado a realizar una función electrónica*". Este fue el primer tratado internacional en la materia, que nunca entró en vigor pero está incluido parte de su articulado en el ADPIC que rige en el país.

2.1. Tratados Internacionales en la Materia de Bienes Intangibles:

Son dos los que se destacan por los diversos institutos que regulan.

El **'Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial'** del 20 de marzo de 1883 (revisado en: Bruselas -1900-, Washington -1911-, La Haya -1925-, Londres -1934-, Lisboa -1958-, Estocolmo -1967- y enmendado en 1979), incorporado a nuestro ordenamiento interno mediante Ley 17.011 (incluye las revisiones efectuadas hasta Lisboa de 1958). Sus principios rectores son:

El de "Trato nacional" (arts. 2 y 3): cada Estado contratante tendrá que conceder a los nacionales de los demás Estados contratantes la misma protección que a sus propios nacionales; también tendrán derecho a esa protección los nacionales de los Estados que no sean contratantes siempre que tengan domicilio o establecimiento industrial o comercial real en un Estado contratante.

El "Derecho de Prioridad" (art. 4º): en relación con las patentes, modelos de utilidad, marcas y dibujos y modelos industriales. Significa que, sobre la base de una primera solicitud del derecho en cuestión, el solicitante podrá durante un cierto período de tiempo (12 meses para las patentes y los modelos de utilidad; seis meses para los dibujos y modelos industriales y las marcas), solicitar la protección en cualquiera de los demás Estados contratantes; esas solicitudes posteriores serán consideradas como presentadas el mismo día de la primera solicitud. Así las solicitudes posteriores tendrán prioridad sobre aquellas que otras personas presenten durante el plazo mencionado. La ventaja está en que un solicitante que desea protección en varios países no está obligado a presentar todas las solicitudes al mismo tiempo, sino que dispone de 6 o 12 desde la 1ª solicitud.

Asimismo contiene normas de derecho material uniforme (aplicable a todos los Estados Contratantes), a modo de ejemplo respecto de cada instituto regulado podemos mencionar:

- en *Patentes*: aquellas concedidas en diferentes Estados parte para la misma invención son independientes entre sí, así no se obliga a los demás a concederla o denegarla; se debe mencionar como tal al inventor de la patente; una patente no podrá ser denegada o invalidada por el hecho de que la venta del producto en cuestión esté sujeto a restricciones de la legislación nacional;
- en *Marcas*: se establece que las condiciones de presentación y registro se rigen en cada Estado contratante por el derecho interno, marcando así la independencia de la protección de la marca en cada Estado parte; también se protege a la marca colectiva; asimismo se prohíbe registrar emblemas y signos oficiales de Estados y de organizaciones intergubernamentales; como novedad está la protección de la marca notoria por el art. 6º BIS que busca evitar la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare sea allí notoriamente conocida;
- los *Nombres Comerciales* serán protegidos sin obligación de depósito o de registro;
- los *Dibujos y Modelos Industriales* tienen que ser protegidos, sin poder denegarse su protección porque los productos a los que se aplica no son fabricados en ese Estado;
- para las *Indicaciones de Procedencia*, se ordena adoptar medidas contra la utilización directa o indirecta de indicaciones falsas concernientes a la procedencia del producto o identidad del productor o comerciante;
- y contra la *Competencia Desleal* se ordena asegurar una protección eficaz.

Ahora pasamos al otro gran tratado en la materia, que es el "**Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio**", también conocido por sus siglas ADPIC o TRIP's (las últimas corresponden al idioma inglés). Se celebró en la ciudad de Marrakesh (Marruecos) el día 15 de abril de 1994 (como parte final de la Ronda de Uruguay iniciada en 1986) y fue ratificado por Argentina por la Ley 24.425; establece la obligatoriedad de respetar artículos del Convenio de París (arts. 1 a 12 y 19), del Convenio de Berna (arts. 1 a 21 excluyendo el 6º bis) y del Tratado de Washington 1989 sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados (arts. 2 a 5, el 6º sin el párrafo 3, 7º, 12º y del 16º el párrafo 3); asimismo se menciona la Convención de Roma pero sin especificar artículo alguno.

El ADPIC posee al igual que el Convenio de París principios rectores, que son:

- ✓ Trato Nacional (art. 3º) por el cual se debe conceder a los nacionales de los demás Estados contratantes un trato igual de favorable que el otorgado a los propios nacionales;
- ✓ Trato de Nación Más Favorecida (art. 4º), según el cual toda ventaja que una parte conceda a los nacionales de otro país contratante debe hacerse extensiva inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Estados parte, aun cuando tal trato sea más favorable que el que otorga a sus propios nacionales.
- ✓ Derecho de Prioridad (art. 29º).

Hay que notar que el principio de Trato Nacional como el Derecho de Prioridad son obligatorios asimismo por la remisión que hace el artículo 2º del ADPIC al Convenio de París.

En lo concerniente a cada DPI en el ADPIC podemos decir en forma breve y resumida lo siguiente:

- Derecho de Autor (arts. 9 a 14): Como ya se mencionó son obligatorias a todos los firmantes del ADPIC las disposiciones sustantivas del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (versión de París de 1971) aunque no es obligatorio proteger los derechos morales del art. 6bis; además se garantiza que los programas de ordenador serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna y fija las condiciones en que las bases de datos deberían estar protegidas por el derecho de autor; se incorporan normas que restringen el derecho de arrendamiento respecto de los programas de ordenador y de las obras cinematográficas;

también se exige que se otorgue a los artistas intérpretes o ejecutantes protección contra la grabación y difusión no autorizadas de sus interpretaciones o ejecuciones en directo; se fija como mínimo un plazo de 50 años para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de grabaciones de sonido, y de 20 años como mínimo para que los organismos de radiodifusión controlen el posible uso sin su autorización de las señales de radiodifusión.

➤ Marcas (arts. 15 a 21) –fabrica o comercio y servicio-: El ADPIC define qué tipos de signos pueden gozar de protección como marca de fábrica-comercio o de servicio y cuáles deben ser los derechos mínimos que se confieran a sus titulares; introduce una novedad al establecer que las marcas que hayan pasado a ser notoriamente conocidas en un país contratante gozarán de protección adicional, al respecto nuestra jurisprudencia nacional ha explicado lo anterior de la siguiente forma: “Este tipo de marcas se encuentran contempladas en el art. 6 bis del Convenio de París (ley 17011), el que, sin embargo, exige que la notoriedad deba existir en el país en el que se reclama la protección. El acuerdo Gatt - Adpic (ley 24425), en su art. 16.2 amplió esa defensa, al extenderla a la “notoriedad obtenida en el país miembro de que se trate como consecuencia de la promoción de dicha marca”.¹⁰; además se estipulan obligaciones respecto al requisito de utilización de las marcas de fábrica- comercio y de servicio, la duración de su protección y las licencias o la cesión de ellas.

➤ Indicaciones Geográficas (arts. 22 a 24): Deben tratar de impedir la utilización de cualquier indicación que induzca al consumidor a error en cuanto al origen de los productos, como cualquier utilización que constituya un acto de competencia desleal; además se prevé un nivel más elevado de protección para las indicaciones geográficas de los vinos y licores y demás bebidas espirituosas.

➤ Dibujos y Modelos Industriales (arts. 25 y 26): Se protegerán con un mínimo de 10 años, período en el cual el titular puede impedir la fabricación, venta o importación de artículos que ostentaran o incorporaran un dibujo o modelo que fuera una copia del dibujo o modelo protegido.

➤ Patentes (arts. 27 a 34): Se exige la protección durante 20 años mediante patentes a casi todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en casi todos los campos de la tecnología, siempre que cumpla con los requisitos de novedad, altura inventiva y aplicación industrial¹¹; se fijan condiciones detalladas para la concesión de licencias obligatorias o el uso por el gobierno de patentes sin la autorización de sus titulares; también se establece que los derechos conferidos por la patente, y respecto de las de procedimientos deben hacerse extensivos a los productos directamente obtenidos por el procedimiento aunque estipula excepciones; además hay invenciones que podrán excluirse para patentar si su explotación comercial está prohibida por razones de orden público o moralidad, permitiéndose la exclusión en el caso de los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos, y de las plantas y los animales (excepto los microorganismos) y de los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales (que no sean microbiológicos); como novedad también tenemos que las obtenciones vegetales deben ser susceptibles de protección mediante patentes o mediante un sistema sui generis (como el previsto en el Convenio de la UPOV para los derechos del obtentor y al cual adhirió nuestro país) de acuerdo al art. 27.

➤ Esquema de Trazados de los Circuitos Integrados (arts. 35 a 38): El ADPIC exige protección tomando como base el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados de Washington de 1989,

¹⁰ MD Distribuidores S.A. v. Quick Foods S.A. C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 17/08/2002.

¹¹ Los requisitos requeridos por el ADPIC a toda invención (Novedad, Altura Inventiva y Aplicación Industrial) han sido receptados en el artículo 4º de la Ley 24.481: “Serán patentables las invenciones de productos o de procedimientos, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial...”

pero con varias adiciones, asimismo fija la protección durante un período mínimo de diez años; también que los derechos deben hacerse extensivos a los artículos que incorporen esquemas de trazado infractores.

➤ Protección de la Información No Divulgada (art. 39): Se protegen secretos y conocimientos técnicos comerciales valiosos contra el abuso de confianza y otros actos deshonestos; también los datos

Explicar todas las innovaciones de este importante tratado en materia comercial excedería el ámbito de este trabajo por eso solo a título enunciativo es necesario mencionar que el ADPIC también introdujo cuestiones como el Control de las Prácticas Anticompetitivas en las Licencias Contractuales; añade obligaciones generales relativas a los procedimientos para adquirir o mantener derechos de propiedad intelectual, esto incluye la obligación de disponer de ciertos recursos, incluyendo mandamientos, indemnizaciones, embargo y medidas provisionales (art. 50); y que se establezcan medidas en frontera y sanciones penales para la falsificación de marcas y la piratería en materia de derecho de autor.

Existen otros Tratados Internacionales en materia de Propiedad Intelectual, pero no tratan la generalidad de los DPI sino que protegen los derechos de autor y los derechos conexos:

- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 (Ley 25.140).
- Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión -1961 Roma- (Ley 23.921).
- Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (T.O.D.A), de 1996 en Ginebra (Ley 25.140).
- Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas(T.O.I.E.F), '96-Ginebra (L.25.140).

2.2. La Ronda de Doha y la Constitución Nacional

El 14 de noviembre del 2001 se presentó La Declaración de la Cuarta Conferencia Ministerial, celebrada en Doha (Qatar), así se dio comienzo a una nueva ronda de negociaciones la que a pesar de haberse fijado como fecha límite el año 2005 aún sigue en vigencia. Esta declaración contiene el mandato para las negociaciones sobre diversas cuestiones una de ellas es la aplicación de los acuerdos. Estas negociaciones se celebran en el Comité de Negociaciones Comerciales perteneciente a la Organización Mundial del Comercio (O.M.C).

En dicha declaración sus puntos 17 y 19 los podemos relacionar directamente con otros derechos contenidos en nuestra Carta Magna.

2.2.1. Doha y el derecho a la Salud en el artículo 42 de la Constitución Nacional

EL punto 17 de la declaración de Doha¹² dice lo siguiente: "Recalamos la importancia que atribuimos a que el Acuerdo relativo a los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) se interprete y aplique de manera que apoye la salud pública, promoviendo tanto el acceso a los medicamentos existentes como la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos, y, a este respecto, adoptamos una Declaración aparte."

En tanto la primera parte del artículo 42 de la C.N. dice "*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud,*"

Sin dudas los consumidores o usuarios de medicamentos, es decir todos nosotros, verán afectada su salud en forma evidente si no se logra controlar los precios y stocks de medicamentos para que estén al alcance de todos, que

¹² Vale recordar que la misma no es vinculante para nuestro país.

no es más que un corolario del artículo 16 de la C.N. en tanto dice que todos los que habitan suelo argentino "son iguales ante la ley", y por lo tanto todos somos iguales al acceso de los mismos.

Se puede observar que la Declaración de Doha apoya la Salud Pública mediante el acceso a los medicamentos tratando asimismo sea posible el respecto de los DPI para fomentar tanto la investigación como el desarrollo de nuevos medicamentos; sin dudas sin DPI (y por lo tanto derechos de exclusiva) sobre estos no hay incentivo suficiente para poder contrarrestar la enorme inversión que se necesita.

Asimismo existe otro documento de la OMC que reconoce el problema del acceso a los medicamentos (protegidos por patentes a favor de los grandes laboratorios), el mismo se titula "Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública", también adoptada el 14 de noviembre de 2001. Dice: "1. Reconocemos la gravedad de los problemas de salud pública que afligen a muchos países en desarrollo y menos adelantados, especialmente los resultantes del VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias...3. Reconocemos que la protección de la propiedad intelectual es importante para el desarrollo de nuevos medicamentos. Reconocemos asimismo las preocupaciones con respecto a sus efectos sobre los precios.4. Convenimos en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública...5. En consecuencia, y a la luz del párrafo 4 supra, al tiempo que mantenemos los compromisos que hemos contraído en el Acuerdo sobre los ADPIC, reconocemos que estas flexibilidades incluyen:...b) Cada Miembro tiene el derecho de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias.c) Cada Miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia." En el futuro próximo sin lugar a dudas estas declaraciones serán muy útiles en la lucha contra la nueva Gripe A.

2.2.2. Doha y los derechos de los pueblos originarios en la Constitución Nacional

Otro tema lo introduce el punto 19: "Encomendamos al Consejo de los ADPIC que, al llevar adelante su programa de trabajo, incluso en el marco del examen previsto en el párrafo 3 b) del artículo 27, del examen de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC previsto en el párrafo 1 del artículo 71 y de la labor prevista en cumplimiento del párrafo 12 de la presente Declaración, examine, entre otras cosas, la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore, y otros nuevos acontecimientos pertinentes señalados por los Miembros de conformidad con el párrafo 1 del artículo 71. Al realizar esta labor, el Consejo de los ADPIC se registrará por los objetivos y principios enunciados en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión de desarrollo."

Como es sabido el artículo 75 C.N. establece las atribuciones del Congreso, fijando en el inciso 17: "*Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos...Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten...*"

El mencionado Convenio sobre la Diversidad Biológica, firmado el 5 de junio de 1992 en Rio de Janeiro, aprobado por Ley 24.375, establece en su artículo 8 (que comienza diciendo que Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda) inciso J: "Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos,

innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”

Aquí la cuestión una vez más gira en torno a intereses puramente económicos, pues son estos conocimientos tradicionales (que no necesariamente son antiguos sino que puede ir generándose en la actualidad) fuente inagotable de recursos para la fabricación de productos industriales sobre todo en el campo de los medicamentos. Para que se entienda mejor, estos conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas son usados como un primer e importante filtro para saber que sustancias puede ser aprovechables para un producto en masa; pero el recurso que usan pertenece a los pueblos originarios (entendiendo el recurso de propiedad intelectual), mientras que podríamos decir que el material pertenece a la diversidad biológica del lugar, o sea al ecosistema donde habitan los indígenas y por lo tanto es propiedad del Estado mismo¹³; pero más allá de toda diferenciación teórica de la propiedad que se pueda realizar la práctica indica que quienes usan estos conocimientos tradicionales con fines económicos no resarcen equitativamente como manda el Convenio de Rio de Janeiro de 1992.

Conclusiones:

Estas son solo alguna de las aristas que se pueden encontrar entre la Constitución Nacional y los Bienes Intangibles, habiendo infinidad de ellas, pudiendo mencionar solo a modo de ejemplo las que existen entre los Tratados Internacionales del inciso 22 del artículo 75 C.N., que por ser tales tienen jerarquía constitucional y por lo tanto superior a las leyes; así a modo de ejemplo en La Convención Americana sobre Derechos Humanos llamado Pacto de San José de Costa Rica se enuncia el derecho a la propiedad (art. 21), derecho a la salud pública (art.13), al desarrollo (art.26); en tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre encontramos el derecho de investigación, opinión, expresión y difusión (art. 4º), el derecho a la preservación de la salud y al bienestar (art. 11º), derecho a la propiedad (art. 23º), derecho a los beneficios de la cultura (art. 13º); mientras que la Declaración Universal en forma coincidente con los anteriormente citados contiene los siguientes derecho: a la propiedad (art.17), a la salud (art.25), a la protección de las creaciones del intelecto (art.27). Todo lo recién enunciado dará que hablar y será utilizado tanto por aquellos que protejan los derechos de exclusiva concedidos por la propiedad intelectual como quienes busquen que esta deje de existir para beneficiar la libre competencia en el mercado.

BIBLIOGRAFÍA:

- CORREA, C. y otros (1999); *Derecho de Patentes. El nuevo régimen legal de las inversiones y los modelos de utilidad*. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999.
- ETCHEVERRY, R. y otros (2005); *Código Comercio y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial –Tomo 1-*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi , 2005.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. (2002); “Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales”. En Aguirre Zabala, I. y otros; *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2002*. España, Universidad del País Vasco-Servicio de Publicaciones, 2002, 81-216.
- GARRONE, J. (1989); *Diccionario Manual Jurídico ABELEDO-PERROT*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2004.

¹³ El artículo 15 del Convenio de Diversidad Biológica dice: “1. En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional...”

- GRAN ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ESPASA CALPE, TOMOS XXI y XXXII, Grupo Editorial Planeta S.A.I.C., Buenos Aires, Argentina, 2005.
- OTAMENDI, J. (1999); *Derecho de Marcas*. Buenos Aires, Editorial LexisNexis, 2002.
- PAPAÑO, R. (1989); *Derechos Reales - Tomo 1-*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.
- ZAMUDIO, T. (2008); *Protección Internacional de los Bienes Intangibles*. Buenos Aires, G.A.T.z., 2008.

SITIOS WEB CONSULTADOS:

- Organización Mundial del Comercio: <http://www.wto.org>
- Organización Mundial de Propiedad Intelectual: <http://www.wipo.int>
- Real Academia Española: <http://www.rae.es>

APROXIMACIONES AL ANALISIS CONSTITUCIONAL A TRAVES DE LAS CARTAS CONSTITUCIONALES LOCALES Y FEDERAL ACERCA DE LA REVISION JUDICIAL

Por Pablo G. Gliemann

RESUMEN

Este trabajo refiere a Federalismo y republicanismo. Es una comparación entre la ley constitución federal y 6 Leyes constitucionales locales acerca de la revisión judicial. La teoría básica ha sido tomada de los escritos de Maximiliano Torricelli "El sistema del Control Constitucional Argentino" publicado por Lexis Nexis.

3 calificaciones deben ser señaladas: la forma escrita, la revisión judicial como acción y los efectos judiciales generales como una ley en lugar de tratamiento como caso. Estas son las características que hacen la diferencia entre la federal y local ley constitucional.

Esta elección convencional introduce una presión que hace un Republicanismo mas sano porque el ejercicio del control del poder a través de controles y negociación, evita la tiranía.

PALABRAS CLAVE

Tensión - república – control – revisión – federalismo - constitución

APPROACHES TO CONSTITUTIONAL ANALYSIS THROUGH LOCAL CONSTITUTIONAL LAW AND FEDERAL CONSTITUTIONAL LAW ABOUT JUDICIAL REVIEW

By Pablo G. Gliemann

ABSTRACT

This paper refers to Federalism y Republicanism. It is a comparison between Federal Constitutional Law and Six Local Constitutional Law about de Judicial Review. The Basic Theory has been taken from the writings of Maximiliano Torricelli "El sistema del Control Constitucional Argentino" published Lexis Nexis 2002.

Three qualifications must be noted: the written form, the judicial review as action and general judicial effects as a law instead of the treatment as "case". These are the characteristics make difference between federal and local constitutional law.

This conventional election introduces a pressure that makes a better Republicanism because the exercise of power control trough checks and balances avoids tyranny.

KEYWORDS

Pressure – Republicanism – Check – Review –Federalism - Constitution

APROXIMACIONES AL ANALISIS CONSTITUCIONAL A TRAVES DE LAS CARTAS CONSTITUCIONALES LOCALES Y FEDERAL ACERCA DE LA REVISION JUDICIAL*

Por Pablo G. Gliemann**

1-Introducción.

Este trabajo surge motivado por la advertencia de que los diferentes textos constitucionales provinciales prevén controles de constitucionalidad expresamente regulados y que lo hacen con un rigor ausente en el texto federal. Por ello, estas paginas, tiene un enfoque descriptivo que procura descomponer los diferentes elementos que se encuentran presentes en las distintas cláusulas constitucionales.

Primero es necesario describir las clasificaciones que la doctrina efectúa sobre el control de constitucionalidad, y los diferentes enfoques que cada sistema en un Estado puede adoptar. Luego de ello es importante, aunque sea rígido y arbitrario, encasillar al control de constitucionalidad federal en los diferentes parámetros para poder estudiar el verdadero objeto de este trabajo: los sistemas locales. A continuación de ello serán transcritos los fragmentos pertinentes de las constituciones locales y su análisis sobre sus notas más destacadas, y sus diferencias con el control federal. Todo esto permitirá realizar conclusiones muy provechosas sobre la seguridad jurídica como garantía del control y sobre la evolución del control local por sobre el federal.

El contenido de estas páginas solo versara sobre la letra constitucional, por ello no se encontraran referencias jurisprudenciales, ni análisis sobre las normas reglamentarias (sean leyes u otras de inferior rango). El objeto del trabajo es describir los controles locales y el federal y plantear sus diferencias, finalizando con algunas ideas sobre sus ventajas y desventajas.

El trabajo se circunscribe a estudiar las características del control de constitucionalidad en los Estados provinciales en relación a las clasificaciones clásicas del control y sus notas en el sistema federal.

2-Clasificaciones de Control de Constitucionalidad.

2.1. Según la vigencia: Previa o posterior.

Supone determinar si el Control de Constitucionalidad se producirá con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma susceptible de ser impugnada, generando una suerte de suspensión en sus efectos, o luego de que ella ingresa al mundo jurídico. La primera pareciera generar un mecanismo mas eficaz, pero no hay que perder de vista, que es

* Quiero agradecer a la Dra. Alicia P. Marichelar por su corrección en el trabajo, y por su apasionamiento constante en mi formación como profesional y docente.

** Abogado (título en trámite). Diploma de honor. Orientación en Derecho Tributario. Profesor auxiliar alumno de "Elementos de Derecho Constitucional". Cátedra de la Dra. Alice Beatriz.

invasivo del republicanism (ya que existiría un marcado control de quien está habilitado para hacerlo) y no dejaría lugar a reflexiones posteriores que surgirían como producto del tiempo y de observar su aplicación en la práctica, pues una norma puede encontrar matices en cuanto a su constitucionalidad según las formas en que se aplique. Esto es así toda vez que una vez dictaminada su constitucionalidad la norma ya no podría ser luego atacada, en principio.

2.2. Según el órgano: Judicial o política.

El control puede estar en cabeza de un legitimado judicial o bien bajo la órbita de un cuerpo con características no técnico - jurídicas (por lo menos no con el acento puesto allí).

El control judicial es compatible con el posterior, y el político con el control previo, ya que la función judicial supone conocer y decidir causas sobre hechos pasados sobre la base de normas que fueron aplicadas ya.

Este control supone un voto de confianza para con el poder judicial (en el caso de que ese mandato surja de la norma y no en forma pretoriana). Las ventajas del control político están dadas en función de las garantías en la composición y selección de sus miembros, apoyado además, en el principio de la representatividad.

2.2.1. Control judicial: Difuso o concentrado.

Para los supuestos de sistemas jurídicos que hubieran optado por un control judicial, este puede, a su vez, corresponder en forma exclusiva a un cuerpo de ese poder (en general a su máximo tribunal) o estar diseminado en todos los tribunales y juzgados sea cual fuera su escalafón. En los controles judiciales concentrados el máximo tribunal suele desarrollar características propias de un tribunal constitucional, por su parte el control difuso presenta apoyatura en el pluralismo ideológico y la desconcentración, aunque siempre debe existir un tribunal que interprete en forma última y definitiva.

2.3. Según los efectos: Entre las partes o para todos.

Los efectos erga-omnes sean tal vez la nota más relevante que puede caracterizar un tipo de control de constitucionalidad de otro. Pues esta decisión supone un posicionamiento impensado hace 50 años, ya que los conceptos de libertad e individuo conspiran contra la posibilidad de que un tribunal dicte una resolución en un caso concreto con alcance sobre otros individuos que no fueron parte del debate, si se notificaron, ni produjeron su descargo, etc. Las acciones derivadas de los derechos de incidencia colectiva, con raigambre constitucional desde 1994, y la reciente "acción de clase" declarada por la Corte¹ parece abrir el camino a un nuevo modo de apreciar el control de constitucionalidad federal.

2.4. Según la legitimación procesal: De oficio o a pedido de partes.

Esta importante clasificación, con un enfoque procesalista, supone un control de oficio que otorga amplias facultades a quien controla (sea este un control político o judicial, pues bien puede tratarse de un control de oficio en ambos casos), habilitándolos para decidir sobre la constitucionalidad de una norma sin requerir una petición formal de alguno de sus agraviados. Y por lo tanto permitiendo al intérprete desvincularse del petitorio de las partes, aunque nunca podrá hacerlo respecto de las condiciones de hecho y prueba.

Este control de oficio es propio, aunque no exclusivo de un control político o judicial concentrado, que opera previo a la vigencia de la norma.

Por otro lado un control a pedido de parte contextualiza la decisión del intérprete constitucional a un caso en concreto. Y algo más importante aún, la jurisdicción solo se activa frente al pedido de un legitimado activo, que demuestre un agravio. Esto supone que la jurisdicción se expide solo frente a una solicitud del afectado, y que este solo presenta su petición cuando sea realmente agraviado por esa norma en cuestión.

2.4.1. Según la vía: Por acción o excepción.

Esta clasificación también tiene como eje el derecho procesal, y responde a las diferentes variantes que presenta un control que opera a pedido de parte, ya que su criterio clasificador se concentra en la posibilidad o no de producir un planteamiento sobre la constitucionalidad de alguna norma en el marco de un proceso judicial. Supone distinguir aquellos sistemas que habilitan la acción autónoma, de tipo declarativa en la mayoría de los casos, en abstracto. Versus los sistemas de control que solo harían lugar a la declaración de inconstitucionalidad como ultima ratio, y luego de estudiar un caso en concreto, con un agravio puntual, que solo se produce en el marco de una pretensión diferente, y que solo encuentra una solución favorable con su solicitud y posterior declaración de inconstitucionalidad.

2.5. Según las normas que controla: Amplia o restringida.

Esta última clasificación se direcciona en el marco de la "teoría del control". Y supone que el control de constitucionalidad es un control inter-órgano realizado desde el poder judicial hacia los otros poderes. Recordemos también que los órganos del estado se manifiestan mediante actos plasmados en forma de norma jurídica con alcance general o particular. En el caso del poder legislativo serán leyes, en el caso del poder ejecutivo serán decretos, decisiones administrativas, resoluciones ministeriales, etc.

Desde este óptica el control será cada vez mas amplio, en la medida en que ingresen dentro de la competencia del control la mayor cantidad de manifestaciones o expresiones de los otros dos poderes, es decir en la medida en que mas normas jurídicas dictadas por el poder ejecutivo y legislativo sean controladas.

3. Caracterización del Control de Constitucionalidad federal.

El control federal de constitucionalidad puede ser, a grandes rasgos, colocado dentro de cada una de las nomenclaturas previamente descriptas.

Así, podría decirse que el control federal opera con posterioridad a la vigencia de la norma. Ello es de este modo porque la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante C.S.J.N.) no admite la revisión de normas que aún no producen agravio. Todas ellas reciben un mismo tratamiento: el rechazo "in limine". Pues además suponen un control respecto de una norma que aún se esta en proceso de formación, lo cual jaquea la división de poderes.

¹ Corte Sup., del 24/02/2009 "Halabi, Ernesto v. Estado Nacional", Citar Lexis N° 70051373. SJA 22/4/2009.

El control, por creación pretoriana, se encuentra en cabeza del poder judicial, y no hay, obviamente un Tribunal de características policitas o un Tribunal Constitucional. Es a su vez un control judicial difuso que admite su ejercicio en todos los jueces federales, y, en todo caso, será la C.S.J.N. quien se convierta en intérprete último y definitivo.

La resolución de los tribunales a cerca del control de constitucionalidad, y en todos los casos en general (con las excepciones de las acciones colectivas, y aparentemente las nuevas "acciones de clase"), producen efectos para el caso concreto, para los legitimados del pleito.

Esta atribución de contralor solo opera frente a un pedido puntual de parte, y nunca de oficio. Esto supone un doble limite para quien controla: la C.S.J.N solo lo hace frente a un caso concreto que se resuelva en el marco de su competencia y si es solicitado por las partes. Este último limitante ha tenido algún grado de apartamiento en la C.S.J.N. Es importante distinguir que, la declaración de inconstitucionalidad se de en el marco de una acción judicial y otra que en esa instancia haya un pedido expreso del peticionante de obtener esa declaración: pues el nivel de autonomía judicial es diferente en cada caso.

El control federal, es, además, por excepción, puesto que no es posible, en principio solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma, que por contar con legalidad (órgano competente mas procedimiento adecuado) se presume constitucional. Debe ser un planteo subsidiario. Un capitulo aparte es el supuesto de la acción declarativa que el artículo 322 del C.P.C.C.N. admite.

El control es amplio ya que la C.S.J.N. ha realizado declaraciones de inconstitucionalidad tanto sobre normas emanadas del poder legislativo como sobre normas dictadas por los diferentes órganos del poder ejecutivo (decretos, resoluciones ministeriales, etc.).

Aunque es de destacar, y es uno de los ejes de este breve trabajo, el C.C. no esta plasmado en forma escrita, mas allá de la confusa referencia en el artículo 43 de la constitución nacional reformada. Y, el solo hecho de estar escrito, es, por cierto, una garantía en si mismo.

Por otra parte el artículo 288 y siguientes del C.P.C.C.N. regula el recurso de inaplicabilidad de ley, que si bien no tiene un origen o enfoque desde el derecho procesal constitucional, no es menos cierto que sirve como un modo de plantear la impugnación de un decisorio, en este caso del mismo poder judicial, por apartarse de una norma suprema (plenarios de su tribunal de alzada con ciertos requisitos).

4. Constituciones locales.

Los textos constitucionales locales presentan controles de constitucionalidad, que se encuentran, con mayor o menor rigor de detalle según el caso, expresamente previstos. Esto significa que las características de ese control son de primer grado en la pirámide de la supremacía normativa y que su modificación requiere de una reforma constitucional, siendo insuficiente una voluntad política aislada o un mero cambio de criterio del más alto tribunal local.

En esta breve reseña referida al control local de constitucionalidad fue necesario, por razones espaciales, seleccionar solo 6 cartas magnas. Su distribución fue equitativa entre textos previos y posteriores a la reforma del texto nacional en 1994, de modo tal que también pueda medirse su influencia o no. Por otra parte se procuro realizar una distribución geográfica de las provincias estudiadas.

Omisiones en la norma: Resulta plausible destacar que frente a la ausencia de previsión constitucional sobre el tipo de control hay que estar a las clasificaciones que producen menor conflicto de poderes y entendiendo con carácter restrictivo sus atribuciones. Este es probablemente uno de los puntos más álgidos a la hora de conseguir consenso.

Esto es así debido a la naturaleza de la institución y la tensión² obvia que produce entre los diferentes órganos del Estado. Además es el Constituyente quien debe determinar el incremento en la naturaleza del control, y no el poder judicial, generando por el contrario un grave perjuicio a los "frenos y contrapesos" propios de un sistema democrático y republicano. A saber:

- a) Posterior.
- b) Judicial.
- c) Difuso.
- d) Con efectos entre las partes.
- e) A pedido de partes.
- f) Por excepción.
- e) Restringido.

Cada una de las características de control constitucional enunciado anteriormente refleja el control más inicial y estático. Serían las características de un control que no persigue la dinámica en la interacción de los poderes, que no pretende tensionar el ejercicio regular de las atribuciones de los órganos del Estado.

Por ejemplo, el control posterior no pone en crisis el inicio de la vigencia de una norma que fue sancionada o dictada por un órgano diferente.

El control con efecto inter-partes no genera la rispidez de dejar sin efecto desde la sentencia la norma impugnada y tachada de inconstitucional, sino que requeriría para ello, en el absurdo de los casos, que cada uno de los afectados realice una petición formal y consiga idéntica declaración.

El control a pedido de parte restringe la posibilidad de que los jueces puedan declarar inconstitucional una norma por iniciativa exclusiva, aunque esto estaría subsanado con que existiera tan solo un planteo que active la jurisdicción.

Si el control se va restringiendo respecto de las normas pasibles de impugnación también se van restringiendo las garantías de los ciudadanos y el conflicto de poderes, pues en definitiva las normas son solo meras herramientas que instrumentan o exteriorizan decisiones de órganos, detrás de los cuales están personas que ocupan diferentes cargos, y prohibir una declaración de inconstitucionalidad sobre determinadas normas no es más que inmunizar las decisiones de una determinada persona que ocupa un cargo; así, por ejemplo, limitar la impugnación de decretos provinciales, no es más que permitir que el gobernador emita decretos contrarios al texto constitucional y garantizar su impunidad judicial.

4.1. Constituciones post 1994.

4.1.1. Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. 1996

² Carl Loewenstein, Teoría de la Constitución, Editorial Ariel Barcelona, 1983. Este concepto no surge de la literalidad de sus obras pero sus efectos fueron estudiados por este autor.

Art. 113.- Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer:

2. Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior.

A simple vista y con el solo uso de la técnica literal puede apreciarse que el control de constitucionalidad en la Ciudad de Buenos Aires presenta varias notas salientes.

Es un control que opera luego de que las normas entren en vigencia, ya que se refiere a diferentes normas que pueden perder su validez, y, lógicamente ninguna norma puede perder su validez si previamente no la tiene.

Es, además, un control judicial pues se encuentra descrito en el marco de las atribuciones del Superior Tribunal del Justicia, cierto es, como vía declarativa.

El S.T.J. tiene la atribución en forma única y definitiva para declarar la inconstitucionalidad, al margen del control difuso que pueden realizar todos los tribunales inferiores. Esto quiere decir que el control de constitucionalidad esta dispersado por los tribunales judiciales de la Ciudad de Buenos Aires (seas estos dependientes de la Nación o de la Ciudad). Lo que tiene su máximo tribunal en forma exclusiva es la jurisdicción para resolver acciones declarativas de inconstitucionalidad (como vía procesal independiente al C.C.). Puede advertirse, entonces, un esbozo del control judicial concentrado respecto de, al menos, una vía procesal determinada, con raigambre constitucional.

Esta acción declarativa de inconstitucionalidad produce efectos erga-omnes, ya que independientemente de quien titulariza la acción la norma queda ``herida de muerte`` en su vigencia, a menos que por mayoría agravada, aquel cuerpo que la dicto (respetando esta vieja ley de competencia por la cual las normas pierden su vigencia por un acto del mismo órgano que las puso en vigencia) puede ``reponerse``. Esta salvedad solo opera cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) para las leyes (máxima expresión legislativa).
- b) Por el mismo órgano
- c) Que la ratifique.
- d) Dentro de un plazo razonable (como una muestra más de la legislatura de ratificar la norma, este tiempo es además muy acotado en términos de debate parlamentario).
- e) Con una mayoría agravada
- f) Anula el efecto erga-omnes, pero nunca el inter-partes, ni el control judicial difuso ordinario y genérico que siempre esta latente.

Es importante resaltar que el control no es de oficio, es a pedido de parte, esto se infiere en forma indirecta ya que en el último párrafo consta que la ratificación legislativa no afecta al peticionante de la acción.

El control es por vía de acción, esta apreciación surge clara de la misma naturaleza del proceso descrito ya que este es "declarativo".

Respecto de las normas que controla, es un control amplio ya que no solo refiere a los actos emanados de las cabezas de los restantes poderes (leyes y decretos), sino de todas las normas inferiores (especialmente las que surgen de la estructura burocrática del órgano ejecutivo, pero no exclusivamente porque existen otros organismos extra poder, autárquicos o descentralizados que también ingresan en el concepto de "autoridades de la ciudad", con el único requisito de que sean de alcance general, esto es natural pues el efecto que tendrá la declaración será general, es decir, para todos sus potenciales o efectivos agraviados).

4.1.2. Constitución de la provincia de Buenos Aires. 1994

Art. 161.- La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones:

1. Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada.

3. Conoce y resuelve en grado de apelación:

a) De la aplicabilidad de la ley en que los tribunales de Justicia en última instancia funden su sentencia sobre la cuestión que por ella deciden, con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan a esta clase de recursos;

La Constitución de la provincia de Buenos Aires tiene previstas diferentes vías procesales para impugnar la vigencia de una norma. Por un lado esta previsto un recurso de inconstitucionalidad, por otro un recurso de nulidad extraordinario y también un recurso de inaplicabilidad de la ley, entre los mas destacados.

Solo serán mencionados dos de ellos: el de inaplicabilidad y el de inconstitucionalidad.

El recurso de inconstitucionalidad es un control posterior, ya que enumera una serie de normas impugnables que solo podrían ser tales luego de la producción de efectos producto de su entrada en vigencia. Así mismo se trata de un control judicial claramente identificado en las atribuciones del poder judicial, y más precisamente se trata de un control mixto entre difuso y concentrado, pues la Corte tiene competencia originaria, pero también por apelación, esto supone, obviamente la existencia de una instancia previa frente a un tribunal inferior que pudo haber declarado la inconstitucionalidad de alguna norma provincial.

Es un control que, por la expresión "... se controvierta por parte interesada.", presumiblemente admite inferir que se trata de un control a pedido de parte. De ello surge, conjuntamente con el carácter autónomo de esta acción y redacción del texto, que se trata de una vía procesal que admite la acción y no exclusivamente la excepción. Lo que no se deduce de su letra o espíritu es que genere efectos solo entre las partes, tampoco existe remisión en contrario, por lo que, frente al silencio o ausencia de previsión legal expresa corresponde darle, por el carácter excepcional de la institución efectos solo frente a quien invoque el control.

Se trata, por último, de un control amplio, ya que admite como ámbito de influencia una serie de normas (provinciales en principio), como son: las leyes (del órgano legislativo provincial), decretos (del órgano ejecutivo provincial), ordenanzas (del órgano legislativo municipal) y sobre reglamentos, siempre que todas estas legislen sobre derechos protegidos en la constitucional provincial o regulen la organización del Estado.

Por otro lado, como se adelantó, se encuentra legislado un recurso de inaplicabilidad de ley que presenta las siguientes características:

- a) Es un control posterior,
- b) Es judicial y difuso, ya que la Corte de Buenos Aires resuelve sobre ellos en grado de apelación, y luego de que entendieron en él los jueces de instancia inferior,
- c) Opera frente a la solicitud de la parte agraviada,
- d) Produce efectos entre a las partes del pleito,
- e) Su control es amplio.

Este recurso de inaplicabilidad de ley, implica producir, en definitiva lo mismo que el control federal produce en los hechos: la inaplicabilidad de la norma. En efecto, el único modo en que un juez puede tornar inaplicable una norma que se presume constitucional, es declararla inconstitucional, contraria a su texto supremo, y de este modo reducir sus efectos o hacerlos cesar. Pues esta es, en esencia la naturaleza de esta acción, y del control de constitucionalidad misma. Puede proceder frente a supuestos de absurdo, aplicación errónea de la doctrina legal, aplicación errónea o violación de la ley.

4.1.3. Constitución de la provincia de Entre Ríos. 2008

Art. 205.- En materia judicial, el Superior Tribunal de Justicia tiene las siguientes atribuciones, de conformidad a las normas que establezcan las leyes de la materia:

1. Ejercerá jurisdicción, originaria y exclusiva, en los siguientes casos:

c) En las gestiones acerca de la constitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan en materia regida por esta Constitución, que se promuevan directamente ante el mismo por vía de acción.

2. Ejercerá jurisdicción, como Tribunal de última instancia:

a) En las causas sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y que se hayan promovido ante los juzgados de primera instancia.

La Constitución de Entre Ríos es la última carta magna modificada en Argentina, y, pareciera ser, que la tendencia constituyente es dejar plasmado en los textos escritos la mayor cantidad de cláusulas y previsiones respecto de los derechos y sus garantías, y respecto, también, de la organización del Estado. Entre Ríos, por supuesto, no escapa a esta lógica.

La norma constitucional dispone un proceso de control constitucional de dos tipos: judicial concentrado y judicial difuso. Esto quiere decir que el control siempre será judicial, pero será concentrado cuando se produce por vía de acción, y lo será difuso, teniendo al Superior Tribunal como interprete final y definitivo, cuando no sea por vía de acción, sino de excepción. De las vías enunciadas surge, además, que el control es a pedido de parte.

De la información aprovisionada por el mismo texto constitucional surge que el control siempre es judicial. Pero puede ser difuso y concentrado, y esto depende, justamente de otra de las clasificaciones: si es por acción o excepción.

Es por otro lado un control amplio, ya que admite el control sobre normas emanadas del poder ejecutivo y legislativo provincial. El control es posterior, ya que las normas impugnables poseen plena vigencia a la hora de ser controladas.

Produce efectos, aunque no surge expresamente de su literalidad, para las partes del pleito, aun cuando se trate de competencia originaria y por vía de acción ya que no está previsto ningún efecto (suspensión – pérdida de vigencia) sobre la norma impugnada.

4.2. Constituciones pre 1994.

Las siguientes son solo 3 constituciones provinciales dictadas desde el último retorno de la democracia, pero previo a 1994, cuando se reformó el texto constitucional federal. Esto no implica que las constituciones analizadas hayan modificado partes de su control de constitucionalidad en esas reformas, pero si son útiles de estudiar, porque han tenido la posibilidad, y la omisión de modificar el sistema de control es también, a nivel constituyente, la toma de una decisión.

4.2.1. Constitución de la provincia de Tucumán. 1991. Hoy enmendada.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Art. 133.– La obediencia de la Constitución y el equilibrio de los poderes que ella establece, quedarán especialmente garantizados por el Tribunal Constitucional, compuesto de cinco miembros.

Art. 134.– Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

- 1) Declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, con el alcance general previsto en el art. 22 última parte.
- 2) Entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, o un Departamento Ejecutivo contra el Concejo Deliberante, por demora en pronunciarse, sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquellos hubieren presentado. El Tribunal, apreciando las circunstancias, fijará un plazo para que se expidan, vencido el cual sin que ello se hubiera producido, podrá autorizar al accionante para la directa promulgación, total o parcial, de la norma de que se tratare.

Art. 22.– Los habitantes de la provincia como habitantes de la Nación Argentina, y al amparo de la Constitución Nacional, tienen todos los derechos que aquella establece, sin negación ni mengua de otros derechos no enumerados o virtualmente retenidos por el pueblo.

Toda ley, decreto u orden que so pretexto de reglamentación, desvirtúe el ejercicio de las libertades y derechos reconocidos, o prive a los ciudadanos de las garantías aseguradas, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces.

La declaración de inconstitucionalidad pronunciada por los jueces tendrá efectos específicos para la causa en que entendieren.

Quien tenga suficiente interés jurídico podrá demandar ante el Tribunal Constitucional, la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales de derogación de la norma impugnada. La impugnación será hecha pública y el trámite se entenderá dando intervención a cualquier persona que sostenga la constitucionalidad y al Poder Ejecutivo. Las costas que sean a cargo de cada interviniente, no podrán exceder la retribución mensual de un miembro del Tribunal. Si el Tribunal no hiciera lugar a la declaración de inconstitucionalidad, la cuestión no podrá ser reeditada, quedando a salvo de los interesados la impugnación ante los jueces, con efectos específicos.

Lo primero que debe destacarse es que el control, tal cual esta transcrito anteriormente ya no se encuentra vigente, pues la reforma constitucional provincial del año 2006, dejó sin efecto este control e incluso suprimió el Tribunal Constitucional.

La provincia de Tucumán es la única que, hasta la reforma mencionada, tenía un claro control político de constitucionalidad. El objetivo es que este tribunal, que infelizmente se llama "político" –por oposición a técnico-, pueda estar, justamente, exento de los avatares de la política. Por ello deben observarse estrictas reglas para la selección y permanencia en el cargo, allí esta la clave del éxito en este tipo de controles.

No es pertinente clasificar el control en difuso o concentrado, pues ello es propio de los controles judiciales. Por si acaso, este es un control en cabeza de un solo órgano colegiado e independiente.

Como si el control político no fuera suficiente novedad en este texto, su declaración remite al artículo 22 del mismo cuerpo, el cual asombra por su abundante carácter tuitivo.

El primero de sus párrafos realiza una genérica protección de derechos y refiere a los llamados "derechos implícitos". El segundo párrafo, por su parte, de gran riqueza jurídica realiza una referencia al principio de razonabilidad, y al tan temido vicio de la reglamentación³. Pero no siendo suficiente la declaración en contra de este vicio, se dispone, a continuación, una doble sanción:

a) Son inconstitucionales, lógicamente pueden serlo per se, de pleno derecho, pero su reconocimiento proviene de la declaración que realice el legitimado para hacerlo, en este supuesto, el Tribunal Constitucional. En todo caso tendrá un efecto declarativo, y no constitutivo.

b) Esa declaración de inconstitucionalidad genera la inmediata inaplicabilidad de la norma impugnada. Respecto a su efecto, el artículo 22 deja constancia de tratarse de un control judicial, difuso con efecto entre las partes, aunque de la inteligencia de su norma se desprende su posibilidad de declaración de oficio.

No hay que perder de vista que la provincia de Tucumán cuenta con una suerte de código procesal constitucional (ley 6944), que describe en detalle el procedimiento para las acciones de habeas corpus, diferentes tipos de amparos

³ Alberdi, Juan B. (1998). Sistema Económico y Rentístico. Ciudad Argentina. 1998

(colectivos, genérico, habeas data, electoral) y el control judicial de constitucionalidad, no así el proceso frente al Tribunal Constitucional. Pese a la riqueza de esta norma, su estudio excede el objeto de este trabajo, por lo que solo será extraído lo atinente al control de constitucionalidad y sus características.

Pero es el último párrafo del artículo 22 el que regula los efectos del control político. Y allí se dispone un control a pedido de parte (sin definir claramente que es un "suficiente interés legítimo"), amplia (sobre cualquier ley, decreto, u orden: en definida cualquier norma), por vía de acción (no en el marco de otra petición, sino atendiendo a la declaración de inconstitucionalidad como el objeto del petitorio), y por último y más importante con un fuerte efecto erga-omnes, pues habilita declarar el reproche constitucional de la norma con efectos absolutos. Y digo un fuerte control erga-omnes porque presenta ciertas características destacables, a saber:

- a) Derogatoria.
- b) De libre participación.
- c) Subsidiaria.
- d) Accesible.

a) No suspende la vigencia de la norma como otros textos constitucionales, respetando la división de poderes, y en todo caso colocando en mora al autor de la norma para que la "corrija"; por el contrario, deja sin vigencia la norma, en forma automática, general y sin excepciones, (evidentemente muy diferente al control que presenta la Ciudad de Buenos Aires, un sistema de control constitucional siempre destacable por su carácter tuitivo).

b) Al tener efectos absolutos, la norma cumple con la garantía del debido proceso y el derecho a ser oído, por ello se constituyen en parte el poder ejecutivo, quien emitió la norma (puede coincidir o no con la figura del poder ejecutivo) y cualquier eventual agraviado que puede aportar elementos acerca de los perjuicios que la aplicación y vigencia de la norma impugnada le genera y que confluya a clarificar el dictamen que emitirá el Tribunal.

c) La negativa por parte del Tribunal a la declaración erga-omnes de inconstitucionalidad de la norma deja, automáticamente expedita la vía del control judicial difuso, pero esta vez, ya con efectos inter-partes.

d) Como garantía para el acceso irrestricto a un instituto tan delicado y con vocación universal como solo puede ser el control de constitucionalidad se establece un tope, con grado constitucional, a las costas del proceso ante el Tribunal, siendo una notable ventaja su previsión en la constitución, para que este no sea un instrumento utilizado por la reglamentación para recortar el acceso al control, y peor aún sectorizar económicamente quienes, en la práctica, tengan efectiva legitimidad para presentar la solicitud de control. Y además, no se trata de un monto fijo, fácil de desactualizarse (como ocurrió con el requisito de renta anual en los candidatos para senadores nacionales en la Constitución Nacional), sino permeable a un parámetro objetivo pero dinámico, como lo es un salario.

Por último, y solo por razones de brevedad, los artículos 87 a 107 de la ley 6944 regulan las características del control de constitucionalidad que no sea realizado por el Tribunal Constitucional. El primer dato, obvio por cierto de este control, es que no está previsto en la constitución local, por lo cual tiene carácter legal (de segundo grado), y solo por ello estaría excluido del objeto de este trabajo. Sus características principales son: que es judicial, que es difuso, que tiene efectos inter-partes, que es muy amplio (sobre ley, decreto u orden).

Pero tiene otras características importantes: que es al mismo momento un control de oficio y a pedido de parte, pues la ley dice que no podría aplicarse una ley manifiestamente inconstitucional por más que la parte no lo hubiese solicitado, aunque también procede ante su pedido; pero siempre en el marco de un pleito que solicita el auxilio de la jurisdicción. Por eso es a pedido de parte, o de oficio, siempre en el marco de una causa, y con efectos inter-partes. Pese a que el control judicial es esquemáticamente difuso admite un recurso de apelación ante el máximo tribunal local para decidir sobre la acción de inconstitucionalidad como interprete último y definido, esta característica, presente en otros textos ya analizados no obsta lo difuso del control, pues solo evidencia una cuestión de supremacía presente en todas las estructuras de los órganos del Estado.

4.2.2. Constitución de la provincia de Tierra del Fuego. 1991

Art. 157.- El Superior Tribunal de Justicia tendrá competencia originaria y exclusiva para conocer y resolver:

1. En las cuestiones que se promuevan en caso concreto y por vía de acción de inconstitucionalidad de leyes y demás normas jurídicas que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución.

La descripción del control de constitucionalidad en esta norma es bastante escueta, sin embargo alcanza para caracterizar sus rasgos más salientes.

Es un control judicial concentrado, ya que se trata de competencia originaria y exclusiva del máximo tribunal provincial, siempre que este sea a pedido de parte, por vía de acción y con efectos inter-partes.

Pero en los casos en que el control judicial no se ejerza por vía de acción, sino por excepción, será entonces difuso.

Por lo tanto, es importante destacar que, coexisten los controles judiciales difusos y concentrados, en todas las provincias en las que el primero no este expresamente prohibido y el segundo este concretamente regulado.

4.2.3. Constitución de la provincia de San Luis. 1987

Art. 213.- Corresponde al Superior Tribunal:

1) Ejercer la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad e inconstitucionalidad de las leyes, decretos y ordenanzas que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada.

Se trata, en este caso, de un control judicial mixto según el órgano ya que el Superior Tribunal tiene competencia derivada y originaria en materia de control de constitucionalidad, esto supone que el control judicial coexiste en forma difusa y concentrada.

Es un control amplio que admite impugnaciones sobre normas emitidas por el poder legislativo provincial y municipal, y por el poder ejecutivo provincial mediante sus diferentes tipos de decretos.

Es un control post vigencia de la norma, a pedido de parte, con efecto inter-partes y por vía de excepción. Estas últimas características surgen implícitas frente a la omisión de un control más avanzado o profundo.

4.3. Síntesis de los controles locales.

El control en la Ciudad de Buenos Aires, en su procedimiento de acción declarativa es post vigencia de la norma, judicial, concentrado, erga-omnes, por vía de acción, a pedido de parte y amplio.

En la Provincia de Buenos Aires el control mediante el recurso de inconstitucionalidad es posterior, judicial mixto, a pedido de parte, por vía de acción o excepción, con efectos inter-partes, y amplio en cuanto a las normas impugnables. Sin embargo el control por medio del recurso de inaplicabilidad de ley es posterior, judicial difuso, con efectos inter-partes, a solicitud de parte, y amplio.

La última constitución reformada, post 1994, la de la Provincia de Entre Ríos, presenta un control judicial mixto (difuso y concentrado), puede ser por vía de acción o excepción, a pedido de parte, amplio y posterior, con efectos inter-partes.

La Constitución de Tucumán de 1991, derogada actualmente, presenta el sistema más complejo de constitucionalidad. Es político, a pedido de parte, amplio, por vía de acción y con efecto erga-omnes. Mientras que el control judicial de jerarquía legal es difuso, inter-partes y amplio, por vía de excepción y a pedido de parte, pero también de oficio.

El control de Tierra del Fuego es judicial, en principio concentrado, inter-partes, por vía de acción y a pedido de parte, además de amplio.

El último de los casos de muestreo estudiado, la Provincia de San Luis, es un control judicial mixto y amplio.

5. Conclusiones.

1 - La escritura respecto del tipo de control que un determinado nivel de gobierno pretende tener opera como una vital garantía hacia seguridad jurídica. Esto es así porque el modo más objetivo de universalizar y proyectar una decisión o convención es plasmarlo en un texto escrito con vocación de perdurabilidad. Esta es la primera diferencia entre los controles locales y el federal.

2 - El rango constitución funciona como una clara garantía de supremacía y estabilidad del instituto. Esto se logra cuando la mayor cantidad de previsiones respecto del tipo de control y sus efectos están previstas en la norma de mayor rango.

3 - Probablemente el control de constitucionalidad sea la institución de mayor tensión inter-órgano. Y por ello es tan importante que quien diseña el modelo jurídico-político, el Convencional Constituyente, deje plasmado en la norma de primer grado cual es el tipo de control que va a existir en ese Estado. El nivel federal tiene regulado normas atinentes al control de constitucionalidad en el artículo 43 de la C.N., pero limitado a algunos supuestos en el marco de la regulación del amparo. Luego existen diferentes normas de rango legal (ley 27, ley 48, artículo 280 y siguientes del C.P.C.C.N., etc.) que regulan el recurso extraordinario federal, como vía para que el máximo tribunal federal conozca y decida acerca de causas en las que no tiene instancia por los artículos 116/7 de la CN.

4 - Estamos frente a un control federal que no está regulado en forma acabada en la norma constitucional. Por el contrario casi la totalidad de los textos constitucionales provinciales tiene referencia al C.C. Algunos de ellos con mayor detalle, otros con previsiones más generales.

5 - Lo que sí puede concluirse con absoluta certeza es que los textos constitucionales locales tienen escrito su control constitucional y que lo hacen en su norma suprema.

El tipo de control previsto en la mayoría de las provincias en contraste con el control federal es "de avanzada", más profundo, ya que en los textos locales es posible advertir controles con efecto erga-omnes, de oficio, políticos, por vía de acción.

6 - El control de constitucional federal no está escrito y posee las mismas características que sus inicios. Por el contrario el control local es escrito, de rango constitucional y con efectos que producen una sana tensión entre los poderes.

7 - La incorporación en la norma fundamental de la institución evidencia un grado de mayor desarrollo en los niveles de control, tensión y republicanism. Por su parte un control con grado constitucional racionaliza la tensión propia del gobierno.

6. Bibliografía.

- ALBERDI, J. B. (1998). Sistema Económico y Rentístico. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.
- BIDART CAMPOS, G. (1995). El derecho de la constitución y su fuerza normativa. Buenos Aires, Ediar, 1995.
- BIDART CAMPOS, G. y otros. (1999). El amparo constitucional. Buenos Aires, Depalma, 1999.
- BIANCHI, A. (1992). Control de constitucionalidad. Buenos Aires, Ábaco, 1992.
- EKMEKDJIAN, M.A. (1992). Manual de derecho constitucional. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- LOEWENSTEIN, C. (1983). Teoría de la Constitución. España, Editorial Ariel Barcelona, 1983.
- SOLA, J.V. (2001). Control judicial de constitucionalidad. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- TORICELLI, M. (2002). El sistema del control constitucional argentino. Buenos Aires, Deplama, 2002.
- TORICELLI, M. (1999). "La acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de los intereses difusos". LL 1999-E-754

INSTRUMENTACION DE LA PARTICIPACION CIUDADANA EN MEXICO

Por Julieta Camacho Granados

RESUMEN

México inauguró el siglo XXI con grandes retos en los ámbitos político y social, uno de ellos es el reconocimiento expreso, a nivel federal, de diferentes instrumentos que permitan a los ciudadanos emitir su opinión de manera institucionalizada y legal sobre los asuntos públicos y actos gubernamentales, es decir, instrumentar la participación ciudadana. A través de la ponencia se aborda el estado actual de México en relación con los ordenamientos vigentes en materia de participación ciudadana, así como una valoración sobre los beneficios que implicaría su implementación federal; lo anterior con el fin de sustentar la viabilidad y la oportunidad de reformas legislativas que permitan considerar a la participación ciudadana como una condición indispensable en los sistemas democráticos, plurales e incluyentes.

PALABRAS CLAVE

Participación ciudadana – legislación

INSTRUMENTATION OF CITIZEN PARTICIPATION IN MEXICO

By Julieta Camacho Granados

ABSTRACT

Mexico inaugurated the twenty-first century with political and social challenges, one is the recognize of different federal tools that allow citizens to express their legal and institutional opinion about public affairs and government actions, that is to say, the implementation of the citizen participation. This text analyzes the current state of México in relation with the laws about citizen participation, as well as an appraisal of the benefits its federal implementation, with the purpose to sustain the viability and the opportunity to consider legislative changes that allow citizen participation as a indispensable condition in democratic systems, plurals and inclusive.

KEYWORDS

Citizen participation - legislation

INSTRUMENTACION DE LA PARTICIPACION CIUDADANA EN MEXICO

Por Julieta Camacho Granados *

"Hablar de democracia y callar al pueblo, es una farsa".

Ovidio.

La palabra participación tiene una acepción meramente colectiva y refiere "siempre [a] un acto social" (MERINO, 2001: 9); en este sentido, Rodrigo Borja indica que la palabra participación "tiene interés en la vida política en la medida en que es el ingrediente más importante de la democracia" (1997: 762), empero, ¿qué sucede cuando a la palabra participación se le añade la categoría "ciudadana"? es decir, cuando ambas palabras se funden para formar una sola idea: "participación ciudadana" y es que definir el término que implica dicha unión, inexorablemente requiere de establecer el tiempo, el espacio y aplicación de la misma. En opinión de Mario Constantino Toto "por participación ciudadana se entiende aquel proceso por el cual los sujetos, a título individual o colectivo, desarrollan una acción tendiente a vincular una opinión con los ámbitos público o político" (2000: 509).

Así pues, participación ciudadana implica en sí misma la conjugación de ciudadanos con su entorno, con su gobierno, con su ambiente y con los demás; en este sentido se ubica a la participación ciudadana como el conjunto de acciones que permiten a los ciudadanos emitir una expresión en contra o a favor de algún acto gubernamental o un mero asunto público, y que puede considerarse, además, un motor que pone en marcha el actuar ciudadano a la par del gubernamental o del social.

Empero, debe aclararse que la participación ciudadana puede ser desde un reclamo, una queja, hasta una marcha, un mitin o el mero acto de votar; sin embargo, no es objetivo del presente texto realizar un análisis profundo acerca de todas estas concepciones y actos que implica la participación ciudadana, sino presentar un esquema general de los instrumentos de la participación ciudadana que se aplican en México, es decir, de aquellas figuras legales y formales que permiten a los ciudadanos emitir su opinión sobre temas de interés público o asuntos de orden gubernamental y legislativo, ello bajo el cobijo de un orden institucional y debidamente reglamentado.

Asimismo, se hace uso de la palabra: "instrumentación", que no es otra cosa más que la causa y el efecto de llevar algo a cabo, de ponerlo a funcionar; y es en este sentido, en que a lo largo de las subsecuentes líneas se aborda la aplicación de los siguientes instrumentos de participación ciudadana en México: el referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular y la revocación de mandato. Por lo anterior es que la palabra "instrumentación" evoca,

* Tesista de licenciatura en Ciencias Políticas y Administración Pública por la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); estudiante de la Licenciatura en Desarrollo Municipal y Gobernabilidad en la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH). Diplomada en Derecho Parlamentario por la Universidad Iberoamericana y en

invariablemente, a la posibilidad de poner en marcha esos instrumentos de participación ciudadana, de hacerlos efectivos y de, en un primer momento, reconocerlos legal y constitucionalmente.

José Rafael Núñez Tenorio indica que “todo tipo de régimen político, de cualquier tipo, tiene que ser profundamente democrático” y que “la participación tiene que ser (...) en cientos de formas concretas” (NÚÑEZ, 2001: 156), empero, en México, a pesar de los principios constitucionales¹, no son reconocidos a nivel federal los instrumentos de participación ciudadana más recurrentes como el referéndum, el plebiscito o la iniciativa popular, es por ello que el interés de abordar este tema estriba en que, como una característica de la democracia moderna, se ha señalado el acercamiento entre gobernantes y gobernados; sin embargo, considerando esta condición, es evidente que en México faltan mecanismos que hagan posible esa situación democrática institucional y que permita “una democracia participativa, donde la gente sea más activa en las tomas de decisiones políticas que afectan a su comunidad” (NÚÑEZ, 2001: 156).

En México los ciudadanos no participan formalmente en los asuntos públicos, bien sean de carácter gubernamental o no, y ello deviene, adicionalmente, en un conflicto teórico debido a la esencia del régimen democrático en que el país se desarrolla, razón por la cual las prácticas sociales rompen con la teoría democrática. Un indicativo de lo anterior lo constituye el resultado arrojado por la Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas (ENCUP) 2008 -elaborada por la Secretaría de Gobernación-, pues señala que cerca de la mitad de los entrevistados opinaron que en México estamos más cerca de un gobierno que se impone, que de uno que consulta.

Este país tiene un problema en materia de participación ciudadana que, si bien es actual y vigente, no se trata de un asunto coyuntural, sino de un conflicto de fondo, de raíz, de formación y de estructura, debido a que la falta de participación de los ciudadanos se inserta hoy en día en un contexto donde la gente no sólo ha dejado de creer en los gobernantes, si no que desconfía de ellos y no es para menos, pues en el país se cuentan innumerables casos de corrupción, de fraude, de asesinatos, de amenazas, de promesas incumplidas, de hurtos, de tráfico de influencias; en resumen, asuntos de escándalo político y de falta de compromiso, seriedad y vocación de servicio por parte de la clase gubernamental y política. En este contexto, la ENCUP 2008, “arroja que tres de cada cuatro ciudadanos opina que lo que los diputados y senadores toman más en cuenta al elaborar las leyes, son sus propios intereses o los de sus partidos”, no a los propios ciudadanos; mientras que “las instituciones que registraron los menores porcentajes de confianza fueron los sindicatos, la policía y los partidos políticos”.

Por su parte, resulta ilustrativo indicar que la Encuesta Nacional de Juventud 2005 señala que “las instituciones y personajes calificados [por los jóvenes] con menores niveles son la policía con un promedio de 5.9, los partidos políticos y los diputados federales con 6 y los sindicatos con 6.5” en una escala de 10. El cuestionamiento hasta aquí es ¿las calificaciones mejorarían si existieran mecanismos que abrieran la oportunidad a los ciudadanos para emitir su opinión sobre el actuar de los tomadores de decisiones?, desde el enfoque del presente texto, es muy probable que sí, ya que los ciudadanos serían considerados por los actores gubernamentales en el momento de

Reforma del Estado por la UNAM. Se ha desempeñado en el Poder Legislativo Federal de México y ha sido investigadora del Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República de México.

realizar cualquier proyecto de trascendencia para los gobernados y existiría cierta armonía entre el actuar de los representantes y la opinión de los representados.

Cabe indicar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), reconoce la consulta ciudadana exclusivamente para los siguientes casos: a) dirigida a los pueblos indígenas para definir y desarrollar programas educativos regionales y para la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo, de acuerdo con las fracciones III y XI, respectivamente, de la sección B del Artículo 2; b) el tercer párrafo del apartado A del Artículo 26 a la letra señala “la ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática”; y c) aplica para la elección del Consejero Presidente y de Consejeros electorales del Instituto Federal Electoral (IFE), pues en la fracción V del artículo 41 se indica que “según sea el caso, uno y otros serán elegidos sucesivamente por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, a propuesta de los grupos parlamentarios, previa realización de una amplia consulta a la sociedad”.

Por otra parte, la revocación de mandato refiere a “una variante invertida de la elección de representantes: a partir de una petición popular que debe reunir ciertos requisitos (un número determinado de firmas, por ejemplo) se somete a la aprobación de los votantes la permanencia en su cargo o la remoción de un representante electo antes del plazo determinado por la ley” (PRUD´HUMME, 2001: 25); al respecto la CPEUM y las Constituciones locales de todos los Estados contemplan la revocación de mandato a nivel municipal, sin embargo, para que una remoción proceda debe ser impulsada por el órgano legislativo correspondiente, no directamente por los ciudadanos. Hasta aquí es importante destacar un cuestión especial sobre el tema, ya que únicamente en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federalⁱⁱ se avala la remoción del Jefe de Gobierno, quien es el representante del Poder Ejecutivo en dicha Entidad; sin embargo aunque se trata de un cargo con más presencia política, gubernamental y mediática que los de orden municipal, tal revocación corresponde exclusivamente a la decisión del Presidente de la República y por ende tampoco se considera la intervención ciudadana.

Algunos países de Latinoamérica reconocen en sus respectivas Constituciones algunos instrumentos formales de participación ciudadana, por ejemplo: en la Constitución Política de la República de Chile, se indica en el artículo 5º que “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del **plebiscito**”; la Constitución de la Nación Argentina señala en su artículo 39 que “Los ciudadanos tienen el **derecho de iniciativa** para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados” y en el artículo 40 se menciona que “El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a **consulta popular** un proyecto de ley”; en Colombia el artículo 40 de su Constitución Política menciona que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” y reconoce la **revocación de mandato**, el **referéndum**, el **plebiscito**, **consultas populares** e **iniciativa** en las corporaciones públicas”; asimismo, en la Constitución de la República Federativa de Brasil, su artículo 14 señala que “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (...) mediante:” **plebiscito**, **referendo** e **iniciativa popular**; y, para concluir con los ejemplos, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se contempla en el artículo 70 que “son medios de participación y protagonismo del pueblo en defensa de su soberanía, en lo político: (...), el **referendo**, la **consulta popular**, la **revocación del mandato**, las **iniciativa legislativa, constitucional** y

constituyente, el **cabildo abierto** y la **asamblea de ciudadanos y ciudadanas** cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros” (las negritas de este párrafo son propias).

Ahora bien, es momento de señalar algunos conceptos de los tres instrumentos más recurrentes de participación ciudadana que conforman el eje rector del presente documento:

- **Plebiscito:** ...Votación popular sobre temas de relevancia constitucional (BOBBIO, 1976: 1183) // Acto extraordinario e independiente, en el que se consulta al electorado sobre una cuestión vital del Estado (...) [Empero,] no afecta a actos de índole legislativa o normativa (...) [Por lo que esta asociado a] actos de voluntad popular mediante los cuales el pueblo exterioriza su opinión sobre un determinado hecho de su vida política (DE SANTO, 1999: 679) // Instituto de democracia directa mediante el que se expresa directamente la voluntad del cuerpo electoral sobre una decisión sometida a su consulta (Diccionario Espasa, 2007: 1129).
- **Referéndum:** Institución de una forma de gobierno en la cual las asambleas elegidas (...) deben someter sus decisiones a la aprobación del conjunto de los ciudadanos (DE SANTO, 1999: 747). // Según la materia sobre la que recaen, los referenda pueden ser constitucionales, legislativos o relativos a decisiones políticas no formalizadas todavía en textos de esa naturaleza (Diccionario Espasa, 2007: 1239).
- **Iniciativa popular:** (...) Proyectos legislativos firmados por un cierto número de ciudadanos (Kelsen, 1945: 355).

Instrumentos de participación ciudadana

Es objetivo de este apartado mostrar los instrumentos de participación ciudadana que se reconocen en las 32 Entidades Federativas de México, a fin de conocer el estado de reconocimiento que cada una tiene sobre los mismos; así pues, la información se encuentra actualizada hasta agosto de 2009 y está basada en las Constituciones Políticas locales de cada Entidad y en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y considera la siguiente nomenclatura:

- ✓ = Hay información sobre el tema.
- X = No contempla información para el rubro.

	ENTIDAD	REFERÉNDUM	PLEBISCITO	INICIATIVA POPULAR
1	Aguascalientes	✓	✓	✓
2	Baja California	✓	✓	✓
3	Baja California Sur	✓	✓	✓
4	Campeche	X	X	X
5	Chiapas	X	✓	✓
6	Chihuahua	✓	✓	✓
7	Coahuila	✓	✓	✓
8	Colima	✓	✓	✓
9	Distrito Federal	X	✓	✓
10	Durango	✓	✓	✓

	ENTIDAD	REFERÉNDUM	PLEBISCITO	INICIATIVA POPULAR
11	Guanajuato	✓	✓	✓
12	Guerrero	✓	✓	✓
13	Hidalgo	X	X	✓
14	Jalisco	✓	✓	✓
15	México	✓	X	✓
16	Michoacán	✓	✓	✓
17	Morelos	✓	✓	✓
18	Nayarit	X	X	X
19	Nuevo León	X	X	✓
20	Oaxaca	✓	✓	✓
21	Puebla	✓	✓	✓
22	Querétaro	✓	X	✓
23	Quintana Roo	X	X	✓
24	San Luis Potosí	✓	✓	✓
25	Sinaloa	✓	✓	✓
26	Sonora	✓	✓	✓
27	Tabasco	✓	✓	✓
28	Tamaulipas	✓	✓	✓
29	Tlaxcala	✓	✓	✓
30	Veracruz	✓	✓	✓
31	Yucatán	✓	✓	✓
32	Zacatecas	✓	✓	✓

Con base en el listado anterior, se sabe que 7 de las 32 Entidades Federativas, es decir, el 21. 87% no reconocen en su Constitución Política el referéndum, ni el plebiscito y que sólo Campeche y Nayarit no contemplan ningún instrumento de participación ciudadana señalado en el recuadro.

Leyes de Participación Ciudadana

Debido a que cada Entidad Federativa tiene la facultad de establecer las Leyes que se harán aplicables en su territorio, es que existen Leyes locales de Participación Ciudadana, mismas que establecen, generalmente, de acuerdo con su propia redacción, los instrumentos de participación ciudadana que se pueden aplicar en cada Entidad, así como las condiciones, los términos y requisitos necesarios para su implementación. Sin embargo, sólo 19 de las 32 Entidades, es decir, el 59.37%, cuenta con una Ley en la materia, mientras que en el resto aún no se promulga alguna Ley con el mismo sentido. El dato anterior responde a la información mostrada en la siguiente tabla, que es actualizada hasta agosto de 2009 y considera la siguiente nomenclatura:

- ✓ = Hay información sobre el tema.
- X = No contempla información para el rubro.

	ENTIDAD FEDERATIVA	¿TIENE LEY LOCAL DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA?
1	Aguascalientes	✓
2	Baja California	✓
3	Baja California Sur	✓
4	Campeche	X
5	Chiapas	X
6	Chihuahua ⁱⁱⁱ	X
7	Coahuila	✓
8	Colima	✓
9	Distrito Federal	✓
10	Durango	✓
11	Guanajuato	✓
12	Guerrero	✓
13	Hidalgo	X
14	Jalisco	✓
15	México	X
16	Michoacán	X
17	Morelos	✓
18	Nayarit	X
19	Nuevo León	X
20	Oaxaca	X
21	Puebla	X
22	Querétaro	X
23	Quintana Roo	✓
24	San Luis Potosí ^{iv}	✓
25	Sinaloa	X
26	Sonora	X
27	Tabasco	✓
28	Tamaulipas	✓
29	Tlaxcala ^v	✓
30	Veracruz ^{vi}	✓
31	Yucatán	✓
32	Zacatecas	✓

Es destacable señalar que la Ley de Participación Ciudadana de Coahuila, el Distrito Federal, Guerrero, Tamaulipas y Tlaxcala, son las más detalladas y, si se permite el término, avanzadas en materia de instrumentos de participación ciudadana, ya que incluyen, además de los señalados en el presente texto, los siguientes: Coahuila contempla la colaboración comunitaria y la audiencia pública; el Distrito Federal considera la colaboración ciudadana, la rendición de cuentas, la difusión y audiencia públicas, las redes de Contralorías Ciudadanas, recorridos de Jefes Delegacionales y Asambleas Ciudadanas; por su parte, Guerrero considera la colaboración ciudadana, rendición de cuentas, difusión pública, audiencia pública, recorridos del Presidente Municipal y asamblea ciudadana; Tamaulipas incluye la colaboración vecinal, unidades de quejas y denuncias, la difusión y audiencias públicas y recorridos de los Presidentes Municipales; y, finalmente, a manera de colofón, cabe resaltar que Tlaxcala contempla la figura de voz ciudadana en el Cabildo^{vii}.

Iniciativas sobre participación ciudadana

En el Poder Legislativo federal han sido ya varios los esfuerzos de algunos legisladores para impulsar los instrumentos de participación ciudadana en el orden federal y gradualmente en las Legislaturas del Congreso de la Unión han aumentado las iniciativas presentadas con relación a la materia que nos ocupa; así pues, en la LVIII Legislatura se presentaron 8 iniciativas^{viii} al respecto, en la LIX fueron 14 las presentadas y en lo que hace de la Legislatura LX se tienen registro de 26 iniciativas sobre instrumentos de participación ciudadana. En tales iniciativas se proponen cambios en la Constitución para reconocer diversos instrumentos de participación ciudadana y en algunas, también, se han presentado propuestas para decretar la Ley Federal de Participación Ciudadana correspondiente en donde se establecen los temas, mecanismos, procedimientos y formas en que se llevaría a cabo la participación de los ciudadanos en el país.

Tomando en consideración las condiciones sociales, culturales y políticas de México, se estima que la instrumentación de la participación ciudadana a nivel federal, en un contexto de armonía institucional, contribuirá a:

1. Mejorar la relación entre gobernantes y gobernados;
2. Consolidar la gobernabilidad;
3. Hacer más congruente el sistema democrático representativo;
4. Garantizar derechos políticos y humanos;
5. Legitimar decisiones gubernamentales; y
6. Regular el ejercicio de poder de la élite gubernamental.

Empero, por otra parte, también es fundamental considerar los costos de la participación ciudadana, de acuerdo con Zimmerman (1992) éstos son los siguientes:

1. Incremento del gasto gubernamental.
2. "Las demandas de los ciudadanos (...) pueden demorar la preparación y ejecución de los planes".
3. "Los ciudadanos pueden no ser competentes para juzgar adecuadamente los aspectos técnicos".
4. Punto de vista local.
5. Los individuos participantes "pueden no representar a toda la ciudadanía".
6. Conflicto de valores.
7. Problemas de operación.

Con base en lo anterior, es que la propuesta que aquí presento consiste en que se reconozca de manera formal en la CPEUM, por lo menos el plebiscito, el referéndum y la iniciativa popular como instrumentos de participación ciudadana, a efecto de que se cuenten con parámetros que permitan considerar la opinión de los ciudadanos en diversos temas de orden público y se colabore en el reforzamiento de la institucionalidad del país, así como en la estabilidad política dentro del mismo.

Cabe destacar que la participación ciudadana constituye una condición indispensable en los sistemas democráticos, plurales e incluyentes; asimismo, "la participación activa y amplia de los ciudadanos es esencial para el mejor funcionamiento de las diferentes unidades de gobierno (...) [debido a] que los órganos intermedios no siempre

representan de manera adecuada los puntos de vista de los ciudadanos" (Zimmerman, 1992: 14), por tales razones, la instrumentación de la participación ciudadana en México fortalecería el sistema democrático representativo y abriría un sendero de mayor legitimidad, gobernabilidad y conduciría, inexorablemente, a una mejora constante en la relación entre actores gubernamentales y ciudadanos.

En México existe actualmente un ambiente de violencia exacerbado y de desconfianza en las instituciones y en los políticos, situación ante la cual los ciudadanos se quejan entre sí pero pocos tienen la opción de incidir realmente en la toma de decisiones o de que su voz haga eco de manera profunda en la sociedad; por ende, la sociedad mexicana está virando mayoritariamente hacia la organización ciudadana fuera de los partidos políticos y fuera de intereses políticos o gubernamentales como consecuencia de la falta de vinculación entre los representantes y las opiniones de sus representados, en este sentido, si se acepta el término, México vive una crisis de representatividad puesto que los ciudadanos no se encuentran vinculados ni comunicados con sus representantes formales, ya sean de carácter federal, estatal o municipal, y ello genera desconfianza e incertidumbre sobre la actuación de éstos.

Empero, es necesario reconocer que la instrumentación de la participación ciudadana no sólo conlleva beneficios para la democratización de la sociedad, sino también costos, básicamente de carácter económico; y en este sentido, hay que destacar que la participación ciudadana también requiere acompañarse de una cultura democrática por parte de los propios ciudadanos, por lo cual, una vez reconocidos los instrumentos en la Constitución se abre la posibilidad de iniciar el fomento y aplicación de dicha cultura democrática con base en los principios constitucionales establecidos. En este tenor, se considera aquí que un primer paso para el avance democrático es el reconocimiento expreso de los instrumentos de participación ciudadana, pero ello, por sí solo no garantiza que se aplicarán, sino que será necesaria la colaboración de la sociedad y de los actores gubernamentales para que las decisiones se construyan entre ambos y realmente se apliquen los mecanismos y las decisiones que de ella emanen.

Se reconoce también que poner en práctica instrumentos de participación ciudadana no resolverá totalmente los problemas más sensibles de la sociedad mexicana, pero se confía en que constituyen una alternativa para tratar de satisfacer muchas demandas ciudadanas y buscar soluciones a problemas innecesarios que se presentan hoy en día; lo anterior mediante la recuperación del sentido institucional del sector público con la intervención de los propios ciudadanos, quienes son los beneficiarios o perjudicados directos de las decisiones gubernamentales.

Conclusiones

Con base en las consideraciones anteriores, puede conocerse un panorama de la situación del caso mexicano en materia de instrumentos de participación ciudadana en un nivel formal y legal y percatarse de que la única manera de participar en el ámbito federal es mediante la consulta pública, debido a que no se reconocen más instrumentos en la CPEUM que permitan a los ciudadanos expresar su opinión en asuntos federales. Es evidente que aún faltan algunos ordenamientos legales por adecuar a nivel local; empero, los avances que se han dado en la materia permiten reconocer que se ha dado un gran paso en materia de participación ciudadana y que la mayoría de las Entidades Federativas ya han legislado sobre la materia.

Considerando los instrumentos de participación ciudadana contemplados en las Constituciones locales, la existencia de leyes de participación ciudadana en las Entidades Federativas, la consolidación de instituciones gubernamentales y la presentación de iniciativas ante el Congreso de la Unión, es indiscutible que en México se han exteriorizado señales que nos orientan ya a la construcción de un país más democrático mediante la expresión de la opinión ciudadana traducida en instrumentos formales de participación.

Sin duda, los instrumentos de participación ciudadana permiten conocer a los gobernantes la opinión de las personas sobre algunos temas, lo cual constituye una situación democrática que permite dar cabida a las diferentes opiniones y, con base en ella, tomar decisiones para la comunidad. Sin embargo y, a pesar de los costes señalados, se considera fundamental avanzar en materia democrática, en el empoderamiento de los ciudadanos y en la democratización de la toma de decisiones; será un gran reto para el país entero y sus ciudadanos reajustar los mecanismos y el presupuesto para hacer realidad una congruencia entre teoría y práctica. Por lo anterior, se asegura que México inauguró el siglo XXI con grandes desafíos a futuro en todos los ámbitos; entre otros, el político y el social y, en este sentido, el Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos tiene una gran tarea pendiente: instrumentar en la legislación federal la participación ciudadana y demostrar que efectivamente la élite política del país desea la consolidación de la democracia en todos los ámbitos de la vida social.

Referencias bibliográficas:

- BOBBIO, N. y otros (1976). *Diccionario de Política*, Tomo L-Z, México, Siglo XXI, Séptima Edición en español, 1994.
- BORJA, R. (1997). *Enciclopedia de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, segunda edición, 1998.
- Constitución de la Nación Argentina, página oficial de Internet de la Presidencia Argentina, agosto 2009.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, página oficial de Internet del Tribunal Supremo de Justicia, agosto 2009.
- Constitución de la República Federativa de Brasil, página oficial de Internet de la Presidencia de Brasil, agosto 2009.
- Constitución Política de Colombia, página oficial de Internet de la Presidencia de Colombia, agosto 2009.
- Constitución Política de la República de Chile, página oficial de Internet de la Presidencia de Chile, agosto 2009.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (varias ediciones).
- DE SANTO, V. y otros (1999). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*, Buenos Aires, Editorial Universidad, reimpresión, 1999.

- Diccionario Jurídico Espasa, (2007). Madrid, Fundación Tomás Moro, Editorial Espasa Calpe, 2007.
- Cuarta Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas, México, Secretaría de Gobernación, 2008.
- Encuesta Nacional de Juventud, México, Instituto Mexicano de la Juventud, 2005.
- KELSEN, H. (1945). *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- MERINO, M. (2001). *La participación ciudadana en la democracia*, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, Número 4, México, Instituto Federal Electoral, Cuarta Edición, 2001.
- NÚÑEZ, J. (2001). "Nuevas alternativas para la transformación de la democracia", en MAERK, J. (coordinador), *¿Cómo democratizar la democracia?*, México, Plaza y Valdés, 2001, 153-157.
- PRUD'HUMME, Jaen-François, (2001) *Consulta popular y democracia directa*, Cuadernos de la Cultura Democrática, Número 15, México, Instituto Federal Electoral, Segunda Edición, 2001.
- TOTO, M. C. (2000). "Participación ciudadana", en BACA, L. y otros, *Léxico de la Política*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-CONACYT-Fundación Heinrich Boll, FCE, 2000, 509-511.
- ZIMMERMAN, J. F. (1992). *Democracia participativa. El resurgimiento del populismo*, México, Editorial Limusa, Primera edición, 1992.

NOTAS

ⁱ En el Artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) se indica que "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno"; a su vez, el Artículo 40 indica que "es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, **democrática**, federal" (negritas propias).

ⁱⁱ El Distrito Federal tiene una estructura jurídica diferente a la de los Estados ya que es la Ciudad de México y capital de los Estados Unidos Mexicanos, según lo estipula el Artículo 44 de la CPEUM; por tanto no tiene propiamente una Constitución Local, sino un Estatuto de Gobierno.

ⁱⁱⁱ Del 23 de marzo al 17 de abril de 2009 se convocó a los Foros de Consulta sobre el Proyecto de Ley de Participación Ciudadana del Estado de Chihuahua; sin embargo, dicha Ley no se ha promulgado.

^{iv} Se llama Ley de Referéndum y Plebiscito.

^v Se llama Ley de Consulta Ciudadana.

^{vi} Se llama Ley de Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular.

vii Subrayados propios.

viii Para conocer el detalle de las iniciativas, véase CAMACHO, J. (2008), *Balance de las Iniciativas Presentadas desde la LVIII Legislatura ante el Congreso de la Unión en materia de Participación Ciudadana* [en línea]. México, Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República "Belisario Domínguez", 2008.



Ponencias de Derecho Internacional

**PRIMERAS JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES: SOCIEDAD, DERECHO Y ESTADO EN CUESTIÓN**

**RELACIONES INTERNACIONALES, DERECHO
INTERNACIONAL E INTEGRACIÓN REGIONAL**

Luciana B. Scotti*

Los días 28, 29 y 30 de octubre se desarrollaron las *Primeras Jornadas para jóvenes investigadores en Derecho y Ciencias Sociales: Sociedad, Derecho y Estado en cuestión*, organizadas por un grupo de becarios y jóvenes investigadores del Instituto "Ambrosio L. Gioja". En el marco de dichas Jornadas, funcionaron las Comisiones de Relaciones Internacionales, Derecho de la Integración y Derecho Internacional, bajo la coordinación de Javier Echaide y Luciana Scotti, con la presentación y defensa de varias ponencias sobre múltiples cuestiones atinentes a tales áreas.

Las Relaciones Internacionales son una disciplina de contenido amplio, propio de su carácter eminentemente interdisciplinario. De allí que, frecuentemente, se la identifica como una disciplina marco o matriz.

Ello se puede verificar, en efecto, en la variada gama de temas abordados por quienes presentaron ponencias ante la "Comisión de Relaciones Internacionales", que sesionó en la Sala Nicolás Avellaneda del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" el día 28 de octubre de 2009. Así es como en ***Lineamientos de la política exterior argentina luego de la crisis del 2001***, Miguel Agustín Torres (abogado UBA, becario CONICET) analiza el rumbo de la política internacional del país y del sentido asignado a determinados vínculos desde el colapso de diciembre del 2001 hasta los primeros meses del gobierno de Cristina Fernández.

A su turno, en ***Legalidad y legitimidad en la edad del alma desilusionada***, Federido Rojas de Galarreta (abogado UBA) expone su visión acerca de la licitud – ilicitud del uso de las armas nucleares en el sistema de relaciones internacionales imperante.

Por último, en ***Los "no lugares"***, Verónica Lescano Galardi (abogada y doctoranda UBA) indaga sobre este novedoso concepto, característico de la Sociedad Global, sucesora en nuestros días de la Sociedad Internacional, en donde los espacios "virtuales" conviven con los espacios territoriales.

Las mencionadas ponencias demuestran un alto grado de solidez en cuestiones que permiten apreciar la vigencia, actualidad y multiplicidad temática que encierran las Relaciones Internacionales.

Por otra parte, los procesos de integración regional son actores protagónicos del escenario en el que hoy se tejen y destejen los hilos de las relaciones internacionales. Efectivamente, una de las características de la "aldea

* Doctora en Derecho, Magister en Relaciones Internacionales, Abogada (UBA). Profesora adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración (Facultad de Derecho, UBA). Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Integrante de la Comisión de Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales.

global", según la ya clásica expresión utilizada por Lester Brown, es la conformación de espacios integrados de diverso grado de profundidad y compromiso. En efecto, la integración ocupa un lugar destacado en la agenda política de los Estados y es considerada por un número relevante de autores como el fenómeno internacional de mayor importancia de cara al siglo XXI.

En este sentido, se suele señalar que estos bloques regionales comparten en la actualidad un rol protagónico con los Estados nacionales en el escenario de las relaciones internacionales. El dato de la cooperación que conlleva este fenómeno ha permitido a idealistas o liberales transnacionalistas demostrar con ejemplos concretos sus teorías. Y pese a que los teóricos del realismo continúan sosteniendo el papel central de los Estados, incluso ellos han reconocido en sus versiones más modernas y moderadas un lugar a estos nuevos actores. En efecto, al menos desde la posguerra fría, tanto para unos como para otros, los procesos de integración regional forman parte de sus respectivas agendas de investigación, aún cuando cada teoría de las relaciones internacionales pone el acento en diversos matices.

En suma, los esquemas de integración regional afectan, condicionan el comportamiento de los Estados y de otros actores de la escena internacional, así como al propio sistema internacional.

En efecto, las temáticas abordadas en la "Comisión de Derecho de la Integración", que sesionó en el Salón de Usos Múltiples Avellaneda del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" el día 29 de octubre de 2009, dan cuenta de las diversas dimensiones de la integración regional: social, cultural, política, económica, jurídica; y de la incidencia que tiene cada vez más en las relaciones jurídicas de derecho público y privado.

En América Latina, el regionalismo no es un fenómeno de los últimos años. En efecto, tras la independencia de muchos países de la región, se propusieron diversas iniciativas de unión política. Sin embargo, fue necesario esperar hasta la segunda mitad del siglo XX, durante la cual, aún cuando no todos fueron exitosos, comenzaron a vislumbrarse serios proyectos de integración. Así, encontramos el emprendimiento de ambiciosos desafíos con mayor o menos dosis de realismo: la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) de 1960 que veinte años más tarde y ante su fracaso se convirtió en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI); el Mercado Común Centroamericano (MCCA) de 1960, actualmente Sistema de Integración Centroamericano; el Grupo Andino de 1969, que desde el Protocolo de Trujillo de 1996, se convirtió en la Comunidad Andina de Naciones (CAN), y la Asociación de Libre Comercio del Caribe, actualmente CARICOM (Comunidad del Caribe).

El principal promotor de estos proyectos de integración regional fue la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) como vía para dar solución a los problemas abiertos por el proceso de sustitución de importaciones en América Latina.

A estas viejas iniciativas se han sumado desde la década de los años noventa una treintena de casos de "nuevo regionalismo" o "regionalismo abierto" que abarcan áreas de preferencias arancelarias, zonas de libre comercio o uniones aduaneras con objetivos en la mayoría de los casos menos ambiciosos, y limitados en líneas generales al ámbito económico-comercial.

Lo cierto es que todas estas iniciativas de integración, en mayor o menor medida, buscan ser un medio para lograr un mayor desarrollo socio - económico, la inserción internacional en un mundo globalizado, el mejoramiento de las condiciones de vida de sus habitantes y en alguna medida, el logro de cierta autonomía de la región y de los Estados que la conforman.

De este fenómeno en América Latina se ocupa Javier Segovia (estudiante UBA) en su ponencia ***La Patria Grande: nuevas tendencias de integración latinoamericana***, en la cual procura un análisis de los éxitos y fracasos de cada proyecto integracionista, sus implicancias en medidas concretas y, entre otras materias, la temática del regionalismo abierto frente a la Globalización.

Por su parte, una de las dimensiones del fenómeno plurifacético de la integración regional es la jurídica, constituida por todas aquellas normas que tienen por objeto regularlo. Así nos encontraremos con normas internas de los Estados partes de un espacio integrado, en particular las disposiciones constitucionales que se refieren a la integración regional, en general desde su dimensión política; y otras normas internas de inferior jerarquía que internalizan, cuando así se exige, reglas elaboradas por los órganos del bloque; tratados internacionales a través de los cuales se constituyen y se les da estructura a estos espacios (derecho constitutivo o primario), otras convenciones elaboradas en su seno; así como aquellas normas emanadas de los órganos creados (derecho derivado o secundario), que deberán o no ser incorporadas por los Estados, según lo que dispongan las propias normas constitutivas. De este modo, nos enfrentamos a una compleja amalgama de normas, cuyos alcances y jerarquías suelen ser difíciles de desentrañar.

Indaga sobre esta delicada cuestión, Véronica Fuente (estudiante UBA), en su ponencia ***Naturaleza jurídica de la normativa derivada emanada de los órganos del Mercosur***, en la que procura determinar la naturaleza jurídica de las normas derivadas de los órganos del MERCOSUR y su jerarquía normativa.

Otra de las cuestiones que inciden en la integración regional y requieren de una política común, o al menos de una armonización de legislaciones en la materia es el fenómeno migratorio, que afecta tanto a los particulares involucrados, como a los Estados de origen, tránsito y recepción de los inmigrantes.

Los flujos migratorios hacia la Unión Europea han dado lugar a tensiones tanto intracomunitarias como extracomunitarias, con motivo en general, de políticas unilaterales de sus Estados miembros, en muchos casos contradictorias entre sí.

De algunas aristas de esta compleja problemática se ocupa Florencia Lebensohn (abogada y docente UBA), en su ponencia ***Los acuerdos de readmisión: un jaque a los derechos humanos en el seno de la Unión Europea***, en la cual destaca las consecuencias perjudiciales que implica la asimilación entre inmigración irregular y refugiados por parte de la política migratoria en boga en Europa, en el marco de un régimen de protección internacional de los refugiados.

También sobre el fenómeno de la inmigración, publicamos en esta ocasión la ponencia ***La migración y los derechos del niño***, de autoría de la María Laura Serra (Abogada, becaria UNMdP), presentada en la "Comisión de Derecho Internacional", que sesionó en la Sala Nicolás Avellaneda del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" el día 29 de octubre de 2009. En este trabajo, la ponente se ocupa de un trascendente tema, relativo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en particular, a la Protección de los Derechos del Niño, a través del estudio del impacto de la migración en los derechos de los niños y del análisis comparativo de las legislaciones y políticas migratorias de Estados latinoamericanos, "pretendiendo generar una visión común respecto a la migración y los derechos de los niños y niñas, creando un marco teórico donde ellos estén considerados como sujetos de derechos, amparados por la Convención de los Derechos del Niño", tal como destaca la autora.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMATIVA DERIVADA EMANADA DE LOS ÓRGANOS DEL MERCOSUR, SU INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y JERARQUÍA NORMATIVA EN MATERIA ADUANERA RESPECTO A LAS LEYES EMANADAS DEL CONGRESO DE LA NACIÓN DE ACUERDO AL ART. 75 INC. 1

Por Verónica Claudia Fuente

RESUMEN

En el presente trabajo tuve como objetivo determinar la naturaleza jurídica de las normas derivadas de los órganos del MERCOSUR y su jerarquía normativa, a fin de establecer si las mismas, al colisionar con la normativa nacional, son de rango superior o inferior a las locales.

En esta ponencia, la colisión se sucede en las leyes nacionales de derecho aduanero con las emanadas de los órganos del MERCOSUR.

Para lograr el objetivo propuesto me basé en un gran abanico doctrinal y jurisprudencial, con el fin de ir adoptando una opinión personal respecto al tema.

Luego de estudiar el tema, llegué a la conclusión que las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR, pueden requerir o no su incorporación al Estado parte, esto dependerá del tipo de norma que se trate, si se las considera derecho comunitario tendrán jerarquía superior a la normativa local, de lo contrario serán inferiores.

PALABRAS CLAVE

Naturaleza jurídica - Normativa originaria - Normativa derivada - MERCOSUR - Protocolo de Ouro Preto -
Jerarquía normativa

**“LEGAL NATURE OF THE LEGISLATION ENACTED
BY BODIES OF THE MERCOSUR, ITS
INCORPORATION TO THE ARGENTINE LEGAL
SYSTEM AND HIERARCHY OF CUSTOMS
LEGISLATION REGARDING THE LAWS ENACTED
BY THE ARGENTINE CONGRESS IN ACCORDANCE
WITH SECTION 75, SUBSECTION 1 OF THE
ARGENTINE CONSTITUTION.”**

By Verónica Claudia Fuente

ABSTRACT

The purpose of this paper was to determine the legal nature of the legislation enacted by bodies of the MERCOSUR (Southern Common Market) and its hierarchy, in order to establish, should they collide with Argentine legislation, whether they shall have a higher or a lower hierarchy than domestic legislation

In this paper, the collision takes place between the Argentine customs laws and the laws enacted by bodies of the MERCOSUR.

In order to achieve such purpose, we shall use a wide range of opinions of scholars and case law as grounds to adopt a personal opinion on the subject.

After studying this issue, we reached the conclusion that the legislation enacted by bodies of the MERCOSUR may require the contracting State to incorporate it or not, but this shall depend on the kind of rule in question; however, if it is considered community law, it shall have a higher hierarchy than domestic legislation.

KEYWORDS

Legal nature - Original legislation - Derived legislation - MERCOSUR - Protocol of Ouro Preto - Legislation hierarchy

NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMATIVA DERIVADA EMANADA DE LOS ÓRGANOS DEL MERCOSUR, SU INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y JERARQUÍA NORMATIVA EN MATERIA ADUANERA RESPECTO A LAS LEYES EMANADAS DEL CONGRESO DE LA NACIÓN DE ACUERDO AL ART. 75 INC. 1

*Por Verónica Claudia Fuente**

1.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMATIVA DERIVADA EMANADA DE LOS ÓRGANOS DEL MERCOSUR.

1.1.- Los Tratados Internacionales como “actos federales complejos”

La doctrina, representada por Rousseau, afirma que el tratado internacional es una “operación procesal”, lo que se denomina un “acto federal complejo”, que se perfecciona a través de la ejecución de una serie de actos concatenados y por la intervención de más de un órgano de cada uno de los Estados, es decir, el PEN en la negociación y firma, el PLN en la aprobación y nuevamente el PEN en la ratificación.

Sin embargo, existe una categoría de tratados internacionales que no comparte la calificación de “acto federal complejo” por cuanto son “celebrados en forma simplificada” en los cuales interviene solamente el PEN, con exclusión del PLN. Son los denominados “acuerdos ejecutivos”.

1.2.- Tratados celebrados en forma simplificada

Como señala DE LA GUARDIA, hay que recordar que el *Harvard Draft* en 1931 excluía a los tratados internacionales celebrados en forma simplificada de la categoría de Tratados Internacionales por cuanto constituían instrumentos que poseían firma, pero carecían de ratificación, lo cual provocó resistencias. Según el autor es innegable que desde mucho antes y al margen de las controversias académicas, la práctica de los Estados (derecho consuetudinario) concedía pleno valor de tratado internacional a instrumentos no ratificados. La CPIJ en 1931 reconoció definitivamente el hecho, desde el punto de vista jurídico, en su OC sobre el “Régimen aduanero entre Alemania y Austria”. La identidad esencial era, así, reconocida por encima de toda diferencia de forma. La Convención de Viena de 1969 termina definitivamente con la distinción entre tratados internacionales formales y no formales, ya que atribuye a ambos los mismos efectos.

* Estudiante de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante alumna en la Cátedra de Derecho Internacional Público Vinuesa – Míguez, en la misma casa de estudios.

No cabe duda de que la práctica moderna tiende a procedimientos de concertación ágiles y menos formales. Sólo un cuarto, aproximadamente, de los tratados internacionales de las últimas décadas han exigido ratificación como requisito para su perfeccionamiento jurídico.

Siguiendo a DE LA GUARDIA, hay que tener presente que las posiciones opuestas hacen hincapié en la problemática desde el punto de vista del derecho constitucional, que exigiría un contralor legislativo en lo concerniente a la celebración de tratados internacionales. Para aquellos Estados cuyo derecho interno determina que el *treaty-making power* está dividido entre el PEN y el PLN, no resultaría posible adoptar, sin más, la nueva regla de la doctrina moderna, pues contradeciría la letra de sus CN.

De todas maneras, desde el punto de vista del derecho interno, la validez de los acuerdos en forma simplificada no admite dudas hoy en día. Por el contrario, la cuestión de su validez en el derecho interno y constitucional continúa planteando problemas, hasta que los Estados no se decidan a reconocer en su derecho interno la práctica que desarrollan activamente en sus relaciones internacionales.

Los artículos 12 y 13 de la Convención de Viena de 1969¹ tienden a reglar, en el ámbito del derecho interno positivo, la cuestión de los acuerdos vinculatorios para los Estados mediante la sola firma o el canje de instrumentos, con prescindencia de los procedimientos previstos por el sistema formal.

Este tipo de convenios que la doctrina francesa llama "acuerdos en forma simplificada" ha sido caracterizado por Rousseau como "acuerdos internacionales concluidos en el momento de la firma de una manera directa y definitiva, sin que sea necesario ratificarlos". Y también: "la existencia o la ausencia de ratificación constituye el único criterio jurídico válido para diferenciar los tratados propiamente dichos de los compromisos internacionales que adoptan el procedimiento simplificado".

Acuerdos en forma simplificada son, entonces, todos los convenios que no responden a la forma tradicional, no exigiendo, para su perfeccionamiento, la ratificación otorgada por la autoridad investida por el derecho interno con la competencia para celebrar tratados internacionales. Como señala MONCAYO, VINUESA Y GUTIERREZ POSSE, son acuerdos internacionales cuyo proceso de conclusión incluye solamente una etapa de negociación y firma, materializándose, comúnmente, en varios instrumentos separados. Por lo tanto, estos acuerdos quedan definitivamente concluidos por medio de los negociadores que han intervenido en la celebración: ministros, embajadores, delegados, etc., lo cual no significa que el acuerdo se haya concluido al margen de la autoridad investida del *treaty-making power*. En rigor debe interpretarse que, en el ámbito del ordenamiento jurídico dicha autoridad ha delegado su facultad, es decir, autorizado expresa o tácitamente el acto. Por lo demás, desde el punto de vista

¹ **Art. 12.** Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la firma. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante:

- a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto;
- b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; o
- c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

2. Para los efectos del párrafo 1:

- a) la rubrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido;
- b) la firma "ad referendum" de un tratado por un representante equivaldrá a la firma definitiva del tratado si su Estado la confirma.

Art. 13. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante el canje de instrumentos que constituyen un tratado. El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestará mediante este canje:

- a) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o
- b) cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.

internacional, esa delegación es inobjetable, puesto que no sólo ha sido aceptada por las normas del derecho consuetudinario, sino que, desde la sanción del artículo 12 de la Convención de Viena de 1969 se ha convertido en una norma positiva.

El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de 1962 contenía una definición de tratado internacional "en forma simplificada". Es la siguiente: "Todo tratado celebrado por canje de notas o de cartas, minuta aprobada, memorando de acuerdo, declaración conjunta u otro instrumento concertado de esa misma manera". Pero en 1966 la CDI cambió de criterio y evitó esa definición por considerar que estaba incluida en la definición del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969².

1. 3.- Los Tratados celebrados en forma simplificada y el ordenamiento jurídico interno:

1.3.1.- El sistema jurídico argentino

Como señala HUGO MANSUETI, para el derecho constitucional argentino, los acuerdos ejecutivos no revisten la condición de instituto novedoso. GONZÁLEZ CALDERÓN se refería a este tipo de acuerdos en 1927, sosteniendo que "*ninguno de ellos afectó la CN y las leyes de nuestro país, ni las modificó o dejó sin efecto, ni invalidó las esferas ordinarias del cuerpo legislativo, ni se refirió más que a cuestiones de orden administrativo o diplomático*" y como ejemplo cita los numerosos acuerdos internacionales suscriptos por el PEN y sin acuerdo del Congreso vinculados al intercambio del servicio postal.

ALBERTO BIANCHI complementa esa nómina citando otros tantos acuerdos ejecutivos sobre cooperación técnica (suscripto con los Estados Unidos el 29/7/1955 referido a la utilización de la energía atómica en el campo civil); comercio y pagos (convenio suscripto con Gran Bretaña el 31/3/1955 y convenio suscripto con Suecia relativo a filmes cinematográficos, el 12/6/1961); asuntos financieros (contrato de empréstito suscripto con el Banco para la Reconstrucción y el Desarrollo, Washington, 30/6/1961. Convenio con Gran Bretaña sobre tasas de cambio de 20/1/1960. Convenio con el Japón sobre excepción recíproca de visa del 20/12/1961); sanidad animal (acuerdo zosanitario con el Gobierno japonés del 20/12/1961); servicio militar (Convenio con el Gobierno danés suscripto

² **Art. 2.** Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención:

- a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;
- b) se entiende por "ratificación", "aceptación", "aprobación" y "adhesión", según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;
- c) se entiende por "plenos poderes" un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado;
- d) se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado;
- e) se entiende por un "Estado negociador" un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado;
- f) se entiende por "Estado contratante" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado;
- g) se entiende por "parte" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor;
- h) se entiende por "Tercer Estado" un Estado que no es parte en el tratado;
- i) se entiende por "organización internacional" una organización intergubernamental.

2. Las disposiciones del párrafo 1 sobre los términos empleados en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado.

el 28/11/1962); donaciones (Convenio con los Estados Unidos por medio del cual se otorga a la Argentina una donación de materiales y elementos para la investigación nuclear, celebrado el 9/9/1959); exenciones impositivas (Convenio sobre la doble imposición con el Gobierno de Grecia del 21/3/1950); transporte aéreo (Convenio con Gran Bretaña del 17/11/1959), concluyendo que dicha reseña pone de manifiesto que estos acuerdos se han convertido en una práctica habitual en nuestras relaciones internacionales.

Como antecedente jurisprudencial se puede mencionar el caso "William Todd" basado en un acuerdo ejecutivo celebrado entre Estados Unidos y la Argentina el 3 de octubre de 1956 por el cual se le confería inmunidad de jurisdicción a la delegación militar norteamericana, de la que formaba parte el Sargento William Todd. Fue cuestionada dicha inmunidad en un proceso por daños y perjuicios, y la decisión de la CSJN fue favorable a la validez de dicho acuerdo, aún cuando el mismo carecía de (aprobación) ratificación por parte del Congreso.

1.4.- Las normas de los Órganos del MERCOSUR

Previo a diferenciar las normas originarias de las derivadas de los órganos del MERCOSUR, estableceremos el significado de Derecho Comunitario, del cual surgen ambos tipos de normas.

El concepto de Derecho Comunitario ha sido generalmente asociado al término supranacionalidad. ALVAREZ, cita en su texto Derecho de la Integración y Derecho Comunitario, a ARBUET VIGNALI, quien conceptualiza al derecho comunitario "*como un sistema intermedio en el cual los Estados partes, por un acto de su voluntad soberana y en ejercicio pleno de su soberanía acuerdan, en el marco del Derecho Internacional Público, crear órganos comunitarios, diferentes de los órganos intergubernamentales*".

1.4.1 Las normas originarias de los Órganos del MERCOSUR

Las normas originarias del MERCOSUR, son las establecidas en los apartados I y II del artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto; estas son: El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios; Los Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos.

Estas normas son propias del derecho internacional público y se rigen por las disposiciones del llamado derecho de los tratados. Dentro del territorio de cada uno de los Estados miembros, estas fuentes originarias tendrán la jerarquía asignada por sus propias constituciones y ordenamientos internos.

Si consideramos a las normas sobre materia aduanera como fuentes originarias de los órganos del MERCOSUR, no cabría discusión alguna respecto a su obligatoriedad y jerarquía dentro del territorio de la República Argentina, pero el problema se origina cuando, como veremos a continuación, se llega a la conclusión que dichas normas son fuente derivada de los órganos del MERCOSUR.

1.4.2 Las normas derivadas de los Órganos del MERCOSUR

Las normas derivadas de los órganos del MERCOSUR, son las establecidas en el apartado III del artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto, por lo tanto, serán fuente derivada: las Decisiones del Consejo del Mercado Común,

las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

Estas normas, comúnmente de alcance general, son las dictadas por los órganos competentes del MERCOSUR, en base a las facultades otorgadas por los Estados miembros del mismo.

Se encuentran regidas en los artículos 37 y 38 del Protocolo de Ouro Preto³, en cuanto que las mismas serán creadas con la presencia de los representantes de todos los Estados parte y posteriormente deberán ser incorporadas al derecho interno de cada uno.

La discusión acaecida en esta ponencia surge respecto de estas normas, ya que en algunos supuestos hay contradicciones entre las normas derivadas, dictadas por los órganos competentes del MERCOSUR y la legislación interna de alguno de los países miembros, por lo tanto habría que determinar la jerarquía de una y otra para así aplicar la que corresponda.

Esto es lo que sucede en la República Argentina con ciertas normas aduaneras, dictadas por los órganos del MERCOSUR contenidos en el artículo 2 del Protocolo de Ouro Preto⁴, y las dictadas por el Congreso de la Nación de acuerdo al artículo 75 inciso 1° de la Constitución Nacional⁵.

1.5.- Naturaleza jurídica de las normas derivadas de los órganos del MERCOSUR

Dice BARREIRA “[a] tenor del criterio amplio que otorga al concepto de “tratado” el art. 2, apartado 1, inciso a) de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969, se puede decir que estas decisiones, resoluciones y directivas participan de las características de los “acuerdos ejecutivos” o “acuerdos celebrados en forma simplificada” – refiriéndose a las Decisiones del Consejo Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio.

MANSUETI, Hugo en su trabajo “MERCOSUR y derecho”, cita al Dr. Perotti, Alejandro, quien dispone “*el ordenamiento de nuestro proceso de integración – se está refiriendo al MERCOSUR – participa de los caracteres propios de un sistema normativo comunitario (efecto directo, primacía y efecto inmediato); o, para decirlo claramente, entendemos que el Derecho MERCOSUR es Derecho comunitario en el sentido técnico de la expresión*”.

En cuanto a jurisprudencia, la Dra. ALVAREZ, en su texto “Derecho de la integración y Derecho comunitario” dispone “*En el Tercer Laudo, que enfrentó a Brasil y la Argentina por motivos de salvaguardias que había impuesto el segundo a las importaciones brasileñas de tejido de algodón, el Tribunal expresó que en virtud de lo avanzado del proceso de integración que vive el MERCOSUR las relaciones comerciales «deberán basarse en la regla de derecho» lo que implica que las medidas comerciales «deberán fundarse en acuerdos que creen vínculos jurídicos y no en medidas unilaterales tomadas por los miembros, sin fundamento jurídico alguno».*

³ **Art. 37** Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes.

Art. 38 Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo.

Parágrafo Unico - Los Estados Partes informarán a la Secretaría Administrativa del Mercosur las medidas adoptadas para este fin.

⁴ **Art. 2** Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur.

⁵ **Art. 75.-** Corresponde al Congreso: **1.** Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.

En el primer Laudo Arbitral de 1999, que también tuvo como partes a Argentina y Brasil en un asunto sobre restricciones no arancelarias que imponía el segundo, el Tribunal ad hoc consideró que la referencia a la eliminación de los obstáculos arancelarios y no arancelarios, contenida en el Derecho MERCOSUR, en especial en lo que hace a la "obligatoriedad del desmantelamiento y de una fecha común para materializarlo" provoca que «ambas cosas [queden] al margen de la voluntad de los Estados Partes, es decir, con el carácter de una obligación precisa y concreta»

Estas normas, son de efecto inmediato y por lo tanto no necesitarían ninguna norma del derecho nacional que la internalice.

Para PEROTTI, quienes no comparten este punto de vista tienen fundamento en la norma, que él denomina "lamentable", refiriéndose al artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto⁶, ya que esta norma determina que los Estados deberán incorporar al ordenamiento jurídico nacional, adoptando las medidas que sean necesarias, las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR, luego comunicar esta incorporación a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, una vez recibidas todas las comunicaciones de los Estados Parte, la Secretaría notificará a los mismos de esta situación, y finalmente, transcurridos 30 días desde esta última notificación comenzará a tener vigencia la norma de que se trate.

Mientras, el artículo 42 del mismo protocolo⁷, a su vez, determina que esta incorporación se deberá realizar cuando fuese necesario.

Concluye Alvarez que "una disposición emanada de los órganos del MERCOSUR necesitará ser internalizada en los supuestos en que (i) la misma norma comunitaria lo prescriba ; (ii) o cuando la norma MERCOSUR no sea operativa y por tal motivo necesite del complemento normativo del legislador nacional".

Estas opiniones doctrinarias, tanto del derecho originario como del derivado, con más los laudos arbitrales traídos nos permiten llegar a la conclusión que "el ordenamiento MERCOSUR tiene primacía sobre los derechos internos de los Estados miembros."⁸ Pero no el derecho derivado, sino solamente en cuanto al derecho comunitario y originario. Esto siguiendo la línea de pensamiento del Dr. Barreira.

⁶ **Art. 40** Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo deberá seguirse el siguiente procedimiento:

i) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur;
ii) Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado Parte;
iii) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas, por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.

⁷ **Art. 42** Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.

⁸ PEROTTI, Alejandro Daniel, *op.cit.*, pág.82. Citado por Alvarez, Elsa. Derecho de la Integración y Derecho Comunitario. Disponible en http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PUBLICO/integracion-comunitario.htm#_ftn21

2.- SISTEMA DE INCORPORACIÓN DE LA NORMATIVA DERIVADA EMANADA DE LOS ÓRGANOS DEL MERCOSUR:

2.1.- Análisis del art. 42 del Protocolo de Ouro Preto:

El Artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto dispone *"las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el Artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país"*.

"Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo (...)"

Los órganos a los que se refiere este artículo son el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR, estos son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental.

(...) tendrán carácter obligatorio (...)"

De acuerdo a este artículo los Estados deberán cumplir con todas las normas que deriven de estos órganos sin poder apartarse de las mismas.

(...) y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país".

Por lo tanto los Estados no podrían, de acuerdo a este artículo, basarse en que no han incorporado las normas dictadas por los órganos del MERCOSUR, para no cumplir con las mismas, ya que una vez que fueron dictadas, aquellos que requieren de la incorporación del Derecho Internacional en el derecho interno, deberán hacerlo de inmediato a fin de comenzar con el cumplimiento de las mismas.

2.2.- Proceso de inernalización y entrada en vigencia de las normas derivadas de los órganos del MERCOSUR en el derecho interno

El artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto dispone *"los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos MERCOSUR"*.

El artículo 40 determina el proceso de internalización compuesto por 3 pasos consecutivos: el primero establece que *"una vez aprobada la norma, los Estados Partes, adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del MECOSUR"*, el segundo regula que *"cuando todos los Estados partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR comunicará el hecho a cada Estado Parte"*, y finaliza el procedimiento con el tercer paso que determina que *"las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR"*.⁹

RIVAS sostiene, como observamos hasta aquí, que ninguna normativa [del MERCOSUR] es de aplicación directa en los Estados Partes, y requiere, necesariamente, la internalización de éstos por parte de las instituciones correspondientes.

Siguiendo esta misma posición, MANSUETI agrega, que no en todos los casos rige el requisito de incorporación del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto, ya que el artículo 42 del mismo establece que las normas derivadas serán incorporadas al derecho interno cuando sea necesario. Por lo tanto dentro de las fuentes jurídicas

⁹ Rivas, Eduardo. Adopción e internalización de la normativa comunitaria en el seno del MERCOSUR: Un repaso histórico. Disponible en <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/la/06/er.htm>

derivadas encontramos aquellas normas cuya entrada en vigor requieren la previa incorporación al derecho interno y las que entran en vigencia una vez aprobadas por los órganos del MERCOSUR.

Por otro lado VERVAELE, mantiene una postura contraria, cuanto considera que no es necesaria que se haya incorporado la norma al derecho interno para que ésta sea obligatoria para los Estados parte del MERCOSUR, sosteniendo “*El MERCOSUR (...) resulta afectado (...) por el hecho de que los Estados Partes no incorporan un gran número de decisiones obligatorias, que como consecuencia no pueden crear derechos y obligaciones para los sujetos de derecho. En el caso de los conflictos comerciales (...) se alega que partes específicas del Derecho del MERCOSUR (...) no han sido todavía incorporadas al Derecho nacional y que por ello todavía no son obligatorias para los Estados Partes. Los tribunales arbitrales ad hoc han emitido ya varios interesantes laudos relativos a estos conflictos comerciales y al libre movimiento de mercancías. En el caso antidumping entre Brasil y Argentina sobre la importación de pollos (2001) el tribunal arbitral ad hoc rechazó expresamente este argumento de los Estados Partes. (...) Por lo tanto, aun cuando la norma no haya sido incorporada por todos los Estados Partes y por consiguiente no haya entrado en vigor, el instrumento jurídico es obligatorio y no se permite a las partes tomar medidas que sean contrarias al texto y filosofía que está detrás del mismo. Esto puede inferirse del deber de incorporar y del principio de lealtad al MERCOSUR. En pocas palabras, el carácter obligatorio es absoluto entre los Estados Partes. En caso contrario cualquier Estado Parte podría minar la naturaleza obligatoria no incorporando*”.

3.- JERARQUÍA NORMATIVA

3.1.- Análisis del art. 75 inc. 1º y la problemática que deriva de la colisión de las leyes aduaneras dictadas por el Congreso con las emanadas de los órganos del MERCOSUR

El artículo 75 inc. 1º de la CN¹⁰, delega al Congreso la facultad de dictar las leyes sobre materia aduanera y establecer los derechos de importación y exportación.

De acuerdo a este artículo todo lo normado en materia aduanera debería emanar del Congreso, por lo tanto, una norma dictada por los órganos del MERCOSUR, debería previamente ser adoptada por ley del Congreso para entrar en vigencia en el territorio nacional.

A la vez, nos encontramos con que el artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto determina que todas las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR son obligatorias para los Estados partes. Este Protocolo es adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR, el cual tiene jerarquía superior a las leyes.

La problemática surge al momento de analizar las leyes aduaneras dictadas por el Congreso de la Nación con las emanadas de los órganos del MERCOSUR, ya que en muchos puntos estas son contrarias.

Frente a esta situación, qué norma habría que aplicar? La ley dictada por el Congreso bajo las facultades delegadas por la Constitución Nacional o aquellas aprobadas por Resolución, pero que emanan de los órganos del MERCOSUR y que, debido a que derivan del Protocolo de Ouro Preto debieran tener jerarquía superior a las leyes?

Establece BARREIRA “*el Consejo Mercado Común del MERCOSUR dictó en el año 1994 la Decisión 16/94 mediante la cual se establecieron las denominadas “Normas de Despacho en el MERCOSUR”, las cuales fueron incorporadas al ordenamiento jurídico argentino mediante la Resolución 3753/94 de la Administración Nacional de Aduanas. Dicha normativa fue sustituida luego*

¹⁰ **Art. 75.-** Corresponde al Congreso: 1. Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.

por la Decisión (CMC) 50/04 adoptada en Belo Horizonte el 16 de diciembre de 2004 e incorporada mediante la Resolución General (AFIP) 2090 del año 2006".

El objetivo de las Decisiones (CMC) 16/94 y 50/04 es el de uniformar las reglas operativas aduaneras, lo que puede implicar cambios en las existentes a nivel nacional que no fueren compatibles. Por ejemplo "Los Arts. 26 ap. 1 y 46 ap. 1 de la Decisión 50/94 (referidas a importación y a exportación respectivamente) disponen que "La fecha de registro de la declaración correspondiente determinará el régimen legal aplicable". ¿Significa ello que a partir de la entrada en vigencia de esta norma quedan derogados o modificados los artículos del Código Aduanero argentino que determinan los elementos necesarios para determinar los tributos o que establecen la aplicación de las prohibiciones a partir de momentos distintos que los del simple registro de la declaración aduanera? ¿Debemos considerar que los arts. 616, 618, 619, 620, 621, 623 y 624 en materia de prohibiciones, así como los arts. 637 incisos a), c), d) y e), 638 y 639 en materia de tributos aduaneros han quedado derogados?

Los arts. 84 de la Decisión 16/94 y 79 de la Decisión 50/04 establecen la prevalencia de esas normas sobre la legislación vigente en cada Estado Parte."

Vemos que la problemática es mucho más grave de lo que se puede llegar a imaginar uno, ya que no hay un criterio uniforme hoy en día adoptado por la jurisprudencia y la doctrina.

Agrega Barreira [l]a validez de los acuerdos que no requieren de aprobación legislativa sólo es admisible en nuestro país cuando se refirieran a protocolos concluidos según los términos de un acuerdo ya aprobado por el Poder Legislativo y siempre que no alteraren la sustancia del mismo o si se tratara del mero mantenimiento del "statu quo". Pero no serían válidos si los mismos se refirieran a temas que pudieran afectar "principios constitucionales", que pudieran involucrar "nuevos compromisos" o que pertenecieran al ámbito de las "rentas públicas".

4. CONCLUSIÓN FINAL

La presente investigación intentó desentrañar, en primer lugar, la naturaleza jurídica de la normativa dictada por los Órganos del MERCOSUR, para luego determinar su verdadera esfera de obligatoriedad, concluyendo con un análisis de la jerarquía de las normas nacionales dictadas por el Congreso - de acuerdo a las facultades otorgadas por la CN, en su art. 75 inc 1° - respecto de aquellas dictadas por los órganos del MERCOSUR - con base en el artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto-, según el cual estas directivas serían obligatorias para los Estados parte del mismo.

Ya podemos decir que las normas dictadas por los órganos del MERCOSUR, constituyen fuente derivada y por lo tanto necesitarán la aprobación del Congreso de la Nación.

Como hemos visto BARREIRA respeta en su totalidad la letra de la CN, ideología que comparto totalment, ya que es nuestra Ley Fundamental, de la cual derivan y derivarán todas las reglas para la posterior creación de normativas que mantengan la convivencia legal y social en la nación.

No se debe permitir que los pocos artículos que posee nuestra CN sean violados, por lo tanto no se debe considerar aplicable la decisión 50/04 de los órganos del MERCOSUR, ya que no sólo posee artículos contrarios a las leyes aduaneras dictadas por el Congreso de la Nación, sino que, además, en su artículo 79, repitiendo el art. 80 de la decisión 16/94, determina "En los casos no previstos en la presente Norma será aplicable la legislación vigente en cada Estado Parte, hasta que sea aprobada la correspondiente norma comunitaria", o sea está estableciendo, por motus proprio la idea de que su contenido es superior a cualquier ley dictada dentro de una nación.

Si el artículo 75, inc. 1° establece que el dictado de la normativa en materia aduanera le corresponde al Congreso de la Nación, serán sus leyes las que deberán regir en el país; aun cuando el Protocolo de Ouro Preto tiene jerarquía superior a la ley, no la tiene respecto de la Constitución Nacional.

Por lo tanto para que las normas contenidas en la decisión 50/04, tengan vigencia dentro del territorio nacional, y por lo tanto deroguen las ya existentes - y contrarias - en materia aduanera, deberá mediar una ley del Congreso que disponga su aprobación e incorporación en forma de ley al derecho argentino.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ, E. "Derecho de la Integración y Derecho Comunitario". Disponible en http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PUBLICICO/integracion-comunitario.htm#_ftn21

BARREIRA, E. "Incorporación de las normas dictadas por los órganos del MERCOSUR que tienen por efecto modificar el ordenamiento jurídico aduanero de base aprobado por el Congreso. Necesidad de que su incorporación se realice por vía legislativa"

DE LA GUARDIA, E; "Derecho de los Tratados Internacionales"; Ed. Ábaco; Buenos Aires; 1997; p. 152 y ss.

MANSUETI, H. "Mercosur. Instrumentos vigentes en materia laboral y de seguridad social: contenido y alcance". Disponible en http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=629&aid=9815&eid=15&NombreSeccion=Mercosur&Accion=VerArticulo

MANSUETI, H. "MERCOSUR y derecho".

MONCAYO, VINUESA Y GUTIÉRREZ POSSE; *Derecho Internacional Pública*, Tomo I; Ed. Zavalía; Buenos Aires; p. 99.

RIVAS, E. "Adopción e internalización de la normativa comunitaria en el seno del MERCOSUR: Un repaso histórico". Disponible en <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/la/06/er.htm>

VERVAELE, J. "El MERCOSUR y la integración en Sudamericana". Publicado en: RDM2005-4, 40.

LOS ACUERDOS DE READMISIÓN: UN JAQUE A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA

Por Florencia Delia Lebensohn

RESUMEN

Este trabajo, que trata de la problemática de los acuerdos de readmisión, tiene por objetivo principal destacar las consecuencias perjudiciales que implica la asimilación entre inmigración irregular y refugiados, en el marco de un régimen de protección internacional de los refugiados. Se trata de una mirada crítica de una política migratoria que se encuentra en boga en Europa.

PALABRAS CLAVES:

Acuerdos de readmisión - derechos humanos - derecho de los refugiados-

READMISSION AGREEMENTS: A MENACE TO HUMAN RIGHTS AT THE HEART OF THE EUROPEAN UNION

By Florencia Delia Lebensohn

ABSTRACT

This paper about readmission agreements, aims at highlighting the detriment caused by the assimilation between irregular immigration and refugees, in the context of a regime of international protection of refugees. It is a critical analysis of the burgeoning use of readmission agreements as a migratory policy in Europe.

KEYWORDS

Readmission agreements - human rights - refugee law-

LOS ACUERDOS DE READMISIÓN: UN JAQUE A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA

*Por Florencia Delia Lebensohn**

Introducción

Dividiré mi trabajo en cuatro secciones. En la sección I, abordaré las causas y las consecuencias de la asimilación entre inmigración irregular y refugiados. En la sección II, explicaré el concepto de acuerdos de readmisión, su obligación subyacente, sus diferentes tipos y modalidades. En la sección III, haré alusión a algunas críticas que despierta la utilización de los acuerdos de readmisión tanto como política estatal como europea. Finalmente, en la sección IV, daré mi opinión sobre esta problemática.

Sección I: La lucha contra la inmigración irregular.

La lucha contra la inmigración irregular constituye un eje mayor de la política migratoria de la Unión Europea (UE) (LABAYLE, 2004). La *"lucha firme contra la inmigración clandestina y la trata de seres humanos"* se convirtió después de los Consejos de Laeken y de Sevilla en uno de los objetivos de la UE, objetivo que se extiende hasta reclamar una *"prioridad absoluta"* para algunas de las medidas (LABAYLE, 2004, 375). Los controles rigurosos y las medidas preventivas existentes en las fronteras europeas coexisten con medidas más severas que buscan alejar a los inmigrantes que se encuentran en situación clandestina.

La relación entre inmigración irregular y refugiados: dos problemáticas diferentes con causas y consecuencias similares.

Antes de examinar la relación entre inmigración irregular y refugiados, es necesario tener en cuenta que el control migratorio y la protección de los refugiados son generalmente descriptos como sistemas, lo que implica que cada uno tiene objetivos diferentes y que son cualitativamente distintos. El objetivo sistemático del control migratorio es el de gestionar los flujos migratorios de los extranjeros en un territorio determinado. Este control es una prerrogativa derivada de la soberanía de los estados. El objetivo sistemático de la protección de refugiados es el de proteger el derecho de todos de procurar y gozar de asilo en caso de persecuciones. La base de la protección de los refugiados se encuentra en el sistema internacional de derechos humanos (NOLL, 1999).

* Abogada graduada de la Universidad de Buenos Aires, con honores (2008), orientación en derecho público. Becaria del programa de Becas en el Exterior de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, para cursar un cuatrimestre en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Elegida por concurso para integrar el equipo de la U.B.A. en la competencia de arbitraje internacional *"Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot"*, que tuvo lugar en Austria, en 2009. Premio a la Excelencia Académica, otorgado por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires en 2008. Ayudante en la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Dra. Hortensia Gutiérrez Posse y en el seminario de arbitraje internacional *"Willem C. Vis International"*.

La agenda europea de inmigración como las exigencias de visa bloquearon los canales legales de asilo y de inmigración por motivos laborales. Consecuentemente, la inmigración irregular y los refugiados se comenzaron a entremezclar por diferentes razones. En primer lugar, los refugiados eligen, cada vez con más frecuencia, el camino de la inmigración irregular y se vuelven inmigrantes irregulares si su demanda de asilo es rechazada. En segundo lugar, quienes no precisan del sistema de protección internacional de refugiados utilizan los sistemas de asilo como métodos alternativos de inmigración. En tercer lugar, tanto los inmigrantes como los refugiados se valen de las mismas redes sociales para facilitar su entrada en los países europeos (BETTS, 2006).

Asimismo, las causas de los dos fenómenos son similares. En efecto, la relación cada vez más estrecha entre subdesarrollo, conflictos, Estados débiles y abusos de derechos humanos son las razones que llevan a los refugiados e inmigrantes a abandonar sus países. Esta imposibilidad de distinguir las causas de los dos fenómenos contribuye a que no se pueda diferenciar las distintas corrientes de personas que dejan sus países (BETTS, 2006).

Sin embargo, no son sólo los caminos elegidos por refugiados e inmigrantes irregulares o las causas similares de los movimientos migratorios los que impiden su distinción, sino también es la política en relación a ellos la que no realiza distinción alguna. En efecto, frecuentemente, el asilo es percibido y tratado como una cuestión relacionada con la inmigración irregular (DA LOMBA, 2004)ⁱ y la política externa de la UE aborda a las cuestiones de inmigración irregular y de refugiados de manera similar (GEDDES, 2005).

La filosofía subyacente en la política migratoria europea.

La política europea a corto plazo no ataca las causas posibles de los fenómenos migratorios, sino que se concentra en sus síntomas intentando impedir la entrada de inmigrantes en Europaⁱⁱ. Los ejemplos más claros de esta política restrictiva son la coordinación de la política de visas y de acuerdos de readmisión (HUYSMANS, 2000). Esta política comunitaria tiene una única filosofía subyacente. En efecto, tanto los inmigrantes como los refugiados son encuadrados como un problema de seguridad. Ambos son presentados como un peligro para el orden público, la identidad cultural, la estabilidad interna y el mercado de trabajo (HUYSMANS, 2000).

Las medidas para "luchar" contra esta problemática son diferentes de la caracterización de los refugiados como una cuestión relativa a los derechos humanos o que precisa de instrumentos de derechos humanos. Las medidas de seguridad son medidas específicas para controlar la pertenencia a un sector determinado. Ellas conservan o transforman la integración política y el criterio de pertenencia a través de la identificación de las amenazas existenciales. La inmigración es considerada como uno de los factores principales que debilitan la tradición nacional y la homogeneidad social, es decir, como una amenaza interna y externa para la subsistencia de la civilización occidental (HUYSMANS, 2000). Este fenómeno ha sido también entendido como una consecuencia de la definición de las fronteras conceptuales de la comunidad y de la identidad (GEDDES, 2005). A fin de considerar la inmigración como peligrosa, se parte de la continuidad entre las nociones de control en las fronteras, terrorismo, crimen internacional e inmigración (HUYSMANS, 2000).

Lo más problemático es que la consideración de la inmigración como un problema de seguridad provoca su distanciamiento del área tradicional de los derechos humanos. De este modo, en la actualidad, se combate la inmigración con medidas de seguridad, entre las que se encuentran los acuerdos de readmisión, que no respetan los derechos humanos.

Sección II: Los acuerdos de readmisión: una misma respuesta a dos fenómenos diferentes. Las consecuencias de esta unificación.

Los acuerdos de readmisión son definidos como acuerdos en virtud de los cuales *"cada parte contratante tiene la obligación de readmitir a las personas que no cumplen con las condiciones de entrada o de estadía en el territorio de la otra parte contratante, con la condición que se pueda válidamente probar o presumir que la persona posee efectivamente la nacionalidad de la parte requerida o que ella proviene de su territorio"* (LABAYLE, 2004, 397/398). Los acuerdos de readmisión implican tres partes: el estado demandante, el Estado demandado y el solicitante de protección (MARX, LUMP, 1996).

Estos acuerdos son parte de la compleja problemática del retorno de nacionales, ciudadanos de terceros países y apátridas que entran ilegalmente en un territorio o que se convierten en ilegales y que deben ser reenviados hacia sus países de origen o hacia terceros países (IGC, 2002). Los acuerdos de readmisión buscan que cada país soporte las consecuencias de sus falencias en el control de los flujos migratorios (LABAYLE, 2004) e intentan prevenir la inmigración potencial reduciendo el control interno en los países que se ajustan a los principios de readmisión.

Los acuerdos de readmisión no son instrumentos de asilo, sino que son designados para combatir la inmigración irregular en los países miembros de la UE. De esta manera, estos acuerdos forman parte de una tendencia que trata las cuestiones de asilo desde el punto de vista del control migratorio, con un claro perjuicio para la protección de refugiados (DA LOMBA, 2004).

La obligación de los Estados de readmitir a los nacionales de su país.

La regla según la cual cada estado debe readmitir sus propios nacionales, por su amplia aceptación a nivel mundial, se ha convertido en un principio general del derecho (BOUTEILLET-PAQUET, 2003).

Sin embargo, existen divergencias en lo relativo a la naturaleza de la obligación. Para algunos, la obligación de readmitir a sus propios nacionales es el corolario de los derechos del estado de expulsar a los extranjeros, y para otros, dicha obligación se deriva de un derecho internacionalmente protegido de regresar a su propio país (PLENDER, 1972). Así, el artículo 13, 2do. párrafo de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que *"toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país"*; el artículo 3.2 del protocolo N° 4 del Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH) enuncia que: *"nadie podrá verse privado del derecho a entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional"*.ⁱⁱⁱ

El derecho de regresar a su propio país es un derecho humano. Para que este derecho cobre efectividad, otro Estado debe recibir a la persona expulsada, obligación basada en el concepto de ciudadanía (NOLL, 1999), de tipo no negociable y existente en cabeza de cada Estado (SCHIEFFER, 2003). En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha decidido en el caso *"C 41/74 Yvonne Van Duyn v. Home Office"* que es un principio del derecho internacional que un Estado no puede negarles a sus propios nacionales el derecho de entrar o habitar su país.

De la misma manera que el derecho de expulsar a los extranjeros produce al país de origen la obligación de recibir, el derecho de dejar su país produce la obligación de readmitir (NOLL, 1999). La negativa de readmitir sus propios nacionales representa una violación de los derechos humanos, que puede ser entendida como una

persecución en el sentido del artículo 1 (a) (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) (NOLL, 1999).

Sin embargo, ante la falta de un acuerdo de readmisión, la obligación de readmitir a los nacionales está subordinada a la expedición de un permiso de pase por las autoridades consulares. Algunos países se niegan a otorgar este documento cuando la persona no tiene sus documentos de identidad y cuando su nacionalidad no puede ser probada. Los estados hacen eso como un filtro informal de la reinmigración, mucho más atractiva que una negativa a entrar que puede ser criticada como una violación del derecho internacional.

En síntesis, hay países poco colaboradores que niegan que el solicitante de asilo que ha sido rechazado posea su nacionalidad o que protestan contra las modalidades de regreso propuestas (NOLL, 1999). Estos problemas dan cuenta de la utilidad de los acuerdos de readmisión como instrumentos claves para formalizar las obligaciones de los Estados en lo relativo a la readmisión de sus propios nacionales (BOUTEILLET-PAQUET, 2003). Además, estos acuerdos sirven para regular el momento y el número de regresos, así como para especificar las reglas de procedimiento (NOLL, 1999).

Con respecto a los refugiados, la implementación de un sistema de regreso es necesaria para la integridad del sistema migratorio de control. La inversión de tiempo, recursos financieros y esfuerzos en los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado es solamente justificada si los Estados pueden tomar decisiones negativas. Además, el fracaso de control por parte de los Estados es un factor que atrae los inmigrantes (NOLL, 1999).

Por el contrario, el derecho internacional no impone a los Estados ninguna obligación de readmitir ni extranjeros que hubieran transitado por sus territorios, ni apátridas. Consecuentemente, en estos casos la única posibilidad de deportar a extranjeros a los países por los cuales éstos transitaron es que los Estados asuman, mediante la firma de los acuerdos de readmisión, la obligación de readmitirlos (LABAYLE, 2004, BERGER, 2000, IGC, 2002, BOUTEILLET-PAQUET, 2003). Esto implica que firmando este tipo de acuerdos los Estados pueden ir más allá de los principios establecidos por el derecho internacional.

Los tipos de acuerdos de readmisión.

1.-Bilaterales / Multilaterales: La mayoría de los acuerdos de readmisión son bilaterales. Las excepciones más importantes son: el Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, firmado en Dublín el 15 de junio de 1990 (Convenio de Dublín), el acuerdo entre el grupo Schengen y Polonia y el acuerdo entre la UE y Hong Kong (LEGOMSKY, 2003). A nivel europeo, el acuerdo Schengen y el Convenio de Dublín tienen como objetivo establecer la responsabilidad por el examen de demandas de asilo presentadas en el territorio de un estado parte. Ningún instrumento garantiza la consideración de una demanda de asilo, ya que ellos permiten expresamente el regreso de un solicitante de asilo a un tercer país fuera del grupo de partes contratantes (NOLL, 1997).

2.- Autónomos/cláusulas de readmisión en otros tipos de acuerdos.

3.- Sin beneficios en contrapartida / a cambio de beneficios tales como ayuda financiera o supresión del requisito de visa.

4.- Personas comprendidas: terceros, nacionales, apátridas. Generalmente, los acuerdos con países vecinos comprenden nacionales y terceros, mientras que los acuerdos con países que no son vecinos solamente comprenden los nacionales de los Estados partes (NOLL, 1999). Los convenios de Schengen y de Dublín se aplican solamente a los nacionales de países no miembros de la UE porque existe libertad de circulación dentro de las fronteras de la UE (NOLL, 1997).

Motivos de adopción: Los países de origen de inmigración firman los acuerdos de readmisión por motivos políticos (para mantener buenas relaciones teniendo en cuenta que la inmigración ilegal constituye un problema económico y social para Europa); económicos (para desarrollar relaciones comerciales) y financieros (compensación financiera a cambio de la firma de los acuerdos^{iv}) (MRABET ARBI EL, 2003). Los países europeos, por su parte, firman los acuerdos de readmisión debido a una falta de cooperación de parte de los países de origen; como medida preventiva para evitar la entrada y estadía potencial; para clarificar las obligaciones internacionales existentes; para establecer un procedimiento efectivo de implementación y para controlar efectivamente las fronteras y la libre circulación interna (IGC, 2002).

Sección III: Algunas críticas entorno a los acuerdos de readmisión.

A. Críticas generales.

1.- El número de deportaciones es reducido en relación a la importancia de los flujos migratorios. En efecto, como los países de Europa central y oriental (PECO) son reticentes a convertirse en una zona tapón donde los Estados europeos envían a los extranjeros indeseables, las autoridades se muestran exquisitas en la apreciación de los elementos de prueba. La burocracia del trámite produce que un gran número de personas desaparezca en el procedimiento (LABAYLE, 2004, BOUTEILLET-PAQUET, 2003).

2.- Los acuerdos de readmisión no han disuadido a los traficantes: la multiplicación de redes de personas y la "comercialización del asilo" constituye un fenómeno inquietante en razón del desarrollo de la criminalidad y de la situación similar a la esclavitud en la que viven los inmigrantes clandestinos. Se llega a un descrédito en las administraciones nacionales competentes como consecuencia de una falta de eficacia en la puesta en marcha de las medidas de expulsión de extranjeros en situación irregular. El hecho de que haya muchas personas en situación irregular en casi todos los países europeos contribuye a que se confundan a las personas que tienen verdadera necesidad de protección humanitaria con inmigrantes económicos que buscan evadir la legislación de inmigración (LABAYLE, 2004, BOUTEILLET-PAQUET, 2003, BETTS, 2006).

3.- Los PECO son democracias recientes sin experiencia en el campo de los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado. Sólo algunos años antes, eran países exportadores de buscadores de asilo y ahora son países que reciben a personas necesitadas de protección. La transformación en países de asilo no puede pasar de la noche a la mañana^v.

4.- Las personas que necesitan protección, pero que no están comprendidas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), ven su perspectiva deteriorada con la readmisión a los PECO. En general, los países de la Europa occidental, contrariamente a los PECO, ofrecen otras formas de protección de los refugiados (i.e. protección subsidiaria) (NOLL, 1997).

5.- La UE no ataca las causas profundas del problema de manera realista. Las personas generalmente dejan su país a causa de pobreza, de amenazas causadas por los conflictos armados o de abusos de los derechos humanos. Para abordar estos problemas, la UE debe asegurar una política de comercio más justa; más asistencia al desarrollo de los países que dan origen a la inmigración y un mayor alivio de la deuda externa (PEERS, BETTS, 2006, BOUTEILLET-PAQUET, 2003).

6.- Una política de "castigo" es esencialmente contradictoria. Si la UE corta o reduce el comercio, la ayuda, las inversiones o las relaciones diplomáticas con un país en vías de desarrollo, éste tendrá menos recursos para controlar la inmigración hacia la UE y no tendrá razones para hacerlo. Asimismo, si este país se convierte en más pobre o más conflictivo como consecuencia de las acciones de la UE, un mayor porcentaje de la población posiblemente emigrará (PEERS, BOUTEILLET-PAQUET, 2003). En efecto, la presión que los acuerdos de readmisión ejercen en los recursos de terceros países, sin consideración de su habilidad para enfrentar las demandas de la UE, podría ser contra productivo para ésta. En síntesis, la posibilidad de sanción (el deterioro de las relaciones con la UE) puede desmoralizar a los terceros países en lugar de alentarlos a cumplir con sus obligaciones de readmisión (DA LOMBA, 2004).

7.- En relación a la crítica anterior, se destaca la falta de preocupación de la UE con relación a terceros países. Aunque en teoría los acuerdos de readmisión imponen obligaciones equivalentes sobre las partes, esta equivalencia es engañosa porque los Estados implicados no están en la misma situación. Los terceros países, como "proveedores" de inmigrantes irregulares son los objetivos principales de los acuerdos de readmisión y los Estados de la UE como "receptores" son los beneficiarios. La inserción de cláusulas de readmisión en los acuerdos de asociación y cooperación, al ser esencialmente unilateral e instigada por la UE, refleja la desproporción de poder entre las partes (BOUTEILLET-PAQUET, 2003).^{vi}

8.- Las políticas de readmisión son criticadas porque el derecho a emigrar es interpretado como una compensación de los países desarrollados por haber logrado su progreso a costa de los países más pobres (MRABET ARBI El, 2003).

9.- Las políticas de readmisión aumentan las iniquidades entre los países pobres y los países ricos y entre los pobres y ricos de un mismo país. En efecto, las personas que emigran ilegalmente son aquellas que no gozan de derechos económicos, sociales y culturales mientras que el resto emigra legalmente gracias a sus habilidades (*brain drain*) o su posición económica (inversores). Esta tendencia puede provocar que los países más pobres se transformen en países para jubilados o pobres, una vez que la *élite* económica e intelectual haya emigrado y que los pobres e inmigrantes hayan sido impedidos de emigrar o de ser admitidos. El aumento de las desigualdades alienta todo tipo de extremismos, especialmente el extremismo religioso (MRABET ARBI El, 2003).

10.- La política europea de inmigración y de asilo, aunque haya reducido el número de inmigrantes que entran en la UE, tiene un número de consecuencias negativas para la protección de los derechos humanos (BETTS, 2006). Hay que tener en cuenta que a través de los instrumentos de derechos humanos, los Estados han limitado sus derechos soberanos para proteger los derechos individuales de las personas que se encuentran en sus territorios. Para ello, las actividades de deportación deben estar en conformidad con las obligaciones estatales efectuadas por la UE de protección de los derechos humanos. En primer lugar, los derechos humanos de los extranjeros pueden estar afectados por los riesgos en su país de origen, el Estado sería entonces responsable por una violación indirecta de los derechos humanos. En segundo lugar, la expulsión puede también ocasionar violaciones directas de los derechos humanos para el país que deporta al extranjero, por ejemplo cuando se trata de una expulsión colectiva (NOLL, 1999). Una práctica siempre condenada que está en relación con la readmisión es la detención en los centros de frontera, a la espera de regreso. De hecho, Amnistía Internacional, ha condenado las condiciones de detención y las expulsiones masivas de un gran número de inmigrantes irregulares a Libia efectuadas por la UE (AMNISTÍA, 2005).

B. La crítica principal a los acuerdos de readmisión desde una perspectiva jurídica.

(i) Falta de diferenciación entre inmigrantes irregulares y refugiados.

En un plano estrictamente jurídico, se critica a los acuerdos de readmisión por las lagunas legales que presentan (JULIEN-LAFERRIÈRE, JOUANT, 2005). Ellos no traducen la diversidad de situaciones de los habitantes de terceros países que se encuentran comprendidos en sus términos. Esto es contrario a lo entendido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa "*Conka c/ Bélgica*" (Nº 51564/99, 5 de febrero de 2002) que exigió, para que la expulsión pueda ser considerada legal, una consideración real y diferenciada de la situación individual de cada una de las personas implicadas.

Por vía de la unificación de la respuesta a los flujos de inmigrantes irregulares y refugiados (acuerdos de readmisión que no hacen una diferencia entre solicitantes de asilo e inmigrantes irregulares), se termina violando el régimen de protección internacional de los refugiados (GOODWIN-GILL, MCADAM, 2007). Así, las políticas migratorias de la Comunidad Europea, guiadas por consideraciones de control en las fronteras, terminan con lo que debería estar en el corazón de ellas: la protección efectiva de quienes más lo necesitan (DA LOMBA, 2004).

La preocupación de la UE en lo relativo a la política de asilo es principalmente utilitarista. Ella no deriva de la intención de otorgar una mejor protección a los refugiados, sino de la intención de controlar quién entra en el espacio económico europeo. El fin último es controlar las fronteras de la UE asegurando que los individuos permanezcan en sus países de origen, y, si los abandonan, asegurando que se encuentran lo más cerca posible de su país de origen y, finalmente, si logran llegar a la UE, previendo la deportación de los mismos a sus terceros países seguros (GIL-BAZO, 2006).

(ii) Facilitación de la implementación del concepto de tercer país seguro.

Los acuerdos de readmisión son asimilados a la noción de terceros países porque facilitan la práctica del concepto de tercer país seguro, aunque no fueron originalmente concebidos como una manera de retornar

buscadores de asilo (LANDGREN, 1999). Esta realidad lleva a una controversia inherente al concepto de tercer país seguro que exprime la idea que "los solicitantes de asilo vienen de un país del cual ellos no son nacionales, donde estaban al amparo de persecuciones, y donde ellos podrían ser deportados sin perjudicar el principio de no devolución" (LABAYLE, 2004, 405).

Un país receptor puede entonces enviar un solicitante de asilo a un tercer país sin violación de ninguna obligación internacional, si este país es considerado seguro (TAYLOR, 2006). La *rationale* de este concepto es que un solicitante de asilo que viaja hacia un país seguro después de haber dejado su país de origen, debe ser considerado como movimiento migratorio en lugar de movimiento necesario para la obtención de protección.

Hay discrepancias en cuanto a los criterios para considerar a un país como seguro.

(a) El respeto por el principio de no devolución como criterio para entender que un país es seguro.

Hay una tendencia a considerar que los países deben solamente garantizar a los refugiados el respeto por el principio de no devolución^{vii}. En efecto, las Convenciones de Dublín y de Schengen prevén que el Estado miembro designado como responsable del tratamiento de una demanda de asilo puede deportar un solicitante de asilo hacia un tercer país seguro siempre y cuando se haya establecido que el solicitante de asilo transitó por el territorio y se respete el principio de no devolución. Si no se respeta este principio no hay transferencia de responsabilidad estatal aunque el acuerdo entre los estados sea general o concierna al caso específico (LANDGREN, 1999).

Según este criterio, los Estados pueden deportar a los individuos hacia un tercer país sin considerar sus demandas siempre y cuando el principio de no devolución sea respetado, en virtud de la inexistencia de un derecho al asilo (GIL-BAZO, 2006). Así, las demandas de asilo de personas que han viajado por países calificados como seguros son rechazadas *in limine* (ALBUQUERQUE ABELL, 1999).

(b) La obligación de garantizar el acceso a los procedimientos de determinación del estatuto de refugiados como condición para ser considerado tercer país seguro.

Según un segundo criterio, las obligaciones de los Estados hacia los refugiados van más allá del simple respeto del principio de no devolución. Así, se sostiene más allá de la cuestión de la no devolución, el problema que implica la utilización de los acuerdos de readmisión es la extensión en la cual cada país está obligado a examinar la demanda de asilo (LANDGREN, 1999).

El ACNUR no quiere reforzar la tendencia que considera a la garantía contra la no devolución como la única protección para los refugiados. En efecto, en sus conclusiones N° 58 se ha precisado que el concepto de tercer país seguro es aplicable solamente en los casos donde los refugiados han encontrado protección efectiva en el tercer país, son protegidos contra la devolución y son tratados en el respeto de los derechos humanos (BOUTEILLET-PAQUET, 2003). Desde este punto de vista, la transferencia de responsabilidades de un Estado a otro, aunque este último sea un país seguro, implica la responsabilidad del Estado de cumplir todas las obligaciones establecidas por el derecho internacional de los refugiados y los derechos humanos. De lo contrario, podría haber una complicidad en el maltrato que importaría, a su vez, la responsabilidad del Estado- (LEGOMSKY, 2003).

En síntesis, según este punto de vista, los refugiados tienen el derecho de buscar un reconocimiento del estatuto de refugiado en cualquier país que sea parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), en razón de la inexistencia de un principio de derecho internacional que establezca que los refugiados deben demandar asilo en el primer país seguro donde arriben (GIL-BAZO, 2006).

(iii) Consecuencias prácticas de los acuerdos de readmisión.

Actualmente, los acuerdos de readmisión no reiteran la obligación de no devolución ni aseguran el acceso a los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado, lo que es la consecuencia de la utilización de un mecanismo jurídico que no estaba previsto para tratar la cuestión de los refugiados (LANDGREN, 1999, LABAYLE, 2004, JULIEN-LAFERRIÈRE, JOUANT, 2005).

Un gran número de los Estados europeos firmaron acuerdos de readmisión con los PECO o con los países de África del norte (países por los cuales los refugiados viajan generalmente cuando están en camino hacia la UE). El primer objetivo de estos acuerdos era crear una "red segura" en la entrada de la UE para contener a los flujos de inmigrantes indeseables (BOUTEILLET-PAQUET, 2003). A su vez, la mayoría de los PECO introdujeron el concepto de tercer país seguro en sus propias legislaciones y no prevén protección contra el regreso directo o indirecto a situaciones de persecución o que impliquen violaciones de los derechos humanos fundamentales, en flagrante violación del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) (ALBUQUERQUE ABELL, 1999, DA LOMBA, 2004, GOODWIN-GILL, MCADAM, 2007). El principio de tercer país seguro fue aplicado a pesar del hecho de que las legislaciones adoptadas por los países de Europa central después de la caída del muro de Berlín no eran acordes a los estándares internacionales relativos a la protección de los refugiados.

En la práctica, con la firma de los acuerdos de readmisión y la utilización del concepto de tercer país seguro se termina en una transferencia de responsabilidades en términos de protección de refugiados hacia los países menos poderosos (ALBUQUERQUE ABELL, 1999) -eso que es particularmente evidente después de la reforma de la ley alemana (MARX, LUMP, 1996) y de la legislación australiana (TAYLOR, 2006). En realidad, es la transferencia de la responsabilidad de protección y de la carga de regreso, (NOLL, 1999) lo que provoca el refuerzo de las políticas migratorias de los países de tránsito a Europa para adoptar el modelo europeo desplazando las fronteras de Europa (MELIS, 2001).

El problema es que si la aplicación de los acuerdos de readmisión implica la no consideración de demandas de asilo, estos acuerdos pueden ser entendidos como una modificación de las obligaciones establecidas por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). En principio, toda decisión de deportar hacia un tercer país debe estar precedida de un examen de la demanda y un seguimiento del caso para verificar que no hubo violación de sus obligaciones (LANDGREN, 1999).

Hay que tener en cuenta que, aunque el regreso de la persona no implique una violación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), se pueden violar las normas de la Convención contra la tortura o del CEDH, que comprometen también la responsabilidad del Estado (NOLL, 1999). Así, estas situaciones pueden ser consideradas como una violación al artículo 3 del CEDH porque ella constituye un tratamiento inhumano y degradante, conforme a la doctrina emanada de la causa "*Manitu Giama v. Belgium*" (Aplicación N° 17.612/76. Reporte de la Comisión Europea de Derechos Humanos del 17 de julio de 1980) (BOUTEILLET-PAQUET, 2003).

Es por este motivo que la Corte Constitucional Alemana ha sido criticada cuando entendió que la conformidad con el principio de no devolución no requiere el acceso a un procedimiento de asilo. Este razonamiento puede dar lugar a situaciones órbitas, donde el principio de no devolución es formalmente respetado, pero el acceso a los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado subsiste como una opción que no obliga a ningún Estado. Como son actualmente concebidos, los acuerdos de readmisión (efecto domino) van a exacerbar el fenómeno de los refugiados en la órbita fuera de la UE (los refugiados viajan de un país a otro sin la posibilidad de

acceder a un procedimiento de determinación del asilo) (MARX, LUMP, 1996), un fenómeno que la UE quiere erradicar del interior de sus fronteras (DA LOMBA, 2004).

En 1995 Amnistía Internacional reportó muchos casos de solicitantes de asilo que, sobre la base del concepto de tercer país seguro, terminaron por expulsar a los refugiados a su país de origen. En el año 2005 Amnistía Internacional ha reiterado que las medidas de control migratorio impiden que los refugiados accedan a la protección asegurada por la legislación nacional e internacional (AMNISTÍA, 2005 (b)) y ha condenado las acciones de Italia en relación con la llegada de 1.878 inmigrantes a Lampedusa el 19 de septiembre de 2004 y el retorno inmediato de 1.153 a Libia. Amnistía Internacional ha ejemplificado el potencial de devolución subrayando los dos incidentes de deportación de Libia hacia Eritrea después del traslado forzado desde Italia, en el cual un número de personas que habían sido deportadas estaban incomunicadas en prisiones secretas donde podrían haber sido torturadas. Ella ha remarcado asimismo que los acuerdos de readmisión de España con Marruecos no aseguran el acceso a los procedimientos de asilo (BETTS, 2006, AMNISTÍA, 2004).

Además, las misiones efectuadas por los equipos del ACNUR han destacado el problema de la ausencia de información, de intérpretes y de consejeros jurídicos a fines de informar a los refugiados sobre la posibilidad de demandar asilo.

(iv) Medidas a adoptar.

La dificultad de distinguir entre los refugiados y otros inmigrantes, ha llevado al ACNUR a reconocer la necesidad de asegurar la protección de los refugiados que se hallan en movimientos migratorios más vastos (BETTS, 2006). Para el ACNUR, los acuerdos de readmisión no han estado tradicionalmente designados para respetar la situación de los solicitantes de asilo y, carentes de garantías mínimas, no deberían ser utilizados para deportarlos, aunque ello sea técnicamente posible (LANDGREN, 1999).

A fines de evitar una cadena de devoluciones de un país a otro, el acceso al procedimiento de asilo debe estar asegurado. El derecho internacional consuetudinario es claro en este respecto: los Estados deben identificar sus obligaciones internacionales en cada caso en particular. El desplazamiento de personas hacia terceros países está permitido, pero requiere seguridades individuales de que el tercer país dará la protección efectiva contra la devolución. La protección más efectiva contra la devolución es el acceso al procedimiento de determinación del estatuto de refugiado (MARX, LUMP, 1996).

La Comisión Europea ha subrayado la necesidad de desarrollar un mecanismo de información sistemática que acompañe cada procedimiento de readmisión de un solicitante de asilo cuya demanda no haya sido examinada. La falta de información entre el país demandante y el demandado puede conllevar el riesgo que la persona sea tratada simplemente como un inmigrante ilegal (NOLL, 1997). En la práctica, no hay notificación al tercer país que la persona deportada es un solicitante de asilo (LANDGREN, 1999).

En razón de estas disfunciones, Amnistía Internacional, el ACNUR y el Consejo Europeo sobre Refugiados y Exiliados recomendaron que el consentimiento de los terceros países debe haber sido obtenido antes de que el solicitante de asilo fuera enviado, con la garantía de que el solicitante de asilo será recibido y que la demanda de asilo será examinada por procedimientos justos (ALBUQUERQUE ABELL, 1999, ECRE, 1995). Estas garantías son también exigidas por la doctrina (MARX, LUMP, 1996). Si estas garantías mínimas no están reunidas, la posibilidad de deportar solicitantes de asilo debería ser excluida de los acuerdos de readmisión (LANDGREN, 1999).

Sección IV: Conclusión.

Los acuerdos de readmisión son una respuesta a la violación o a la inexistencia del derecho de entrar en el país del cual uno es nacional que culmina en una violación del derecho de los refugiados. De manera paradójica, la respuesta a una violación del derecho internacional conlleva a una nueva violación del mismo tipo a través de la unificación de una misma respuesta a dos problemáticas diferentes. Es lamentable que la UE desarrolle una política de asilo y de migración que permita –o hasta aliente- la violación de los derechos que el CEDH garantiza (JULIEN-LAFERRIÈRE, JOUANT, 2005). En efecto, los Estados europeos honran el derecho al asilo y dicen cumplir con los principios formales de protección, al mismo tiempo que dedican muchos recursos para mantener a los refugiados lejos de sus fronteras, para hacer que el regreso a sus países sea rápido, para disminuir las posibilidades de ser reconocidos como refugiados y hasta para impedir que viajen desde su país de origen (LANDGREN, 1999).

Necesitamos un vínculo más estrecho entre el derecho de los refugiados y los derechos humanos. Desde un punto de vista conceptual, normativo y estratégico, el derecho de los refugiados debe volver a ser parte del derecho de los derechos humanos, lo que nos brindará un cuadro metodológico y teórico que permitirá dar una respuesta a las cuestiones de transferencia de responsabilidades, dado que los instrumentos de derechos humanos se basan en el concepto de responsabilidad estatal (LANDGREN, 1999, GIL-BAZO, 2006).

Además, no debemos olvidar que los tratados de derechos humanos, que comprenden los instrumentos de protección internacional de los refugiados, establecen un régimen objetivo cuyo impacto se siente más allá de quienes sean sus partes. El Consejero legal de la oficina de las Naciones Unidas ha estimado que las cláusulas de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y del Protocolo de 1966 son *erga omnes* y no pueden ser cambiados por acuerdo ulterior que obligue solamente a algunos de los Estados partes del acuerdo originario. El derecho de buscar y disfrutar del asilo al amparo de las persecuciones es un derecho humano fundamental y el principio de no devolución es una norma perentoria de derecho internacional. Por estas razones, es legalmente inadmisibles un acuerdo de readmisión que derogue la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) (LANDGREN, 1999).

El pragmatismo lleva a la aceptación de los acuerdos de readmisión, pero su conformidad con los estándares internacionales debe estar asegurada. Lo que no debe ser jamás olvidado es que, aunque los objetivos comerciales perseguidos, los fines políticos existentes, o los proyectos sociales sean legítimos, la primacía del respeto de los derechos humanos no debe ser jamás cuestionada.

Referencia Bibliográfica:

- ALBUQUERQUE ABELL, N. (1999) "The Compatibility of Readmission Agreements with the 1951 Convention relating to the Status of Refugees". En *International Journal of Refugee Law*, 1999, 11, 1, 60-83.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, (2005) "Immigration cooperation with Libya: the human rights Perspective". En *Amnesty international briefing ahead of the Justice and Home Affairs Council*, 14 abril 2005.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, (2005) (b) "Spain: The Southern Border. The State turns its Back on the Human Rights of Refugees and Immigrants", EUR 41/008/2005.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, (2004), "Document- Italy: Government must ensure access to asylum to those in need of protection", EUR 30/001/2004 (Public).

- BERGER, N. (2000) *La politique Européenne d'asile et d'immigration. Enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- BETTS, A. (2006) "Towards a Mediterranean Solution? Implications for the Region of Origin". En *International Journal of Refugee Law*, 2006, 18, 3-4, 652-676.
- BOUTEILLET-PAQUET, D. (2003) "Passing the Buck: A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and Its Member States". En *European Journal of Migration and Law*, 2003, 5, 359-377.
- CHOLEWINSKI, R. (2005) "Preventing irregular migration". JULIEN- LAFERRIÈRE, F. y otros, en *La politique européenne d'immigration et d'asile : Bilan critique 5 ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- COMMISSION REPORT (2002); "Community Readmission Agreements, State of Negotiations". En *Commission Report in Council document 12625/02*, 10/02/2002.
- DA LOMBA, S. (2004) *The Right to Seek Refugee Status in the European Union*. Antwerp, Intersentia, 2004.
- EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), 1995, "Safe Third Countries Myths and Realities", London (February 1995).
- GEDDES, A. (2005) "Europe's Border Relationships and International Migration Relations". En *Journal of Common Market Studies*, 2005, 43, 4, 787-806.
- GIL-BAZO, M. (2006) "The Practice of Mediterranean States in the Context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited". En *International Journal of Refugee Law*, 2006, 18, 571-600.
- GOODWIN-GILL G., MCADAM, J. (1983) *The Refugee in International Law*, U.S.A., Oxford University Press, 2007.
- HUYSMANS, J. (2000) "The European Union and the Securitization of Migration". En *Journal of Common Market Studies*, 2000, 38, 5, 751-777.
- Inter-Governmental Consultations for Asylum, Refugee and Migration Policies in Europe, North America and Australia (IGC). IGC Report on Readmission Agreements. Geneva: IGC, January 2002.
- JULIEN-LAFERRIÈRE, F., JOUANT, N. (2005) "L'éloignement des ressortissants de pays tiers". En *La politique européenne d'immigration et d'asile : Bilan critique 5 ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- LABAYLE, H. y otros (2004) "La lutte contre l'immigration illégale". DE BRUYCKER P., en *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruxelles, Bruylant, 2004.
- LANDGREN, K. (1999) "Deflecting International Protection by Treaty: bilateral and multilateral accords on extradition, readmission and the inadmissibility of asylum requests", Working Paper 10. En *New Issues in Refugee Research*, 1999, junio.
- LEGOMSKY, S. (2003) "Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: the Meaning of Effective Protection". En *International Journal of Refugee Law*, 2003, 15, 4, 567-677.
- MARX, Reinhard, Katharina, LUMPP (1996) "The German Constitutional Court's Decision of 14 May 1996 on the Concept of "Safe Third Countries" - A Basis for Burden-Sharing in Europe? En *International Journal of Refugee Law*, 1996, 8, 3, 419-439.
- MELIS, B. (2001) *Negotiating Europe's Immigration Frontiers*, The Hague, Kluwer Law International, 2001.
- MRABET ARBI EL, (2003) "Readmission Agreements. The Case of Morocco". En *European Journal of Migration and Law*, 2003, 5, 379-385.

NOLL, G. (1997) "The Non-Admission and Return of Protection Seekers in Germany". En *International Journal of Refugee Law*, 1997, 9, 3, 415-452.

NOLL G. (1999) "Rejected Asylum Seekers: the problem of return", Working Paper N° 4. En *New Issues in Refugee Research*, 1999, mayo.

PEERS, S. "Readmission Agreements and EC External Migration Law". En *Statewatch Analysis N°17*.

PLENDER, R. (1972) "*International Migration Law*", Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

SCHIEFFER, M. (2003) "Community Readmission Agreements with Third Countries- Objectives, Substance and Current State of Negotiation". En *European Journal of Migration and Law*, 2003, 5, 343-357.

TAYLOR, S. (2006) "Protection Elsewhere/Nowhere". En *International Journal of Refugee Law*, 2006, 18, 283-312.

ⁱ Como la problemática de los refugiados y de la inmigración irregular ha sido ignorada en Europa, hoy no se conoce a ciencia cierta cuál es el número potencial de refugiados que se encuentran entremezclados con los inmigrantes ilegales que han arribado a Europa (GIL-BAZO, 2006).

ⁱⁱ Aunque generalmente se afirme que cuanto más restrictivas son las políticas, mayor será el número de inmigrantes irregulares (CHOLEWINSKI, 2005).

ⁱⁱⁱ Esta regla se encuentra también en el artículo 5.d.ii de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en el artículo 12.2 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos y en el artículo 22.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

^{iv} Por ejemplo, Polonia ha firmado un acuerdo de readmisión con los países Schengen en 1991, a cambio de ayuda financiera y la no exigencia de visa para las estancias menores de tres meses; Alemania firmó acuerdos con Bulgaria, ofreciéndole más de 20 millones de dólares, y con Rumania pagándole casi 22 millones de dólares (ALBUQUERQUE ABELL, 1999).

^v Por ejemplo: "*Fortress Europe*" ha informado que en Estonia, Lituania, Rusia y Letonia, los solicitantes de asilos fueron condenados a prisión por "entrada ilegal" y que Letonia encierra a los refugiados expulsados por Estonia en prisiones militares (ALBUQUERQUE ABELL, 1999).

^{vi} Generalmente cuando un Estado quiere firmar un acuerdo, hay consultas anticipadas para ver si el Estado está o no interesado. Según un reporte hecho por la Comisión en 2002, Pakistán, Marruecos y Rusia no habían dado su consentimiento para comenzar las negociaciones, dos años después de que el Consejo le había dado a la Comisión el mandato y que un borrador del texto oficial fue enviado al respectivo país (COMMISSION REPORT, 2002).

^{vii} El principio de no devolución, piedra angular del derecho internacional de los refugiados, está basado en la convicción de que el envío de un refugiado a las fronteras de un país donde su vida o libertad esté amenazada sería equivalente a enviarlo a manos de sus perseguidores. Este principio es considerado como extremadamente importante por la inexistencia de un derecho al asilo, y es considerado como una regla del derecho consuetudinario y para algunos, como una regla perentoria de derecho internacional o *jus cogens*. Las normas de *jus cogens* se aplican a todos los Estados, aunque éstos no hayan prestado su consentimiento y toda cláusula de un tratado que sea incompatible con una norma de *jus cogens* es nula. Aunque su carácter de norma de *jus cogens* es debatido, resulta innegable que esta regla forma parte del derecho internacional consuetudinario (LANDGREN, 1999, TAYLOR, 2006).

LOS “NO LUGARES”

Por Verónica Lescano Galardi

RESUMEN

Lugares – “no lugares”: ¿ qué significado tienen en una sociedad global?
Algunas consideraciones sobre la creación del espacio virtual y sus consecuencias sociales.

PALABRAS CLAVES

No lugar- espacio – sitio – lugar- espacio virtual - identidad.

"NO PLACES"

By Verónica Lescano Galardi

ABSTRACT

Places- "no places": what means in a global society?

Some considerations about the creation of the virtual space and his social consequences.

KEYWORDS

No places – space – site – place - virtual spaces - identity.

LOS "NO LUGARES"

Por Verónica Lescano Galardi*

Introducción

Reflexionar sobre la existencia de los llamados "no lugares" que nos ha llevado a tomar como punto de partida lo referente al espacio¹.

A su vez, este término se lo encuentra por ejemplo asimilado en la voz: "plaza", acepción 7 del DRAE, a lugar y/o sitio.

A su turno, a propósito del espacio, se han expedido por centurias diversos exponentes del mundo filosófico. Así nos ha interesado traer a colación el modo de conceptualarlo de Aristóteles, Descartes, Orsi y Fichte.

El primero de ellos asimila espacio a lugar, en tanto: "El lugar no es simplemente un algo, sino un algo que ejerce cierta influencia, es decir, que afecta al cuerpo que está en el". (Aristóteles: IVa. C).

Descartes entenderá al espacio como res extensa.

Corsi, desde una visión lógica manifestará: " En vez de la idea de un espacio que abarcó y comprende en si los lugares como elementos particulares, de un espacio concebido esencialmente como límite y determinación exterior de los cuerpos, aparece la idea de un espacio entendido como extensión homogénea e indiferenciada (...)" (Ferrater Mora:1999,1081)

Finalmente, Fichte sostuvo: "el espacio aparece como algo puesto por el yo cuando este pone el objeto como extenso" (Ferrater Mora:1999,1084)

De tal forma que de las breves ideas reseñadas observamos que al encarar el tema de espacio intrínsecamente se lo ha vinculado al de extensión. Y resultaría que no ha sido tarea simple por cierto intentar aprehender el concepto y obtener una descripción de aquel. Cada época ha llevado al hombre, parecería ser, a procurar no solamente aproximarse al objeto de estudio en cuestión sino a intentar, demarcarlo de modo que explique la relación del hombre con su circunstancia.. Así cada época habría conllevado un modo particular de delimitación racional.

En esta creencia es que pensamos que nuestros tiempos comportan un re-avivamiento de la temática de espacio-lugar-sitio en cuanto a una re-formulación eventual de lo ya acuñado y antes bien una creación de nuevos conceptos.

Nuestra propuesta comporta, desde el enfoque científico, hibridación, por lo que iremos presentando nuestras ideas desde una visión cuya dinámica la harán la filosofía, la sociología y la política. Esto nos permitirá centrar nuestra atención en intentar describir cierta fenomenología de la actual globalización referente al espacio y específicamente lo que concierne al espacio virtual.

Desarrollo

* Auxiliar docente en Teoría del Estado, Cátedra: Dr. Tulio Ortíz y en Historia del derecho: Cátedra: Dres. María Rosa Pugliese-Alberto D. Leiva. Doctoranda. Miembro Ubacyt D005. Miembro adscripta al Instituto de investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. Ambrosio L. Gioja (FD.UBA).

¹ Para este trabajo utilizaremos espacio, sitio y lugar como sinónimos

Si existen leyes (para los que quieren, fatalistas) a las que, en tanto hombres, no podemos escapar, son aquellas por las cuales nos encontramos inscriptos en el tiempo y en el espacio. Creemos que este hecho es el que nos ha llevado a plantearnos en todo tiempo, casi como una obsesión, ¿qué es el tiempo?, ¿qué es el espacio?

Para este artículo tal lo ya sostenido, nos detendremos con exclusividad en lo que refiere al espacio. Así observamos que el modo de concebir, describir y conceptualizar sobre el espacio siempre, parecería ser, ha conllevado un modo de cosmovisión.

De acuerdo a la manifestación hombre-sí mismo, hombre – lo otro, se han desarrollado diversas visiones sobre el espacio

De alguna forma el hecho de abordar la cuestión del espacio podría ser asumida de dos modos distintos:

- a) procurar entenderlo desde la descripción (por lo tanto aceptarlo como algo dado, escapando por ello de la faz creación humana) o,
- b) intentar "crearlo" en tanto sobre-imprimiéndole un tipo de visión humana.

Esta última alternativa, pensamos que podría ser la más aplicable para analizar la fenomenología del espacio en esta globalización y de cierta forma sentar razones explicativas de la gran invención del hombre de este último tiempo: el espacio virtual.

Para trabajar, por ende, la cuestión del espacio retomamos nuestro punto de partida cual fue nuestra inscripción temporo-espacial. Y ajustando nuestra lente sobre el espacio creemos no menor la circunstancia de poseer los seres humanos un cuerpo lo que nos lleva a la experiencia de lo material y de la finitud abarcando cierto espacio y no más.

A su vez poseer mente nos trae otra experiencia: la de la inmaterialidad y la de la infinitud. En conjunto ambos elementos nos llevan a transitar por las coordenadas de tiempo y espacio en un *pendant* de expansión y contracción individual y social. Algo así como que poseemos un ritmo respiratorio existencial que se manifiesta especialmente en la relación que el individuo presenta consigo mismo y con los demás.

De modo que individuo y espacio se interrelacionan de forma profunda, en tanto que en el espacio el hombre realizará su vida/existencia.

El espacio, por lo tanto, adquiere como particular rasgo en esta interacción el de ser vital y como tal, entonces, tener de alguna forma la capacidad de nombrar, de re-nombrar al individuo.

De nombrarlo ante sí, y ante su entorno.

Como ya afirmáramos, el tema del espacio ha sido por siglos -y mantiene su vigencia- una suerte de preocupación, por expresarlo de algún modo, del ser humano.

Ahora bien, la mentada dicotomía desde la antigüedad nomadismo-sedentarismo solo tradujo, según pensamos la obsesión del hombre por ir mas allá de sus propios límites corporales. Ser nómada o ser sedentario haría a la misma realidad expansiva con dos direcciones, la primera horizontal, la segunda vertical. (Es decir que la relación establecida es hombre- espacio, en tanto, hombre-extensión echando mano a aquellos criterios aristotélico-cartesianos y en cierto modo, desde una orientación del subjetivo hasta nos animáramos a incluir a Fichte).

En tanto el nómada ensancha su presencia en explanada, el sedentario se expande en profundidad. En el fondo la cuestión es la misma sobre un eje (punto fijo, hombre) se elige una proyección, cada uno mide el beneficio que le reportará ese movimiento pero siendo en ambos casos el mismo móvil, el desplazamiento. Este des-plazar-se

entendido como expandirse es la proyección del hombre en el espacio. Por ende, esta proyección es una apropiación. Una apropiación del si-mismo, o sea un modo de re-apropiación en sentido estricto. Esta re-apropiación sería la manifestación de la convergencia del hombre y el espacio. Así obtendríamos determinado tipo de dominación y de posesión. Pero creemos que en este caso no es tan significativa la posesión con respecto a los demás (terceros), los otros, sino con respecto al si mismo. Es decir, que el espacio de algún modo sería no ya una tercerización del si mismo sino su misma extensión. Hombre y espacio en un punto devienen uno y desde esta unidad realizar la interacción con el/ lo otro. O sea, el primer logro que tendría el hombre en su relación con el poder es la de conseguir manifestar su poder ante si mismo. Recién a partir de haber alcanzado esta situación se lanzará a la interacción social.

Ahora bien, ¿en qué punto de esta descripción se encontraría al individuo hoy? Con esto, ¿en qué punto nos estaríamos encontrando?

La globalización que nos convoca en cuanto a espacio refiere, presenta varios aspectos que nos interesa destacar:

- 1- La revolución tecnológica acaecida particularmente con Internet y la aparición del espacio virtual.
- 2- La movilidad poblacional.
- 3- La posibilidad de constituir diversos domicilios y/ o lugares de residencia o ninguno.
- 4- Los cambios experimentados en el ámbito económico.

Estas cuatro cuestiones listadas nos mostrarían que la adaptación al cambio en el caso concreto de esta globalización habría comportado para el hombre un particular tipo de criterio, es decir un modo específico en la toma de decisión al momento de des-plazarse. O sea que la primera reflexión que podríamos hacer es que aquella conquista del si mismo en el espacio que precedentemente refiriéramos, la apropiación / re-apropiación del si mismo, se vio impactada por la fenomenología producida por la globalización que nos convoca. Con esto destacamos la puesta en valor de la contextualización comprometida en la dinámica descrita. Así pues, esta globalización que nos inserta presentaría un especial y concreto modo de apropiación en la relación hombre-espacio, hombre extensión.

Como segunda reflexión pensamos que estos cuatro aspectos listados traen de la mano un re-planteamiento de la pobreza y hasta de la "misericordia del mundo" (título de una de las obras de Pierre Bourdieu) en cuanto a que la re-asignación espacial en virtud de los cambios económicos locales y globales habría conllevado una re-categorización del hombre y de los grupos sociales.

A esta altura del camino transitado de la nueva fenomenología producida por la globalización estamos en condiciones de poder destacar dos etapas de clasificación de aquella.

1) Esta globalización trajo modificaciones que en el campo económico importaron significativos desplazamientos migratorios (emigración e inmigración) como necesidad de los individuos de adaptación. Automáticamente el efecto fue una modificación en los criterios de residencia puestos hasta ese momento en marcha.

Por un lado un gran crecimiento especialmente del ámbito de la construcción y la otra cara un considerado aumento de las ocupaciones-usurpaciones inmobiliarias.

Dos explicaciones: las innovaciones principalmente tecnológicas llevaron a determinados grupos sociales a conocer una mejoría en sus economías en cuya virtud se animaron a lanzarse a operaciones y transacciones monetarias y financieras de alto riesgo pero asimismo de significativas ganancias de resultar airoas.

Desde el punto de vista que abordamos y según ya lo expresado el fenómeno se manifestó con relevancia en la construcción de complejos edificios con sinfin de comodidades. Esta realidad re-categorizaba a sus titulares en tanto accedían a escalas sociales y por ende nuevos y mejores grupos sociales (siempre refiriéndonos al aspecto económico).

Asimismo novedosos contratos financieros se dieron lugar, nuevos planteos y criterios de inversión, en fin todo lo que englobó el campo de los "mercados de capitales". Es decir, que el concepto de espacio en expansión y por ende de "nuevos lugares" tuvo su maximización allá particularmente en la década de los `90.

La contratará de este crecimiento sin medida fue la pobreza, indigencia y miseria global. Así el incremento de "okupas" en todo el mundo, y esto porque ese "florecimiento" antes referido comportaba a su interior el eterno problema en la relación hombre-economía, cual es: la distribución: a desproporción distributiva-desbalance social.

De modo tal, que se dio un aumento de despidos en cuantos se optó por un sistema laboral sostenido en criterios de selección de RR.HH restrictivos en los que se combinó "lo mejor" con lo "más redituable" y con "lo absolutamente prescindible", por lo tanto el resultado fue; no más estabilidad laboral para el individuo puesto que subieron los estándares de exigibilidad curricular y consiguientemente de exigencia y rendimiento en el trabajo.

Quienes lo lograban podían acceder a un nuevo y por ende, ascendente círculo social; quienes no lo conseguían pasaban al grupo social de excluidos.. Por ende se produjo una doble movilización social, los que accedían al crecimiento y los que no accedían a aquel.

Así dos espacios, dos lugares vitales se erigieron ante y en el individuo "el lugar" y el "no lugar". Uno y otro nombraron al hombre, a su vez este era en si mismo uno u otro. Se estaba incluido, "se pertenecía/e a" o se esta/ba incluido / "no se pertenece/ía a". La pérdida de estabilidad fue por ende la del punto fijo, conllevando como otro efecto una re-significación identitaria del subjetivo social. Pues se era, en tanto se pertenecía. No se era en cuanto (ya) no se pertenecía. Por ende esta primer etapa fenomenológica tuvo como una de sus principales improntas la re-assignación de identidades mas por nuevos y distintos modos de identificación que por una nueva construcción identitaria per se.

Y aquí es cuando pensamos finalizaría la primer etapa de la fenomenología que estamos describiendo. Pasamos entonces a la segunda y ultima fase.

Durante la década posterior a la del `90 o sea la actual, lo que se habría evidenciado es esa diferenciación de categorías sociales (en cuanto a categorizaciones sociales seguimos a Fitoussi- Rosanvallon) materializadas en la diversidad de espacios y lugares que tendió a homogenizar hacia abajo. Sin importar de quien se trate. Especialmente en nuestros días observamos cómo los principales Estados (centrales) experimentan un derrumbe económico-social que parecería ser les habría sido imprevisto. Diariamente tomamos noticia de los remates y ventas de bienes inmobiliarios que se producen en el globo.

Así aquellas desigualdades "intracategorías" (Fitoussi- Rosanvallon: 1999) de la primera etapa que reseñamos pasaron a constituirse tanto en línea divisoria social como asimismo en la impronta de una mayor cantidad de grupos sociales, consiguientemente nuevos espacios surgieron.

Desde este punto de vista nos encontramos que el espacio de esta globalización de algún modo re-nombró al individuo en tanto lo re o des-categoriza en su pertenencia a uno o varios grupos sociales.

De tal forma que nuevas entidades sociales, nuevos espacios, nuevas denominaciones para estos últimos han aparecido. Una de ellas refiere a la expresión "no lugares". Por esto en las próximas líneas nos adentramos sobre el particular.

La razón de ser de este tipo de espacio la encontramos vinculada a la relación que el ser humano mantuvo con la máquina. Especialmente durante el siglo XX se desarrolló una fuerte vinculación que produjo como resultado la aparición de un nuevo canal de comunicación e información, por ende, de cierto modo de socialización cual fue Internet.

Esto llevó a innumerables manifestaciones expresivas que acuñaron un nuevo tipo de código comunicativo. Código comunicativo que implicó de modo evidente una nueva forma de describir y expresar experiencias, sentimientos, vivencias (una de las características más ricas que presentan los lenguajes es su fácil adaptación al cambio y a lo vertiginoso de su dinámica).

Este nuevo manifestarse cerraba a su interior una mayor relevancia, la de ser expresión de un nuevo espacio dentro del cual el hombre comenzó a transitar, específicamente a "navegar". Por primera vez en la historia del hombre este había alcanzado lo impensable, crear un espacio dentro del cual se auto-inscribiera. De alguna forma le habría conllevado salirse de un marco de inserción ya dado para establecerse en el suyo, el propio. Hecho a medida del hombre nuestro nuevo espacio: el virtual, intangible, invisible en sentido estricto, sin embargo con mayor peso específico y ontológico que cualquier otro. Capaz de modificar a ese otro espacio dado, aquel que por siglos dio tanto que pensar a tantos hombres como bosquejáramos oportunamente.

Para trabajar con este nuevo espacio, el virtual, pasaremos a delinear ciertas características que entendemos lo tornan en la gran invención de los últimos tiempos.

Características del espacio virtual.

En primer lugar este tipo de espacio presenta una novedad ciertamente resonante cual es la de permitir la invisibilidad de los comunicadores-navegadores: De alguna forma "se está sin estar". O mas bien, se esta sin saber donde se esta. Por ende esa invisibilidad es de un tipo que se aproximaría más a la idea de clandestinidad. Según el DRAE se entiende por tal: "calidad de clandestino" y por este último: "secreto, oculto". O sea, que hay una cierta "protección" de emisor y receptor al establecer una vinculación online. Esa protección identitaria presentaría un pro y una contra. Por la primera una experimentación máxima de libertad comunicativa, la contra la capacidad de engaño y desvirtuación de la realidad. O sea tal rasgo aproximaría y alejaría a la vez. En esta misma tendencia comunicativa se encuentran las líneas móviles aportadas por los celulares.

Otro aspecto que podemos señalar es que el mismo hecho de ese guardar secreto sobre donde se está ha llevado a la posibilidad de constitución de varios lugares-espacios-sitios en los cuales el individuo está al mismo tiempo.

Ese particular espacio le permite una diversidad de direcciones electrónicas donde encontrar al internauta al mismo tiempo. De algún modo caería aquel principio antiguo por el cual nadie puede ocupar/estar (en) dos lugares al mismo tiempo (aunque podríamos destacar como cierto antecedente de esta particularidad al teléfono fijo).

Esa diversidad de lugares para contactar a alguien, aportar la posibilidad para el internauta de realizarse en diversos lugares, a veces, socializar al mismo tiempo en diversos lugares.

Lo expresado nos hace traer a colación aquella relación que alguna vez se estableció entre nomadismo y sedentarismo. Si tenemos que referir una esquemática línea del tiempo fueron los tiempos antiguos, principalmente, los pre-históricos, los que se caracterizaron por el nomadismo asumiéndose (al menos así lo hemos estudiado) que cuando el hombre fue desplegándose en el tiempo, entonces un modo de evolución, fue eligiendo permanecer en un solo lugar o al menos por mayor tiempo en determinado sitio, en tanto esto lo beneficiaba en su producción y crecimiento. Así se convirtió en su propio punto fijo y esto le aparejó cultura y civilización. Reunión del aspecto endógeno y exógeno del hombre adulto.

Ahora bien, nos preguntamos si este retorno a una forma de nomadismo que estaría presentando aquel tipo de realización del individuo en el espacio virtual ¿le comportaría una evolución o una involución? Es un modo de movilización poblacional pero del tipo "hacia abajo"? ¿Aparejaría un retorno a modos primitivos de manifestación del hombre en su relación con lo otro? Cual sería entonces el corazón del nomadismo? ¿Realmente ha sido un criterio de incivilización aquella manifestación móvil del hombre de la antigüedad, o de falta de cultura? Mucho ya se ha escrito sobre el eventual estado tribal que habría aparejado la presente globalización (Maffesoli: 2003, Bauman: 2004) por lo que no nos detendremos. Solamente las dejamos señaladas para una posterior reflexión.

El último rasgo que nos interesa destacar sobre este tipo de espacio creado por el hombre cual es el virtual es aquel que se vincula con la interioridad del individuo.

Una de las características que suele presentar cualquier cambio radical de tipo paradigmático como el que posiblemente generó nuestra globalización fue impactar en el yo de un modo profundo. A más de aquella re-categorización identitaria que reseñamos se habría producido en la primera etapa de la fenomenología de la globalización, el impacto de espacio mayor según nuestro entender lo produjo el llevar al hombre a plantearse, una vez más su lugar en el mundo.

Un lugar atravesado por la economía pero ante todo marcado por el modo de interactuar con la alteridad. Esa relación yo-no yo freudiana llevado a su máxima expresión se puso en la mesa de cuestiones a tratar, especialmente en las últimas décadas. Es decir que este efecto lo heredamos del siglo pasado y parecería ser aun no hemos vislumbrado un camino cierto.

No creemos casual que en el momento en que mas perdida de espacio real, tangible acontece (perdida de casa, familia, trabajo, salud, etc...) mas el individuo se "ampare" en el espacio virtual. Con cada día que pasa, el incremento de blogs, portales personales, grupos, etc...es exponencial.

A mayores pérdidas-carencias que en otra época consolidaban hasta nuestra presentación en sociedad -ser estable como sinónimo de adulto responsable implicaba antaño la capacidad de hacer una familia y sostenerla en el tiempo, permanecer sine die en el mismo trabajo, tener un grupo de amigos que venia desde la infancia, ser cliente de unos pocos lugares: clubes, asociaciones, de toda la vida, etc...esto es, la concurrencia de lo enumerado comportaba aquella idea de progreso-hoy nos enfrentamos ante la diversidad manifestativa de la incertidumbre. Esta presenta varias caras, "el exilio interior, las heridas identitarias, el rechazo de la invención, del conformismo y del racismo".(Lequin, citado por Benalil y Dupuis. 2005,13).

De suerte que ese espacio virtual hace lugar al "no lugar" y este pasa ha convertirse en uno de los lugares cuando no, en el lugar.

Conclusiones.

La propuesta de este artículo fue reflexionar a propósito del denominado "no lugar" con el fin de precisar hasta qué punto sería tal y qué rol tendría en la vida del individuo.

De lo abordado pensamos que aquella idea de apropiación del sí mismo a que tiende el hombre, es decir, una tendencia intrínseca en el buscar dominar espacio entendiendo por tal la propia expansión como modo de soslayar aquella imposición dentro de la cual estamos inscriptos, encontró un punto de controversia en la segunda mitad del siglo XX cuando se produjo el estallido de la globalización actual. En ese momento habría comenzado un camino, no tan largo, del que va a surgir un nuevo espacio, netamente creado por el hombre, extrañamente surgido no ya de la relación del hombre con otro sino de aquel con la máquina.

Así el espacio virtual quedó no ya presentado en sociedad sino incorporado a la vida cotidiana de todos nosotros. Este espacio, de algún modo sería el "no lugar" por antonomasia del siglo XXI, en cuanto presentar las características que señaláramos en tanto devenir como abrigo y cobijo de un hombre que muchas de las veces de ha auto-exiliado como modo de escapar, cuando no, de salvarse, de una dinámica vertiginosa que parece muchas veces buscar devorárselo. Al menos parecería ser la impresión dejada ante el impacto del despojo y la inestabilidad continuos que aparejaría esta globalización.

Por esto pensamos que el "no lugar" es un tipo de lugar en donde lo que se habría producido es retornar a esa idea de re-apropiación del sí mismo que parecería ser habría desaparecido o al menos debilitado en el espacio no virtual. Así el hombre se encontraría nuevamente ante un modo de nombrarse, una tipo de ratificación identitaria del siglo XXI.

Así pues este no lugar indicaría una visión del mundo. Un mundo que ante la dificultad de nombrarlo se presentaría en cuanto a espacio refiere como expresión negativa de lo ya conocido.

Pensamos que este tipo de espacio es punto de concomitancia de todos los opuestos (clandestinidad-exposición, abrigo-intemperie, lugar-no lugar, etc.) y como tales, pues, complementarios. La re-significación hace a esta dinámica globalizante y globalizada que vivimos, por ende, el otro pilar, a veces "imponderable" que es el tiempo sería el encargado de indicarnos qué sucederá con esta nueva creación de la humanidad.

Bibliografía

ANSALDI,W,(2000), *Calidoscopio latinoamericano*, Ariel, 2000.

BOURDIEU,P, (1999), *La miseria del Mundo*, Fondo de Cultura Económico, 1999.

FERRATER MORA, (1999), *Manual de Filosofía*, Tomos I, II, III, IV. Barcelona. Editorial Ariel 1999.

FITOUSSI-ROSANVALLON, (1999), *La era de las desigualdades*, 1999.

LEQUIN,L (2005), De la memoire vivie au dire attenuue L`écriture d`Aki Shimazaki. En *Voix et images* vol. 31 numero 1-89-99.

ORTIZ,T-PARDO, (2006), Ortiz-Lescano Galardi,(2006), ¿Hacia un Estado posmoderno? Transformación e identidad, en *Estado posmoderno y globalización. Transformación del Estado nación argentino*. Departamento de Publicaciones. FD/UBA, 2006

LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD EN LA EDAD DEL ALMA DESILUSIONADA

Por Federico Rojas de Galarreta

RESUMEN

La legalidad y la legitimidad se han transformado en sus funciones. A través del caso de la licitud del uso de las armas nucleares y de una mirada sobre el sistema de relaciones internacionales imperante, aquí se intenta un abordaje respecto de los desafíos que se plantean para estos conceptos en un mundo, que en un movimiento trascendente, expone cada vez más la inmanencia de sus relaciones violentas.

PALABRAS CLAVE

Legalidad, legitimidad, armas nucleares, globalización, soberanía.

LEGALITY AND LEGITIMACY IN THE AGE OF THE DISILLUSIONED SOUL

By Federico Rojas de Galarreta

ABSTRACT

Legality and legitimacy have been transformed in their functions. Through the case of the lawful use of nuclear weapons and a glance over the prevailing international relations system, we attempt to approach the challenges that these concepts raise in a world that, in a transcendent movement, expose more and more the immanence of their violent relations.

KEYWORDS

Legality, legitimacy, nuclear weapons, globalization, sovereignty.

LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD EN LA EDAD DEL ALMA DESILUSIONADA

Por **Federico Rojas de Galarreta***

Quiero primeramente agradecer a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y al Instituto Gioja por el espacio que brindan en estas Jornadas, tan propicias para el debate y el intercambio de posturas e ideas.

La temática que traza esta ponencia fue inspirada hace ya varios meses atrás, a partir de una nota periodística publicada en numerosos diarios a nivel internacional. La misma se refería a la indemnización que había acordado otorgar el Estado Francés a las víctimas de sus ensayos nucleares. Estos ensayos fueron realizados durante varias décadas en distintas zonas del Sahara y luego en la Polinesia, con efectos devastadores para quienes allí trabajaron y también para aquellos pobladores que vivían en las cercanías. Finalmente el Estado francés reconocía los efectos que traían aparejados estos ensayos, pero no se hacía ninguna mención al peligro nuclear actual. A partir de esta nota comencé a reflexionar sobre la situación que vive la legalidad en el sistema de relaciones internacionales actual, específicamente en lo que refiere al uso de las armas nucleares, y así fue que comencé a investigar un poco más en profundidad el asunto. Recordé entonces que en el año 1996 se solicitó, a pedido de numerosas organizaciones no gubernamentales, una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia y el resultado de ese proceso (que luego retomaré con mayor profundidad) me llevó a tener que investigar la situación que vive actualmente la legitimidad.

Así entonces, esta ponencia tiene por objeto realizar un acercamiento a la situación que viven actualmente la legalidad y la legitimidad en el sistema de las relaciones internacionales.

Quiero aclarar previamente dos premisas de las que parto: Primero, no trataré a la legalidad solamente en tanto derecho o como forma de ordenamiento de lo social, sino también como forma de legitimación de un determinado orden en tanto sistema de dominación racional, tal y como lo planteó Max Weber en su libro *Economía y Sociedad*. Allí el autor define a la dominación racional como aquella que “descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal)” (WEBER, 1944). Así las cosas, vemos como legalidad y legitimidad se con-funden, es decir, se funden en un sistema que tiene incluido en su mismo cuerpo el fundamento de su legitimación.

Segunda premisa, cuando me refiero a “la actualidad” estoy suponiendo ciertos cambios en lo que usualmente se denomina como la modernidad. Ya José Ortega y Gasset lo ha descrito con maestría en el final de su escrito *El Ocaso de las Revoluciones*, allí donde comienza su *Epilogo sobre el Alma desilusionada*, cuando relata un panorama muy certero acerca de la época que se vivía y, en mi opinión, aun se vive:

* Licenciado en Ciencia Política por la Universidad de Buenos Aires. Como Secretario de Asuntos Estudiantiles de la Regional Humanista Latinoamericana, construyó y coordinó redes estudiantiles a nivel regional, elaborando además estudios y políticas de integración para el ámbito de la educación superior. Desarrolló asesorías en relaciones institucionales, instalación de temas en agenda pública, investigación legislativa y planificación estratégica para diversas organizaciones. Actualmente se encuentra radicado en Chile y realiza investigación en el Centro Argentino de Estudios Internacionales.

"Después de la derrota que sufre en su audaz intento idealista, el hombre queda completamente desmoralizado. Pierde toda fe espontánea, no cree en nada que sea una fuerza clara y disciplinada. Ni en la tradición ni en la razón, ni en la colectividad ni en el individuo. Sus resortes vitales se aflojan, porque, en definitiva, son las creencias que abrigamos quienes los mantienen tensos (...) El rayo y el trueno vuelven a espantar como en los tiempos más primitivos. Nadie confía de triunfar de las dificultades por medio del propio vigor. Se siente la vida como un terrible azar en que el hombre depende de voluntades misteriosas, latentes, que operan según los más pueriles caprichos" (ORTEGA Y GASSET, 1923).

Puesto en palabras de Silo, pensador argentino aunque de alcance mundial, diré que lo que defino como "actualidad" está trazado por tres grandes procesos: la desestructuración, la fragmentación y la desorientación (SILO, 2002). Es así que tomaré como premisa la existencia de ciertos cambios en la modernidad¹ e intentaré abordar como afecta este contexto al funcionamiento de la legalidad y la legitimidad, utilizando como punto de partida y como ejemplo la situación que se vive respecto del uso de armas nucleares.

Hecha estas primeras aclaraciones, puedo avanzar en los temas que hoy nos convocan.

Comenzaré por la situación de la legalidad. En Mayo de 1992, por iniciativa de diversas organizaciones no gubernamentales, se emprendió una campaña internacional denominada "World Court Project", a partir de la creencia de que la cuestión de la utilización de las armas nucleares no estaba resuelta, ya que el arsenal nuclear seguía siendo una amenaza para la existencia de la humanidad. Así fue que se solicitó a la Corte Internacional de Justicia que se expidiera respecto de la licitud del uso de las mismas, en un proceso que duró varios años. Este proceso culminó el ocho de julio de 1996, cuando la Corte Internacional de Justicia emitió su opinión sobre la licitud del empleo y de la amenaza de empleo de armas nucleares. En esa Opinión, que no resultó unánime, la Corte declara que no puede decir si *"(...) la amenaza o el empleo de armas nucleares es lícito o ilícito en una circunstancia extrema de legítima defensa en la que esté en juego la supervivencia misma de un Estado"* (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 1996).

Veamos el primer punto de interés que extraemos de las declaraciones emitidas en esta Opinión. El derecho internacional tiene por una de sus bases el *"derecho fundamental que tiene cualquier Estado a sobrevivir y, por consiguiente, su derecho a recurrir a la legítima defensa (...) cuando esté en juego su supervivencia"* (CONDORELLI, 1997). Esta declaración realizada por el Juez Shahabuddeen, miembro de la Corte Internacional de Justicia, que consta en la Opinión consultiva de 1996, se continúa del siguiente modo: *"De todas formas, parecería curioso que una corte mundial se sienta obligada por ley a llegar a la conclusión de que un Estado tiene derecho, aunque sea en pocos casos, a destruir el planeta"* (CONDORELLI, 1997). En este caso, un Estado tendría derecho a la utilización de armamento nuclear siempre y cuando su supervivencia estuviera en juego. Tomando prestados algunos conceptos de las ciencias sociales, lo primero que tendríamos que operacionalizar -o en otras palabras, medir- es el concepto de supervivencia, o mejor dicho el de vida y muerte de un Estado. ¿Dónde reside su vida? ¿En qué organismos o instituciones se manifiesta? ¿Qué es lo que define las condiciones de supervivencia de un Estado? ¿Hasta dónde un Estado se mantiene con vida? Este concepto no está desarrollado en el marco del Derecho Internacional, dejando una laguna de importancia para la interpretación de la norma. En otro caso quizás esto no traería aparejada ninguna importancia, pero aquí se vuelve un tema de gravedad debido a las consecuencias que podrían surgir de una manipulación discursiva de la misma. Aun así, vamos

¹ No creo necesario para el tema que nos ocupa en esta ocasión entrar en el debate sobre la modernidad, la posmodernidad o la modernidad tardía, ya que el asunto aquí tratado refiere a cuestiones mucho más acotadas.

a intentar facilitar la argumentación que proponen aquellos defensores de las armas nucleares, y supondremos que la supervivencia de un Estado Nacional se define por la soberanía que ostenta el mismo, aun cuando sepamos que la complejidad que esto admite es muchísimo mayor. Supongamos que la aseveración anterior se refiere a la continuidad de la soberanía de un Estado sobre un territorio y un conjunto de personas, sin la cual no tiene razón de ser. Bien, hasta aquí el razonamiento parece válido. Veremos entonces como aun siguiendo con esta argumentación, se llega a callejones sin salida.

El punto que aquí se vuelve de importancia entonces es la definición de las condiciones de la soberanía. Antes de comenzar, vamos a dejar de lado las críticas que podríamos hacer a este planteamiento respecto de la situación actual de la soberanía nacional. Veamos cómo funcionaría este tipo de regulación en condiciones modernas de tipo regular (que no considero que sean las actualmente existentes). Imaginemos que tenemos un escenario en el cual un Estado A ataca a un Estado B, e interfiere en sus asuntos internos, poniendo en serio riesgo su soberanía y por tanto su supervivencia. Según la interpretación que hace el derecho internacional, si este Estado B tuviese en su poder armamentos nucleares podría utilizarlos legalmente contra el Estado A en su defensa. Ahora bien, si consideramos que un ataque nuclear devasta por miles de años un territorio determinado impidiendo definitivamente el surgimiento de formas de vida, sucede que con la utilización de armamentos nucleares este Estado B estaría poniendo en serio riesgo también la soberanía del Estado A. Y así volvemos a empezar ad eternum. No es difícil concluir que este marco regulatorio no plantea soluciones muy efectivas a nivel global en el mediano plazo.

A esto debemos agregar que la soberanía nacional es objeto desde hace ya varias décadas de un constante deterioro por parte de procesos que la desgastan desde sus ámbitos mayores y menores, o dicho de otro modo, desde el ámbito de lo global y desde el ámbito de lo local. No es la misma soberanía la que ubicamos hoy en día en la mayor parte de los países del mundo, que la existente en tiempos normales de la modernidad. La tendencia a la descentralización, como así también las corrientes localistas han sido un factor de suma importancia en este proceso de desgaste. Pero, para encontrar los factores de mayor peso, debemos ir al ámbito de lo global. Por nombrar a algunos de ellos, observemos: se ha transformado el derecho internacional, generando una serie de organismos que, a pesar de las condiciones que se auto imponen desde el plano de lo formal, interfieren claramente en la vida soberana de los Estados Nación de la actualidad (sin por ello ser bueno o malo en sí). A esto debemos agregar la facilidad con que se mueven los capitales hoy en día, sin ningún poder de control por parte de los Estados, como así también sucede con numerosos tipos de mercancías, legales e ilegales, que transitan el planeta a sus anchas. Esto sucede en parte gracias a las legislaciones internacionales, que permiten el surgimiento de empresas transnacionales que en su gran mayoría, no tienen un centro manifiesto de control. Debemos agregar a todo la imposibilidad de generar políticas aisladas del resto del mundo en términos económicos, de recursos naturales o energéticos, de defensa, etc. Dando cabida al surgimiento, en distintas etapas, de nuevos bloques regionales que han conformado un nuevo mapa geopolítico. Podríamos estar infinidad de párrafos nombrando ejemplos como los anteriores, pero lo importante que de aquí se desprende es que la concepción tradicional y moderna de soberanía sobre la cual se basa la afirmación con la cual comenzamos este escrito, ya no existe. ¿No es esto una dificultad para la interpretación de la supervivencia soberana de un Estado?

Se ha hecho claro luego de esta parte de la exposición que el derecho internacional cuenta con numerosos baches en lo que respecta a la definición concreta, o a la operacionalización de los conceptos con los que se mueve, y que eso puede generar grietas por las cuales es posible realizar acciones sumamente nocivas a la humanidad. Pero había dicho al comienzo de esta ponencia que no solo me referiría a la legalidad en tanto orden, sino también

tomando en cuenta la legitimación que trae incluida en su mismo cuerpo. Es así que no solo observamos los graves problemas que afronta actualmente en términos de imposición de un orden internacional, sino que tampoco logra legitimar por esos mismos problemas la situación existente en las relaciones entre los países.

Sin embargo, y muy lamentablemente, debemos afirmar que toda la argumentación que se ha desarrollado previamente en esta ponencia ha sido en vano, pues la legalidad en términos bélicos, y mucho más en términos nucleares, es algo totalmente secundario en el actual sistema de relaciones internacionales. Tanto es así que se violan día a día las soberanías de los Estados, se viola el derecho humanitario internacional, y a nadie se le ocurre que exista algún tipo de sanción, excepto que aquel que lo realiza sea un Estado Nación "periférico", como generalmente se los denomina. Pero entonces ¿Cómo es que se legitima este orden? ¿Qué sucedió con el derecho como legitimador en tanto orden racional? ¿Hay algún tipo de legitimación? Por supuesto que la hay, pero en este movimiento histórico de desestructuración, se ha trasladado a un plano más trascendente del que estaba anteriormente. De eso intentaré ocuparme ahora.

En la historia moderna no muy lejana, las guerras y las amenazas de ataque bélico tendían a legitimarse sobre la base del derecho público internacional. A pesar de la existencia de intereses muchas veces larvados u oscuros, frente a la comunidad internacional se presentaban argumentos de tipo legal para la justificación de los conflictos bélicos planeados. Esto cumplía una función legitimadora en tanto refería a un concepto trascendente como el derecho, que tenía visos de objetividad y neutralidad que limpiaban de toda responsabilidad "irracional" a los actores en juego. Pero como vimos en los párrafos anteriores, esto hoy en día se ha modificado.

En la actualidad la legitimación ya no se busca a través de un concepto que, aunque sea trascendente, tenga una cierta posibilidad de operacionalización, tal y como es el Derecho -aun tomando en cuenta las dificultades y las lagunas que allí encontramos-, sino que intenta darse a través de conceptos aun más trascendentes, en los cuales el anclaje entre significativo y significado dentro del discurso es una *rara avis*. Dentro de esta situación, la posibilidad de acuerdos mutuos o convenciones respecto de cómo medir los conceptos, con el simple fin de saber en qué momento pueden utilizarse o no, y en qué gradación se cumplen en el mundo, se cierra como una misión imposible. Encontramos numerosos ejemplos de aquello. Tal es el caso de los conceptos de democracia, derechos humanos o libertad, siendo ellos los más utilizados bajo fines legitimantes de ataques bélicos en los últimos tiempos. Allí podemos observar que el modo en que se los utiliza es en un juego lingüístico que tiene un cuasi sabor metonímico, en el que se hace referencia al todo por una de sus partes (o mejor dicho, se da por sentada la referencia al todo con la simple mención de una de sus partes), en una visión intencionalmente sesgada y bastante acotada, sin mostrar nunca el punto de vista y el interés que hay en su base. Por dar un ejemplo: en el caso de la democracia, solamente se hace referencia a ella en términos de elecciones periódicas, y pluripartidismo; en el caso de los derechos humanos, solamente se hace referencia a ellos en términos de derecho a la libertad de prensa y a la libertad de opinión; por último, en el caso de la libertad, se hace referencia a la misma en términos de libertad de mercado. Aquí no se habla de la profundidad de la democracia, de la alimentación, la educación y la salud como derechos humanos, o de los condicionamientos a la libertad que impone a los trabajadores un sistema de libre mercado.

Sucede entonces con estos conceptos, que terminan siendo tan puramente trascendentales en su alejamiento respecto del significado, que dejan en evidencia la pura violencia inmanente a la situación opresiva, basada sobre la fuerza militar que adquieren los Estados a partir de la posesión de este tipo de armamentos. Dicho en otras palabras, se trata de conceptos trascendentales tan ambiguos, que en la licuación de sus significados terminan por no decir

nada, manifestando así una cuasi legitimación por la pura inmanencia de la fuerza que poseen unos u otros Estados. Pareciera ser que, paradójicamente, por ser tan difíciles de medir pierden su sentido legitimante y nos muestran la pura realidad de la opresión, que no encuentra justificación alguna por fuera de los intereses del sector que domina.

Si seguimos hilando un poco más fino, veremos como la argumentación en los discursos que intentaban legitimar las guerras emprendidas en los últimos años, fueron tomando un tinte religioso a medida que se sucedían los meses desde el comienzo de los ataques. Todo comenzó a partir de la existencia de armas de destrucción masiva, luego paso a ser una defensa de la democracia y los derechos humanos, por último una oda a la libertad. El *summum* de este tipo de legitimaciones ultra trascendentes esta dado por el regreso de las justificaciones religiosas dentro de las argumentaciones de los discursos bélicos. Este privilegio discursivo ha estado principalmente en manos de George W. Bush en la última década, en un ping pong de fundamentalismos en el cual el rival eran las organizaciones terroristas del momento. ¿Qué cosa más trascendente podríamos haber encontrado que la religión y las continuas referencias a la misión que Dios le ha encomendado al Sr. Bush? Si ya en la supervivencia de un Estado encontrábamos dificultad de operacionalización, aquí ya estamos ante un camino sin salida.

Ante esta situación, podríamos tomar dos vías distintas. Una sería rasgarnos las vestiduras por la mala construcción que se ha hecho de la posibilidad de medición de los conceptos trascendentes que articulan el Derecho, llevando así a las aberraciones que vimos en los discursos. Surgirían teorías que proponen reconstruir los significados, reconceptualizar el Derecho, etc. Así podríamos continuar casi eternamente queriendo regresar al anclaje discursivo de la modernidad, como ancianos que añoran épocas mejores en el pasado. Si tomáramos la primera vía, nos detendríamos en las lagunas del Derecho, nos horrorizaríamos por el uso de figuras retóricas en los discursos, en definitiva, observaríamos la superestructura de la legalidad y la legitimación que intenta regir el sistema internacional como una instancia determinante. No es esta la postura que elegiré en este caso.

Una segunda opción sería observar al momento histórico actual como una etapa de un casi pleno desgaste de los paradigmas reinantes durante la modernidad, entre ellos los discursos trascendentes. Así las cosas, no veríamos los conflictos bélicos como un error por parte del Derecho, o de la "mala utilización del lenguaje", sino como salida a la luz de la inmanencia del poder, que, subterráneamente opera detrás del Derecho, de aquel poder que no necesita de reglas de juego escritas, porque en su inmensidad se impone sobre el resto, sin justificación alguna más que la fuerza bruta. Dentro de esta postura, se evidenciaría la arbitrariedad del poder sin justificativos que se impone en el sistema internacional por parte de unos grupos de poder hacia otros, tomando hoy la forma de armamentos nucleares y fuerza militar. No queremos decir con esto que el poder se ha impuesto sistemáticamente sobre la pura base física de la fuerza bruta, sino que ha tenido que recurrir a tácticas de legitimación que han tenido su desgaste, y en una última instancia, todas han dejado en evidencia su característica más esencial: la violencia en sus diferentes formas.

En una analogía simple. Los Estados tienen leyes nacionales que rigen la convivencia entre las personas, rigen la vida cotidiana y la controlan dentro de ciertos límites. Pero si por una razón incierta, la población se saliera de ese cauce, aparece en escena el mecanismo del estado de excepción para restablecer el orden. Durante la modernidad el estado de excepción era realmente una excepción. Pero la excepción en una época de desgaste de los discursos legitimantes (sean legalistas o no) se vuelve regla, en parte gracias a la exposición que vive el poder, en parte gracias a la fragilidad que le imprime la inminencia de su caída.

Para finalizar, quisiera hacer una aclaración. No estoy moviéndome con el supuesto de que los conceptos trascendentales hayan quedado guardados en un cajón en su función legitimadora. Por el contrario, creo que la historia en su movimiento cíclico los empujará a retomar su importante función, de aquí a un tiempo que hoy se hace difícil determinar. Creo también que tendrán que regresar, pero en una versión mejorada y menos ingenua en lo que respecta a las relaciones de poder internacionales. Así, tendrán que cumplir con su función de convergentes de la diversidad existente, en una operacionalización precisa pero no concluyente. Ahora bien, no podrán existir sobre una base ingenua de creer que rigen por sobre los poderes violentos existentes, sino que deberán regir sobre la base de la desconcentración efectiva y la eliminación de aquellos poderes oprimentes. La posibilidad de que esto ocurra depende de la instalación actual de esos contenidos en el paisaje social.

Referencias bibliográficas.

- CONDORELLI, L. (1997) "¿Jura non novit curia?" en *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 139, pp. 9-21.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Opinión Consultiva, 8 de julio, 1996. Fuente: Internet. <http://www.icj-cij.org>
- ORTEGA Y GASSET, J. (1923). El *tema de nuestro tiempo*. Obras Completas. Madrid, Revista de Occidente, 1955.
- SILO (2002) Cartas a mis amigos. Obras Completas, Vol. I. México, Plaza y Valdés, 2002.
- WEBER, M. (1944). *Economía y sociedad*. México, Fondo de Cultura Económica, 1964.

“LA PATRIA GRANDE”

Nuevas tendencias de integración latinoamericana.

Por Javier Segovia

RESUMEN

El siguiente trabajo se aboca a un análisis de la situación latinoamericana general, rastreando algunos de los acontecimientos más relevantes de ayer, y de hoy, para estar en condiciones idóneas de proyectar un posible mañana. Se establece un paralelo en el estudio de los principales organismos multilaterales, con la finalidad de distinguir aquellos aleccionados por la doctrina económica clásica, de aquellos que se apoyan en la identidad compartida que entronca la esencia común del pueblo latinoamericano. Además, se procura dar cuenta de los éxitos y fracasos de cada proyecto integracionista, sus implicancias en medidas concretas y, entre otras materias, la temática del regionalismo abierto frente al fenómeno en auge de la Globalización.

PALABRAS CLAVE

Latinoamérica – regionalismo – inserción internacional.

‘THE GREAT FATHERLAND’

New tendencies of Latin American integration.

By Javier Segovia

ABSTRACT

The next work will try to make an analysis of the Latin American general situation, tracing some of the most relevant happenings of yesterday, and today, to be in right conditions to project a possible tomorrow. It puts a parallel in the study of the main multilateral organisms, with the finality of discriminate those instructed by the economic classic doctrine, of those based in the shared identity that form a common essence for the Latin American people. Also, it teaches about the success and failures of each integrationist program, their implicances in concrete decisions, and, between other signatures, the theme of the open regionalism in front of the actual Globalization phenomenon.

KEYWORDS

Latin America – regionalism – international insertion.

“LA PATRIA GRANDE”

Nuevas tendencias de integración latinoamericana.

Por Javier Segovia*

1. Introducción: La región desde un gran angular

América Latina es un mundo infinitamente variado en sus recursos naturales y humanos. Desde la ciudad de Ushuaia hasta el Río Bravo, sus tierras cuentan con un patrimonio cuyo valor es, a todas luces, incalculable e inabarcable. Las riquezas se encuentran en prácticamente todas las categorías que se quieran examinar. Así entonces, si observamos, por un lado, el valuarate natural, veremos un sinnúmero de especies animales y vegetales que conforman la biodiversidad original; vastísimos yacimientos de piedras y metales preciosos, entre otros elementos minerales, en las zonas de montaña; una extensa geografía repleta de ecosistemas distintos; y grandes reservas subterráneas de combustibles fósiles y agua potable. Acaso lo más destacable para la generalidad de las personas, sea una fertilidad natural en los suelos inhallable en otras partes del mundo, que los hacen capaces de producir toda clase de especies agrícolas, ya sean autóctonas del continente americano, como traídas desde otro lugar. Los lejanos horizontes de tierras cultivables son el motivo de una lógica ventaja comparativa, si estableciéramos un paralelo con las producciones rurales de muchos otros sitios.

Por otra parte, si nos fijáramos en el patrimonio humano, histórico y cultural, halláramos que América Latina ofrece la mayor diversidad étnica del mundo entero: se estima que en nuestro continente conviven, en total, más de setecientas etnias, lo cual implica un abanico muy amplio de expresiones culturales propias: religiones, ciencias, lenguajes (tanto los tres idiomas romances derivados del latín, como las lenguas nativas precolombinas), dialectos, mitologías, simbologías, costumbres y tradiciones, arte, Historia. Los porcentajes de distribución étnica varían según el territorio, pero lo cierto es que, además de las incontables civilizaciones primigenias que la ocupan desde siglos atrás, los pueblos latinoamericanos ahora se han compuesto también por habitantes blancos, mestizos, afro americanos, mulatos, zambos, asiáticos, etcétera. Todo lo cual nos permite entrever que la demografía de América Latina configura un gran mosaico humano; según cifras recientes se calcula que la población total asciende a los 582 millones, aproximadamente, contando países autónomos mas dependencias.

Sirva todo lo descrito como ilustración a grandes rasgos de las riquezas biológicas y minerales en abundancia, ilustración de la cual no podrá concluirse sino en que se trata de un territorio favorecido desde el primer momento. Por estas razones resulta, cuanto menos, difícil de entender la realidad socioeconómica que vive una importantísima parte de los habitantes de este suelo latinoamericano. La economía de la zona se ha caracterizado, en general, por un bajo crecimiento y competitividad comparada con los principales mercados emergentes, además de estar marcada por dos problemas, podría decirse, verdaderamente endémicos: las profundas irregularidades en la distribución de la renta, y a consecuencia, la exclusión social. Acerca de este último tema, la región fue calificada como la más desigual del mundo, según los informes confeccionados por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe¹.

* Javier Martín Segovia es estudiante de la Carrera de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Acaso sea posible señalar una de las numerosas raíces de los problemas sociales en la posesión histórica del territorio, dado que en los espacios rurales prevalecen las estancias e ingenios, bajo el poder de una minoría de latifundistas. Al respecto, el periodista Nicolás Cassese escribe que "la inequidad en la distribución de la tierra luego se reprodujo en sus acuerdos institucionales y los gobiernos de la región terminaron en manos de elites que lograron perpetuar su dominio" (Cassese, 2007, 50). Por eso hay coincidencia en la idea de que el desempeño social de América Latina es su más grave deficiencia. Las altas tasas de desempleo que no decrecen, y la terrible precarización de las relaciones laborales, entre otras materias, complementan y complican esta problemáticaⁱⁱ. Todo lo cual hace que los designios de la zona hayan oscilado entre la dependencia de las variables económicas externas, y una batería de medidas proteccionistas para priorizar el comercio intrazona y abastecer el mercado internoⁱⁱⁱ.

2. La prosperidad y los cambios de liderazgo

Ahora bien, justamente en los tiempos que corren parece haberse armado un escenario disímil, en oposición a aquellos que la Historia de la región ha dado a conocer en el pasado. La existencia de este flamante escenario hace aparición, con seguridad, a partir de una multiplicidad de causalidades. Sin embargo, salta a primera vista que es la conjugación de dos elementos, de relevancia superior, la que tiene una incidencia directa en este fenómeno de transformación. Se trata de dos factores, uno de índole económica, el otro de índole política.

En cuanto al ámbito económico, hemos sido testigos, en todo el mundo, del gran aumento del precio en las materias primas. En América Latina, uno de los más grandes productores de estos bienes desde antaño, esta situación provoca directamente una aceleración en el crecimiento económico, lo cual, a su vez, abre nuevas oportunidades a los países que la integran. Como todos los Estados de la América del Sur tienen un sector primario de la economía que predomina sobre los otros dos, una parte muy significativa de sus ingresos proviene de las exportaciones de recursos agropecuarios, energéticos, y minerales (metales, combustibles fósiles). A causa de la demanda cada vez más voraz por parte de los países compradores, se incrementan los volúmenes de materias primas exportadas, y, con ello, se da una lógica suba en los precios. Así es como adquiere importancia este ciclo económico beneficioso para los productos de la región. Acudiendo a los datos estadísticos, se lee que, por citar sólo algunos casos, en 2008 Perú aumentó su Producto Bruto Interno en un 9,8 por ciento con respecto al año anterior; Uruguay hizo lo propio en un 8,9 por ciento; la República Argentina en un 7 por ciento; Bolivia en un 6 por ciento, y Paraguay lo incrementó en 5,8 puntos^{iv}. (Atento a que la tasa de crecimiento medio del PIB latinoamericano era del 3,05 en la década de 1990). De esta manera, los gobiernos latinoamericanos han encontrado dos vías alternativas para aprovechar el impulso del proceso, y hacerse con mayores ingresos fiscales. Por un lado, la producción de la mayoría de los bienes que dan fuerza al crecimiento de la región está en manos del Estado, o de sociedades mixtas con una importante participación de capital público. Por otro lado, en los países cuyo producto clave está a cargo de la actividad privada, los gobiernos hallaron la solución en la imposición de retenciones y otros gravámenes a las exportadoras^v. Tanto de una manera como de la otra, los gobiernos supieron aprovechar el buen ritmo de prosperidad comercial.

Pasando ahora a estudiar el segundo factor, que hace posible que América Latina vivencie tal momento de esplendor, es preciso colocar el foco en lo político. Finalizados los procesos de facto que dejaron una huella profunda en varios países del continente, han transcurrido y transcurren años de democracia como sistema de vida y de gobierno. Es en este contexto de incipiente institucionalidad, que comenzaron a elevarse líderes cuyo signo

ideológico se ubica en el "ala progresista" del espectro político. Incluso muchos de ellos han logrado asumir la primera magistratura de sus países. Aunque no es adecuado encasillar a todos ellos en una misma categoría, puesto que sus plataformas y estilos de hacer política difieren entre sí, es posible hallar un denominador común. A nuestro entender, dicho denominador común puede descifrarse en tres actitudes concretas. Primeramente, en todos los casos existe la intención de ganar más espacio en la actividad productiva, y algo similar sucede con otros elementos que, una vez adquiridos por el Estado, bien podrían significar valiosas herramientas de transformación socio-económica. Al mismo tiempo, se advierte a todas luces la crítica que contra el Consenso de Washington, y su predilecto modelo económico neoliberal, lanzan los nuevos jefes de Estado electos. Y en tercer lugar, se brega por la reivindicación de los sectores dominados de la sociedad, ofreciendo la promesa de una verdadera revolución cultural y simbólica. Vistas las numerosas elecciones en Latinoamérica en los últimos años, en que triunfaron candidatos de partidos progresistas, es válido hablar de una tendencia política sudamericana como una dinámica orgánica.

Pareciera que estamos en los albores de un nuevo tiempo en la línea cronológica de esta región. Los indicadores económicos, por una parte, y los procesos electorales, por otra, de cada país sudamericano así lo reflejan. De todos modos, la etapa de prosperidad económica está dada en un aumento en las cifras del producto bruto de cada país, pero ésta no se cristaliza en una reorganización equitativa de los patrones distributivos del ingreso. En otras palabras, quiere decir que habiendo más riqueza, la cantidad de pobreza e indigencia se mantiene, en proporción, incólume. De esta lectura de la situación, surge que el mayor desafío de todos los Estados hermanos de Latinoamérica es el salto definitivo hacia el desarrollo con igualdad. Es la meta que figura como prioridad en la agenda internacional latinoamericana. Y, en concordancia, los movimientos integracionistas representan quizás el más apropiado vehículo hacia la consecución de tan esquivo propósito. El Sr. Ricardo Lagos subraya que sería más beneficioso cohesionar, entre todos los Estados vecinos, una política exterior conjunta hacia el resto de los "global players". Es su acreditada opinión que "podemos avanzar entendiendo las responsabilidades que todos tenemos en esta gran empresa común. Aquellos países mayores que tienen tal vez que entregar un poco más, aquellos países menores que tienen tal vez que ajustarse a nuevas realidades. Pero todos teniendo en claro que si no hablamos con una sola voz no seremos escuchados en este mundo global de grandes regiones" (Lagos, 2008, 607).

Es por eso que se insiste en afirmar que las tratativas de enlaces sólidos entre las naciones de América del Sur encuentran en la actualidad un terreno allanado, y, de seguir en avance firme y constante pueden propiciar la gesta de un modelo inédito de desarrollo.

3. Los intentos infructuosos de liberación mercantil

En febrero de 1960, al firmarse el Tratado de Montevideo, se da inicio a la primera propuesta de integración económica latinoamericana para el desarrollo de las naciones: se trata de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, instada por Argentina, Brasil y México, y suscripta además por otros ocho países. La puesta en marcha de la ALALC comprometía a sus asociados a la conformación progresiva de un área de libre comercio, que debería estar funcionando en un plazo de doce años; el Protocolo de Caracas, de 1969, lo prorrogó por ocho años más. Dicho proceso de apertura comercial se efectuaría de una forma gradual por medio de la eliminación de todas las restricciones, cupos y gravámenes al comercio entre los países pertenecientes a la asociación. Ahora bien, con la ALALC hubo un incremento en los niveles de comercio regional, coincidente con la crisis del modelo proteccionista de industrialización por sustitución de importaciones. Pero aún así, este proyecto estaba fuertemente limitado: en la

letra de los documentos no había referencia más que al intercambio de bienes. Ciertas materias como los servicios, la infraestructura, las inversiones extranjeras, el arancel exterior común se excluían del texto del tratado, así como cualquier otra pauta de coordinación social o política.

La documentación oficial de la asociación tendía a exaltar la función del capital privado en el desarrollo de la integración, capital que se encontraba, en su gran mayoría, en manos de financistas estadounidenses y europeos, por lo cual sólo a ellos favorecería sustancialmente. Y, en consonancia, dichos documentos recomendaban la desnacionalización de las empresas públicas, en evidente provecho de los intereses de los grandes conglomerados extranjeros. El periodista y escritor Eduardo H. Galeano llamó a estas tratativas: "integración de América Latina bajo la bandera de las barras y las estrellas". En este sentido, él escribe: "El desarme arancelario, que va liberando gradualmente la circulación de mercancías dentro del área de la ALALC, está destinado a reorganizar, en beneficio de las grandes corporaciones multinacionales, la distribución de los centros de producción y los mercados de América Latina" (Galeano, 1970, 327). Así, intenta explicar que cuando los intentos de integración se gestionan sin el previo quiebre de las cadenas que someten la soberanía de las naciones desde el exterior, todos estos desembocarán inevitablemente en el enriquecimiento de los países centrales, y el consecuente empobrecimiento de la periferia. Por su parte, Sydney Dell, el director de la UNCTAD en Nueva York, advertía que la integración como un simple proceso de reducción de las barreras de comercio mantendrá los enclaves de alto desarrollo dentro de la depresión general del continente.

Galeano explica que la evidente hegemonía de los tres grandes (Argentina, Brasil y México) en el marco ampliado de la ALALC, tuvo como resultado la suscripción del Acuerdo de Cartagena, en 1969. A partir de este hecho, las naciones del Pacífico se congregaron en la Comunidad Andina de Naciones como un modo de ganar defensas para sus economías más delicadas. Es por eso que resulta de una importancia mayúscula analizar el tema del desarrollo asimétrico que los proyectos como la ALALC causaron^{vi}.

Asimismo, inscripta en este marco situacional, se presenta una problemática que llamaremos "sub-imperialismo regional". Este fenómeno consiste en que las relaciones de poder geopolítico que se dan a nivel continental, tengan una reproducción muy similar a escala regional. En otras palabras, los satélites incorporan nuevos satélites a su órbita de poder dependiente. Así por ejemplo, los países de mayor peso y diversidad económica como Brasil, derivaban en una suerte de administradores de los intereses norteamericanos en la región. De esta manera, ejercían una hegemonía sobre los países vecinos muy parecida a la que Estados Unidos practica frente al propio Brasil. La cuestión del sub imperialismo se alimenta con los intereses creados y depositados en la zona por parte de las cúpulas del poder económico foráneo. De forma tal que, una vez que las corporaciones multinacionales logren asentar sus plataformas de lanzamiento en las grandes capitales, y manejar buena parte de sus designios macroeconómicos, les resta doblegar desde allí a los países más postergados. Así se cerraría esta rueda de Estados latinoamericanos "imperialistas" hacia adentro, si bien "colonizados" desde afuera.

Finalmente, la ALALC fracasó, en parte por sus objetivos demasiado ambiciosos, y en parte a causa de las adversas condiciones externas. Al hacerse imposible la creación de la zona de libre comercio en los plazos estipulados, tuvo lugar otra ronda de negociaciones que desembocó en la firma del Tratado de Montevideo de 1980. Éste documento crea la Asociación Latinoamericana de Integración, reemplazando al organismo anterior, cuya adhesión se halla abierta a todo país de América Latina. Es visible que la ALADI cauterizó varias de las falencias que hicieron naufragar a su antecesora, porque se ocupó de instalar un marco básico más flexible para las iniciativas, y

diferenciarlas según el nivel de desarrollo puntual de cada país. Dos especialistas en la materia argumentan que "El Tratado de Montevideo de 1980 creando la ALADI, fue o pretendió ser la respuesta diseñada por los gobiernos de la región al síndrome del fracaso evidenciado por la ALALC, a través de algunas innovaciones..." (Eguivar y Rua Boeira, 1991, 24).

A mediados de la década de 1990, los Estados Unidos propusieron proyectar una expansión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, sus siglas en inglés) a prácticamente la totalidad de los países americanos independientes, con la sola excepción de Cuba. Este amplísimo programa de integración recibió el nombre de Área de Libre Comercio de las Américas; argumentando que su objetivo clave sería el impulso del comercio interamericano reduciendo los aranceles a la entrada y salida de bienes y capitales financieros. Como consecuencias naturales, esto sería dar un paso adelante hacia el desarrollo a través de las transacciones mercantiles que favorecerán la especialización productiva y la competitividad, la desaparición de monopolios, la mejora del nivel de bienestar de la población y un desarrollo de las infraestructuras, entre otras ventajas. La inclusión de "las tres Américas" bajo un mismo plan de comercio suponía una cifra poblacional realmente superlativa, aproximada a los 800 millones de personas, y un Producto Bruto combinado de unos 11.000 billones de dólares anuales.

Sucedió que, con el transcurso del tiempo, el cambio de regímenes gubernamentales en Sudamérica complicó las negociaciones del ALCA en su versión original. Obedeciendo a este hecho, en el marco de la Cumbre Extraordinaria de las Américas celebrada en la Ciudad de Monterrey, se acordó intentar una implementación de menores ambiciones para el 2005. Allí se propuso, asimismo, que las estrategias que conforman el proceso se presidieran conjuntamente entre los Estados Unidos y Brasil. Acaso uno de los puntos de este tratado que causó mayor revuelo en sus críticos, era el referido a los derechos de propiedad intelectual y las patentes. Según muchas voces contestatarias, la aplicación efectiva de aquellas cláusulas congelaría la investigación y la generación de conocimiento científico en general en Latinoamérica. Desde luego, esto arraigaría la desigualdad y la dependencia tecnológica con respecto a los países centrales, completando un indeseable círculo vicioso. Finalmente, en la IV Cumbre de las Américas (2005) organizada en Mar del Plata, numerosos países de Sudamérica plantearon una postura común de disenso frente a la institución del ALCA, y así fue como ésta entró en una grave crisis sin salida. Al punto que la integración hemisférica es considerada ya como un "proyecto muerto". No es extraño que esta propuesta haya sido evaluada como un intento de Estados Unidos para cimentar una cooptación asimétrica, no obteniendo el suficiente respaldo iberoamericano.

4. Los modelos alternativos de integración

Hace casi cinco años, Venezuela y Cuba ofrecieron su propia propuesta de integración como contrapartida del ALCA. Hablamos de la Alianza Bolivariana para las Américas, que representa un proyecto de colaboración y complementación política, económica y social entre ciertos países de América Latina y el Caribe. Son sus objetivos la lucha contra las problemáticas de la pobreza estructural y la exclusión social, con base en doctrinas fuertemente vinculadas al nacionalismo, el indigenismo y el anticapitalismo. Ahora bien, este modelo en particular ha logrado la adscripción sucesiva de nueve Estados, de los cuales sólo tres pertenecen a Sudamérica, y los restantes a Centroamérica y el Caribe.

Han sido Castro y Chávez Frías, los mandatarios de Cuba y Venezuela respectivamente, los fundadores y más fervientes impulsores de este acuerdo regional, que se fundamenta en la creación de mecanismos que aprovechen las ventajas cooperativas entre las naciones asociadas, para compensar las asimetrías entre esos países. Este propósito se concreta a través de la aplicación del Tratado Comercial de los Pueblos. Significa que el ALBA otorga prioridad a la relación entre los países miembros en pie de igualdad, fundándose en el diálogo regional y abriendo campos de alianzas en favor del consenso internacional latinoamericano. Según sus propios documentos constitutivos, los signatarios entienden esta asociación como una continuación del movimiento integrador, que tendría sus antecedentes directos en el proceso independentista americano del siglo XIX. Sus principios ideológicos se presentan impregnados de un fortísimo sentimiento supranacional, siendo algunos de ellos:

- Centrar la atención en la erradicación del analfabetismo, la exclusión social y el flagelo de la miseria, dando una importancia crucial a los derechos humanos, laborales y de la mujer, como también a la defensa del medio ambiente.

- Enfrentar los efectos de la llamada Reforma del Estado, teniendo en claro que sin una justa intervención estatal dirigida a reducir las disparidades entre países, la libre competencia entre desiguales no puede conducir sino al fortalecimiento de los poderosos, en perjuicio de los débiles.

- Profundizar el camino de integración, atacando sus principales obstáculos, como la tremenda deuda pública contraída ilegítimamente con organismos internacionales de crédito, y la monopolización de los medios masivos de comunicación, lo cual también impide una democracia consolidada.

El Sr. Eduardo Gudynas, investigador y militante ecologista, se refirió a la alianza en los siguientes términos: "Más allá de los discursos, el contenido preciso de esta propuesta todavía no está claro, pero es evidente una persistente intención de anteponer ciertos principios políticos a las negociaciones comerciales..." (Gudynas, 2006).

Aún así, desde el momento de su inicio hasta la fecha, la Alianza Bolivariana ha sabido conseguir metas destacables, como la triplicación del comercio interno entre los miembros, la disminución en los índices de analfabetismo, un aumento significativo en la producción agrícola de ciertos países, una firme estabilidad energética, la creación de las empresas "gran-nacionales" en los sectores estratégicos de cada país signatario, y, desde 2008, un banco encargado especialmente de financiar buena parte de las iniciativas multilaterales de ALBA. Hacia un futuro cercano, se proyecta una zona monetaria común, que comenzaría con la entrada en circulación de una moneda electrónica regional, denominada Sucre (por Sistema Único de Compensación Regional). Entre otros ejemplos, citamos el tendido de un cable submarino, a concluir en 2010, que conectará Venezuela con Cuba, en un inicio, y luego con Nicaragua y otras zonas de Centroamérica y el Mar Caribe.

El Mercado Común del Sur es, de entre los proyectos de unidad y diálogo sudamericano, el que ha logrado el más alto nivel de concreción de objetivos. Esto lo convierte en un seguro vehículo hacia la consecución de horizontes aún más lejanos y ambiciosos que los ya alcanzados. Los especialistas Carrera y Sturzenegger explican el valor decisivo que el mercado común adquiere para nuestros pueblos: <A la luz de la trayectoria latinoamericana de grandes iniciativas que no lograron concretarse o sostenerse, el Mercosur se ha destacado por constituir una experiencia institucional original ya que ha "sobrevivido" a cambios de gobierno y a crisis macroeconómicas, y su

importancia fue más allá de del mero acuerdo comercial> (Carrera y Sturzenegger, 2000). Cumplidos, hasta la fecha, diecinueve años desde su nacimiento, con la entrada en vigencia del Tratado de Asunción^{vi}, el Mercosur se compone de diez Estados sudamericanos, de los cuales cuatro son miembros plenos, y los seis restantes son asociados, más un Estado observador: México.

Desde el punto de vista institucional, funciona con una estructura jurídica en la que se combinan los clásicos tratados, protocolos y declaraciones del Derecho Internacional con normas propias obligatorias dictadas por los órganos decisorios del bloque (derecho comunitario), recomendaciones no obligatorias dictadas por los órganos auxiliares, e incluso acuerdo de concertación social regional. En una entrevista, el Presidente de la Comisión de Representantes Permanentes del Mercosur, Carlos Álvarez, daba su visión: "El balance es muy positivo. Este año, el Mercosur avanzó mucho. Incorporó a Venezuela; votó el Parlamento regional; estamos instrumentando los Fondos de Convergencia Estructural para que las economías más grandes ayuden a las más pequeñas; estamos aprobando un instituto de políticas sociales del bloque y a fin de año creemos que ya vamos a poder tener un centro de formación y capacitación de funcionarios para la integración" ("La Nación", 2006). Para quienes defienden con ahínco la globalización desenfrenada, la conformación de este bloque les resultó un hecho extraño e incluso los más poderosos organismos multilaterales como el Banco Mundial, el Club de París y el Fondo Monetario Internacional, no lo observaron con complacencia. Esto se explica, en parte, porque es el Mercosur el principal instrumento para afrontar la mundialización que no estuvo auspiciado por las recetas del Consenso de Washington. También es importante destacar que los rasgos históricos y políticos de este organismo configuran un perfil que lo hace distinto a la mayoría de los acuerdos de libre comercio que proliferan en otras latitudes del mundo.

Junto con las economías de México, Hungría, Polonia, entre otros, el Mercosur es uno de los mercados emergentes con mayor nivel de ingreso per cápita^{viii}. No hay que olvidar que la República Federativa de Brasil, con su territorio extensísimo, su abundante población, y su economía muy diversificada, compone la Teoría del BRIC; promete ser una potencia del Primer Mundo a mediados del corriente siglo. El profesor Jorge Carrera transcribe números elocuentes acerca de las dimensiones del bloque mercosurino; en términos porcentuales representa un 3,6 por ciento de la población mundial, y nada menos que el 9 % del territorio mundial (Carrera, 2005). Su enorme Producto Bruto Interno total lo colocaba, hasta hace muy poco, en el puesto quinto en comparación con otras áreas económicas, y su capacidad de extracción lo convierte en el mayor productor global de alimentos.

Acaso uno de los problemas con que se topa el avance del mercado común sea la brecha que divide a los dos países plenos más grandes, de los dos más pequeños cuya población está muy por debajo. Claro que establecer las mismas reglas de juego a actores tan dispares puede generar ciertas controversias e incomodidades en los socios económicamente menores.

El Mercado Común del Sur es un área económica distintiva por la producción y exportación de alimentos, siendo sus miembros, muchas veces, los vendedores líderes de sus bienes primarios característicos. Pero el hecho de ser un gran exportador de materias primas no implica que no le quepa lugar a la producción industrial. En cambio, el producto derivado de la industria en todo el bloque es cercano al de Francia, y supera ampliamente al de otras potencias como, por caso, España, Canadá o Corea. Una de las novedosas medidas plurales, de mucha plausibilidad, tiene que ver con la órbita educativa: en 2006 los ministros de Educación de Argentina y Brasil dieron pie a un sistema de coordinación entre universidades de ambos Estados, con el objetivo preciso de fundar en el mediano plazo la Universidad del Mercosur. El periodista y analista político Saint-Upéry concluye en una de sus más recientes

obras: "La clave de la reactivación de la convergencia sudamericana es la voluntad política de los países miembros del núcleo mercosurino. Pero la concretización y la intensidad de esta voluntad política dependerán esencialmente de la disponibilidad de Brasil a renunciar al confortable margen de soberanía que le conceden su potencia desproporcionada y las reglas todavía muy flexibles del mercado común regional" (Saint-Upéry, 2007, 334).

El más innovador y lozano esfuerzo de integración regional abre paso a la Unión de Naciones Suramericanas, una gran comunidad política y económica que incluye a los doce países independientes de América del Sur. Su etapa de fundación abarcó desde 2004, cuando se la declaró en una cumbre de presidentes (en Cuzco), hasta 2008, cuando finalmente se suscribió su Tratado Constitutivo, en la Reunión Extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Brasilia. En este último evento, además, se nombró a la chilena Michelle Bachelet para la primera Presidencia Pro Témpore, cargo a ejercer durante un período anual^{ix}. En cuanto a la materia de su contenido, la Unasur se propone construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de unión multidimensional (abarcando lo político, lo económico, y lo sociocultural). Las herramientas a utilizar serán el diálogo intergubernamental, las políticas sociales y educativas, y la suma de estrategias en energía, infraestructura y medio ambiente, entre otras, para eliminar la acentuada desigualdad socioeconómica, conseguir la inclusión social masiva, al tiempo que se fortalecen la participación popular y los ideales democráticos.

Por estar alcanzados todos los países libres del sub continente, adviértase que la Unasur resulta comprensiva de otros bloques geopolíticos, como por ejemplo, la Comunidad Andina de Naciones, el Mercado Común del Sur, y dos países de la Comunidad del Caribe: Guyana y Surinam. El Sr. Luiz Inácio Lula da Silva, presidente reelecto de Brasil y acaso el referente cardinal de este proyecto, contestaba en una entrevista: "Hay, entre nuestros vecinos, países poblados por 30 o 40 millones de habitantes, con un gran potencial de desarrollo, y sin embargo, bajo los gobiernos precedentes, Brasil, primera economía de América Latina, concentraba lo esencial de su energía a conquistar los mercados de Europa y Estados Unidos. Es para revertir esta tendencia que nosotros hemos querido crear la Comunidad sudamericana de naciones. Queremos transformar a Brasil en un país rico. Para esto, hace falta que nuestros vecinos se desarrollen. Con esta inflexión, hemos abolido de nuestro diccionario el término "hegemonía". Brasil no quiere ser el líder de sus vecinos, sino su socio" ("Le Figaro", 2006).

Desde el punto de vista de la operatividad de este organismo, algunas opiniones críticas se levantaron en contra, señalando que, desde su creación, se ha demostrado una existencia meramente virtual; es decir que, privada de resultado tangible, la Unasur queda reducida a declaraciones de intención y a simples normativas programáticas. Pero dejando en claro lo contrario, con posterioridad la unión superó una prueba de fuego, al ejercer una influencia decisiva en la desactivación del potencial conflicto separatista en la Bolivia de Morales. Éste, y otros ejemplos, dan una pauta clara acerca del rol de instrumento supranacional que el organismo reviste al momento de solucionar trances intra e internacionales. En gran medida, asistirá a alcanzar los objetivos convenidos del bloque la construcción de la Carretera Interoceánica Sur, que conectará Brasil, Bolivia y Perú, y cuya extensión estimada alcanzará los 2600 kilómetros. Otra medida concreta que se ha puesto en marcha es la diagramación de un Anillo Energético, el cual asegurará el abastecimiento de gas de origen peruano a Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.

Por mencionar otros proyectos de cooperación entre naciones, encontramos el Gasoducto Binacional, entre Colombia y Venezuela, cuyo funcionamiento está bajo el control de la compañía estatal Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima. Por otra parte, en lo que atañe al libre tránsito de personas, cualquier país de la unión podrá ser

visitado por un ciudadano sudamericano (hasta un plazo máximo de noventa días), con sólo presentar su documento de identidad^x. Esto había sido pactado ya en documentos del ámbito del Mercosur, pero sólo parcialmente.

Seguidamente a la constitución de Unasur, han dado principio a la planificación de una amplia unión monetaria, con inspiración en el euro de la UE. La moneda común empezaría a circular en la década de 2010, y sería emitida por el Banco del Sur. No obstante, algunos expertos en Economía de las dos naciones más grandes del bloque arrojan críticas sobre esta idea: alegan que la sustitución del real y del peso argentino, por la moneda única, provocaría importantes pérdidas a los correspondientes países, particularmente en relación con el PBI y con el consumo interno.

5. Conclusiones. La inserción internacional de la periferia

Ante la realidad de un fenómeno tan manifiesto y aparentemente inexorable, como resulta ser el proceso de Globalización, dos ópticas contrapuestas tratan de dar cuenta del conjunto de consecuencias que dicha fuerza globalizadora desencadenará en los países en vías de desarrollo. Desde una vereda, se sostiene que las economías relativamente atrasadas serían las beneficiarias de los mayores avances, cuestión explicada por la teoría del "catching up" o salto de crecimiento. En otros términos, significa que al insertarse todos los actores a un mismo espacio, los pequeños crecerían más rápido en comparación a las potencias, y a largo plazo todos convergerán en niveles similares de desarrollo. De esta manera, los países empobrecidos abandonarían, por sus propios medios, la categoría de Tercer Mundo. La misma postura sostiene que la decisión de vivir en aislamiento no hace más que auto-condenar a una existencia alejada de los adelantos científicos y tecnológicos que el futuro traerá consigo.

Desde un punto de vista contrario, se entiende que la globalización favorece por sobre todo a quienes ya están cómodamente posicionados en el comercio mundial. Y más aún, la reducción de todas las barreras comerciales les permite a ellos el fácil acceso a nuevos mercados, con el fin de instalar monopolios, y trasladar la producción fabril allí donde los costos de la mano de obra sean más asequibles. En este orden de ideas, esta perspectiva tiene razones suficientes para afirmar que la mundialización no es cuestión tan sencilla como las apariencias lo señalan. En la medida que las fuerzas económicas son desiguales en cada país, no sería más que una absurda ficción pretender que compitan en pie de igualdad. Por lo tanto se asevera que mientras las grandes potencias sacarán ventaja de la Globalización, los países emergentes en vías de desarrollo son altamente vulnerables a ella.

Este estado de situación bien puede servir de guía para concluir en la necesidad de una inserción razonable y sensata a la aldea global en evolución. Para ello es importante emprender la constelación de un potente bloque geopolítico regional, que no pierda de vista las premisas de soberanía política de las naciones, autonomía económica, y otros principios ideológicos propios del pensamiento latinoamericano. Seguramente en esta conquista se descubra una de las llaves maestras que los pueblos hermanos de la Patria Grande precisan para abordar el futuro. Les otorgaría, además, la oportunidad de tener un poder concreto de negociación en el mundo, gracias al concierto de las voces de sus integrantes. Todo lo cual hace pensar que una unidad continental inteligente entre los mercados, las sociedades y las potencialidades locales de cada Estado es la estrategia conspicua para cerciorar la inserción de América Latina al mundo globalizado del siglo XXI.

6. Notas

- i.- La CEPAL, organismo dependiente de la Organización de la Naciones Unidas, fue creada en 1948, y es la responsable de llevar adelante la promoción del desarrollo económico y social de la región. Se dedica, en gran parte, a la elaboración de investigaciones en el campo económico. En su dirigencia se suceden expertos de cada país, siendo al presente Secretaria Ejecutiva la mexicana Alicia Bárcena Ibarra, desde julio de 2008.
- ii.- (Carrera, 2005): "Siempre teniendo presente que pocas (o ninguna) región en el mundo puede mostrar una performance tan patética en lo que respecta a la relación entre sus condiciones iniciales hiper positivas y la mediocridad de su desempeño".
- iii.- De todas formas, Carlos Canta Yoy, un reconocido especialista en temas aduaneros, subraya las consecuencias negativas directas que el proteccionismo extremado pudiera generar. Se refiere al retraso tecnológico, y al encarecimiento de los precios de los bienes, con lo cual los consumidores financiarían la ineficiencia de los empresarios sobreprotegidos.
- iv.- Hablamos del producto bruto interno total a precios constantes de mercado (dólares de 2000), según información oficial consultada en la Base de datos estadísticos de la CEPAL. (www.cepal.org/estadísticas).
- v.- "El caso de la Argentina es diferente, porque los productores de soja son privados. Sin embargo, el Gobierno impuso altas regalías y las ganancias también terminan abultando sus cuentas fiscales". (Cassese, 2007, 48).
- vi.- El representante de Colombia en el Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC no extrajo de las sesiones extraordinarias de 1969 sino "una única conclusión: el programa de liberación beneficia en una desproporción protuberante a los tres países grandes". Citado en Galeano, 1970, 332.
- vii.- Aunque hay quienes sostienen que la creación efectiva ya se había producido el 30 de noviembre de 1985, fecha de la Declaración de Foz de Iguazú, que selló un acuerdo de integración bilateral entre Argentina y Brasil.
- viii.- Este hecho es explicable por cuanto el bloque comprende al Cono Sur, zona que presenta datos socioeconómicos mucho más positivos en comparación al resto del sub continente, y elevadas tasas de Índice de Desarrollo Humano.
- ix.- Hacia agosto de 2009, en el marco de la reunión de la Unasur celebrada en la ciudad de Quito, el Licenciado Rafael Correa Delgado recibió la Presidencia Pro Témpore del organismo de manos de Bachelet. Hasta el momento no se ha definido quién ocupará la Secretaría General del mismo.
- x.- La circulación de seres humanos más allá de las fronteras territoriales se favorece toda vez que la gran mayoría de los habitantes habla dos idiomas de mundo mutuamente inteligibles, como lo son el castellano y el portugués.

7. Bibliografía y fuentes

- CARRERA, J. (2005) *El dilema Mercosur: ¿avanzar o retroceder?*. Buenos Aires, Capital Intelectual, 2005.
- CARRERA, J. y STURZENEGGER F. (2000). "Los resultados de la integración en el Mercosur". En *Coordinación de políticas macroeconómicas en el Mercosur*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, Fundación Gobierno y Sociedad, 2000.
- CASSESE, N. (2007) "Bush, Chávez y las vacas gordas de América Latina". En *Rolling Stone Argentina*. Grupo de Revistas La Nación. Año 10, número 109, 47-50.
- EGUIVAR, L. A. y RUA BOEIRO, R. R. (1991) *MERCOSUR*. Avellaneda, La Ley, 1991.
- GALAK, O. (2006) <"Chacho" Álvarez apuesta a un Mercosur productivo>. En *La Nación*, 11 de diciembre de 2006.
- GALEANO, E. H. (1970) *Las venas abiertas de América Latina*. Buenos Aires, Catálogos, 2007.
- GUDYNAS, E. (2006) "Los fantasmas de la integración regional". En *Revista del Sur*, número 166, 2006.
- LAGOS, R. (200...) "Integración o fragmentación de América Latina. Perspectivas". En *América Latina: ¿integración o fragmentación?* Buenos Aires, Fundación Grupo Mayan, 2008. 591-608.
- OUALALOU, L. "Lula: <Ma priorité, c'est le marché commun de l'Amérique du Sud>". En *Le Figaro*, 3 de noviembre de 2006.
- SAINT-UPÉRY, M. (2007) *El sueño de Bolívar. El desafío de las izquierdas sudamericanas*. Villatuerta, Paidós Ibérica, 2008.

LA MIGRACIÓN Y LOS DERECHOS DEL NIÑO

Por María Laura Serra

RESUMEN

A la luz de la Convención de los Derechos del Niño y de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, es que el presente trabajo expone de que manera el proceso de migración -realidad que yace en los países de América Latina-, tiene correlato en los derechos fundamentales de niños y niñas.

El presente ensayo discurre acerca del derecho a migrar y sus distintos escenarios con los niños como principalísimos protagonistas. Escenarios que envuelven conflictos vinculados con la pobreza y la vulneración de los Derechos Sociales. Se analiza cuales son los impactos que genera esta situación con respecto a los Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes de Latinoamérica. Se realiza un esbozo comparando las distintas legislaciones y políticas migratorias de Estados latinoamericanos, pretendiendo generar una visión común respecto a la migración y los derechos de los niños y niñas, creando un marco teórico donde ellos estén considerados como sujetos de derechos, amparados por la Convención de los Derechos del Niño.

PALABRAS CLAVE

Derechos del niño y la niña - Migración en América Latina - Vulneración de Derechos Humanos - Interés superior del niño.

LA MIGRACIÓN Y LOS DERECHOS DEL NIÑO

Por **María Laura Serra***

La construcción social de la diferencia como estigma, en ocasiones, se basa en la ignorancia y el prejuicio (PEREZ DE LA FUENTE, 2005).

El presente ensayo está construido sobre la base del multiculturalismo, entendiendo a tal concepto como una de las posibles respuestas normativas frente al pluralismo cultural. (PEREZ DE LA FUENTE, 2005). El multiculturalismo surge de la creencia en el pluralismo de valores, y en particular, en la validez de los diversos valores plasmados en las prácticas que constituyen los diversos valores de las distintas sociedades en muchos sentidos incompatibles (RAZ, 2001).

El escenario físico de este ensayo está concentrado en la región de América Latina, entiendo a ésta como las regiones de América donde se hablan lenguas latinas, es decir las lenguas romances derivadas del latín (español, portugués, francés).¹

I.- El fenómeno de migración en América Latina.

Las tendencias de la migración en América Latina a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX permite identificar tres grandes patrones: la inmigración de ultramar, la migración intraregional y la emigración hacia el exterior (CELADE, 2002). El presente ensayo tiene como único escenario la migración intralatinoamericana, cuyo aumento ya se advertía durante los años setenta.² Actualmente, dentro del continente, cruzan las fronteras internacionales miles de niños por año, acompañados por su familia o no acompañados.³ Estos niños sufren vulneraciones a sus derechos humanos, a sus derechos de niños.

El fenómeno de migración intra regional en América Latina (y en el mundo) tiene su motor en la inestabilidad política, crisis económicas recurrentes, bajos salarios y escasas oportunidades laborales en los países de origen. En la actualidad se intensifica la migración intra regional y países como Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Venezuela se constituyen o se mantienen en los destinos preferidos de los migrantes regionales (KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, 2009).

Es así que los grandes flujos de migración intra regional se dan principalmente desde Colombia a Venezuela y desde Bolivia, Paraguay y Perú hacia la Argentina. Los nuevos flujos se están desarrollando desde Colombia al

* María Laura Serra es Abogada, posee una Beca de Investigador en formación del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos Alicia Moreau, Facultad de Derecho UNMDP, Mar del Plata.

¹ Los países que la componen son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay, Venezuela.

² Sobre ello, v.: División de Población, United Nations, CELADE (Organization) *op.cit.* pp. 542.

³ Un niño o niña no acompañado es una persona menor de 18 años, que se encuentra separada de ambos padres u otros parientes y que no está bajo el cuidado de ningún adulto, que por ley o costumbre, esté a su cargo. En Oficina Regional del ACNUR para México, Cuba y América Central, *La Protección Internacional de las niñas y niños no acompañados o separados en la frontera sur de México*, ACNUR, 2006, p. 2.

Ecuador por motivos de desplazamiento⁴; Perú y Colombia hacia Ecuador, debido a la dolarización y desde Perú hacia Chile. También en el Caribe existen las migraciones seculares de haitianos a República Dominicana o las más recientes en el centro de América, de nicaragüenses a Costa Rica.

Son diversas las causas de la migración y el perfil de los migrantes. Muchas personas de escasa formación emprenden el camino peligroso hacia países lejanos huyendo de la miseria, otros, altamente calificados, a menudo ya han estudiado en el extranjero y allí esperan mejores oportunidades profesionales; también se encuentran aquellos que por falta de libertades políticas deben abandonar su país y buscar una nueva patria. Tal diversidad torna difícil dar respuestas sencillas a los desafíos que plantea la migración (KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, 2009).

La inmigración pone en evidencia que la esfera pública de las sociedades democráticas se consolida en una serie de criterios que institucionalizan la exclusión, lo que socava la idea de universalidad de derechos (PEREZ DE LA FUENTE, 2005).

II.- La vulneración de los derechos del niño en los procesos migratorios y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Se aprecia que muchos proyectos migratorios se traducen en formas de mejoramiento personal, pero también se advierte la vulneración de los derechos humanos en otros casos, en especial cuando los afectados son niños, niñas y adolescentes (LIWSKI, 2008). La búsqueda de expectativa y mejoramiento de oportunidades, de tranquilidad y alejamiento de las situaciones de violencia o pobreza se torna al mismo tiempo, en un desafío para la reorganización familiar y la garantía plena de derechos en los niños que se encuentran en esta situación.

El fin de los derechos fundamentales (entendiendo por derechos fundamentales los derechos humanos positivizados) es el de respetar la libertad que el individuo tiene que tener garantizada para dirigir su propia vida (CAMPOY CERVERA, 2006), objetivo que hizo ver Kant cuando en su obra *La metafísica de las costumbres* dice: "No hay sino un derecho innato. La libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo del otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad cualquier otro según una ley universal, de este derecho único, originario que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad".

Es necesario un sustrato de bienestar a cargo del Estado para todas las personas. Cuando adherimos a la teoría o concepción social de la libertad estamos hablando que el derecho a la vida se traduce como el derecho a vivir la vida con dignidad. Una sociedad con desigualdades es una sociedad en que la libertad no florece. Se requiere una constante lucha contra la pobreza y las desigualdades, ésta debe comenzar por respetar el derecho del niño, el interés superior que lo envuelve cuyo valor es supremo y la colisión con otros derechos no existe cuando nos referimos a él.

El impacto que sufren los niños con la migración es infinito. La discriminación es la consecuencia principal que provoca el proceso migratorio en los niños. La discriminación a niños, niñas y adolescentes por su condición de migrantes regularizados, irregulares o hijos de migrantes, es un problema regional. Un efecto de la discriminación es la imposibilidad de niños, niñas y adolescentes de acceder a los derechos económicos, sociales y culturales. La diferenciación de los niños en migrantes o no migrantes, o dentro de esta categoría, en subcategorías como

⁴ El fenómeno del refugio colombiano en Ecuador se caracteriza por la invisibilidad social y la desprotección jurídica que afecta a gran parte de los colombianos que han llegado buscando protección. Autoridades ecuatorianas estiman que en Ecuador viven unos 300 mil colombianos sin papeles o en situación migratoria irregular. En *"Refugiado/as colombiano/as en Ecuador: Tendencias y respuestas del Estado y la sociedad civil"*. Serie "Normas y estándares nacionales e internacionales de derechos humanos", nº 1. Editor: Pablo A. de la Vega M. 2004. Centro de Documentación en Derechos Humanos "Segundo Montes Mozo S.J." (CSMM)

regularizados o no regularizados, trae aparejada la vulneración de derechos humanos básicos como el derecho a la educación y a la salud (LIWSKI, 2008).

Tanto la Convención como los demás tratados internacionales que reconocen el respeto por los derechos económicos, sociales y culturales establecen la protección especial por parte del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentren los niños, niñas y adolescentes, independientemente de la regularización de su permanencia en el país o no (LIWSKI, 2008).

III.- Políticas migratorias estatales y regionales.

Si bien los Estados son soberanos para definir sus políticas migratorias, todos deben proteger y garantizar en forma integral los derechos de niños, niñas y adolescentes (LIWSKI, 2008). De esta manera tomo las palabras de Norberto Liwski, Director de Áreas del Instituto Interamericano del Niño, la niña y los adolescentes (IIN), quien señala que es preciso construir con firmeza la posibilidad de que las políticas públicas reconozcan a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios como las plataformas sobre las cuales deben definirse las legislaciones de cada país, los mecanismos de cooperación bilaterales, los acuerdos regionales en la materia y la institucionalidad que se regulan en cada Estado para garantizar el ejercicio de derechos de los niños en la experiencia migratoria.

Cuando estos procesos migratorios están expuestos a modalidades, medidas o características de intervención por parte de los Estados receptores donde la garantía de los mecanismos que le proporcionan al niño migrante, el derecho básico que plantea la CDN respecto a que debe gozar la plenitud de los derechos allí donde se encuentre y considerarse la reunificación familiar como uno de los objetivos de intervención de políticas públicas, cuando no ocurre encontramos que ese espacio lo ocupa el crimen organizado, y lo ocupa con alto riesgo para esos niños, quienes pueden quedar envueltos en la esclavitud del tráfico, trata de personas, explotación sexual, crimen organizado vinculado al tráfico de drogas y así van perdiendo la expectativa de que la migración se constituya en una oportunidad de reafirmar su desarrollo y sus proyectos personales, para quedar envueltos en gravísimas consecuencias tanto para sí mismos como para terceros.

Las políticas públicas en esta materia viven en permanente tensión. Algunos países han logrado producir legislaciones basadas en un enfoque de derechos humanos y por tanto las migraciones están situadas en esa característica y las medidas administrativas que se adoptan en función de esta nueva legislación, garantizan que estas migraciones puedan quedar contenidas en la legalidad, pero también en la integración social y en el respeto de derechos.

A manera de un breve esbozo se describirán los procesos migratorios de la mayoría de los países que componen la región, a fin de dar cuenta las ausencias o avances respecto a las políticas migratorias.

El escenario de nuestro país respecto a la migración fue cambiando a lo largo de los años. La inmigración europea fomentada por la Constitución Argentina de 1853 bajo la base del precepto de *gobnar es poblar*⁵, destinada a generar un tejido social rural y a finalizar la ocupación de los territorios obtenidos mediante la campaña militar contra los mapuches y ranqueles denominada *conquista del desierto*. La inmigración urbana, principalmente europea y en menor medida de Oriente Medio, producida durante finales del siglo XIX y la primera mitad del XX. Luego con la

⁵ Precepto que sostuvo con firmeza Juan Bautista Alberdi convencido de que la consolidación de las extensas fronteras de nuestro país requería de numerosos habitantes para los amplios espacios aún sin poblar. Para construir una Argentina integrada al mercado mundial se requirieron numerosas cantidades de personas, que en su mayoría llegaban de Europa.

inmigración de países vecinos, que continúa a lo largo de los siglos XIX y XX hace que se formen las civilizaciones agroalfareras aparecidas en territorio argentino, a diferencia de la inmigración europea fue siempre considerada un problema por no estar incluida en la que debía ser fomentada en cumplimiento de la Constitución.

La inmigración limítrofe ha representado a lo largo de la historia argentina entre un 2% y un 3% de la población total del país y la importancia relativa de cada una de las comunidades ha ido variando en sus distintas épocas, pasando de una predominancia uruguaya hacia principios del siglo XX a una supremacía de paraguayos y bolivianos en los albores del nuevo milenio (TEXIDO, 2008).

Sin embargo, la falta de estudios serios realizados o promovidos por el sector público incide negativamente y no contribuye a la formulación de una política inmigratoria respetuosa de los Derechos Humanos, superadora de los rasgos discriminatorios de la actual. La Constitución Nacional, reformada en 1994, no modificó el artículo 25 que le otorga al Gobierno Federal la función de fomentar la *inmigración europea*. Así, es como se mantiene la discriminación a favor de la inmigración europea y en general las ideas sobre derechos de los inmigrantes vigentes en 1853. De este modo, las políticas han sido discriminantes, y en momentos racistas, como consecuencia de haberse formulado políticas específicas para los inmigrantes de origen europeo, disimiles de las ideadas para los de origen latinoamericano (OTEIZA, NOVICK, ARUJ, 1996).

Pese a ello, la legislación Argentina, con su ley de Migración nro. 25.871 que deroga a la ley nro. 22.439, hizo un gran avance en la materia teniendo como objetivo los compromisos internacionales de la República respecto a los derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes.⁶ Nuestro país ha cambiado la posición en las tres Conferencias Mundiales de Población: En Bucarest (1974), la Argentina considera a la política migratoria como una política alternativa a la de control de la población (...); en México (1984) las migraciones son visualizadas como temática prioritaria, y en El Cairo (1994) el tema es asociado a la productividad económica. (...) Todas las posiciones coinciden en promover una inmigración selectiva. La ley nro. 25.875 cambia el paradigma de la búsqueda exclusiva de la inmigración europea y selectiva establecida en la Constitución Nacional y fija sus objetivos en: a) Fijar las líneas políticas fundamentales y sentar las bases estratégicas en materia migratoria para dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes; b) Contribuir al logro de las políticas demográficas que establezca el Gobierno Nacional con respecto a la magnitud, tasa de crecimiento y distribución geográfica de la población del país; c) Contribuir al enriquecimiento y fortalecimiento del tejido cultural y social del país; d) Garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar; entre otros (INADI, 2005).

En el cuerpo de la ley se explicita la exigencia al estado de disponer los instrumentos necesarios para garantizar la integración de los inmigrantes en la sociedad argentina. Específicamente, el artículo 17 estipula que "el Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros (TEXIDÓ, 2008)".

Bolivia, en relación con otros países latinoamericanos es el país que menos inmigrantes ha recibido en su historia republicana. La emigración de bolivianos hacia países con mejores condiciones laborales, encontró en la Argentina una plaza para la mano de obra barata (VACAFLORES, 2003). De todas formas las cifras certeras no pueden ser reveladas oficialmente puesto que el Servicio Nacional de Migración de Bolivia, luego de haber publicado bajo la iniciativa y colaboración de la OIM en 1997 un Anuario Estadístico, no ha dado continuidad al mismo.

⁶ Artículo 3, Ley argentina, nro. 25.871.

La situación de los inmigrantes bolivianos en países de la Región Andina es resultado del extremo atraso, dependencia, pobreza y miseria en la que se debate la gran mayoría del pueblo boliviano. (VACAFLORES, 2003).

En Bolivia, a pesar de sus grandes flujos de emigración, no existe explícitamente una política migratoria, aunque tampoco Argentina apuesta a una política de nivel bilateral con Bolivia respecto al proceso migratorio.

Desde el año 1826 en Bolivia hay un decreto que habla de la importancia que tienen las migraciones, pese a ello no ha habido un avance considerado en la temática.

La norma vigente en la actualidad, es nada más que un Decreto Supremo, el 24423 firmada por Gonzalo Sánchez de Lozada en noviembre de 1996. Los vacíos de este instrumento en las condiciones actuales, llevó a la elaboración del Proyecto de Ley de Migración 124/ 98-99 que habiendo ya pasado por la Cámara de Diputados ha vuelto a manos de sus proyectistas, el Servicio Nacional de Migración, para su revisión, dilatando de esta manera la urgencia de una norma que esté a la altura de las necesidades (VACAFLORES, 2003).

Si bien el Proyecto de Ley recupera en el lenguaje principios de tolerancia y amplitud y está en la línea moderna del rol socioeconómico de las migraciones, no logra escapar a la mentalidad punitiva y policíaca. El control severo de las fronteras como mecanismo de protección del fenómeno del narcotráfico y del terrorismo, son dos objetivos que obnubilan los reales problemas que tiene la entrada, la salida y radicaria de ciudadanos (VACAFLORES, 2003).

Uruguay es una tierra que fue siempre un lugar de llegada, dado que poseía escasos contingentes de pobladores. Con ritmos muy diferentes en cuanto a los flujos de población inmigrante, mantuvo siempre saldos positivos al recibir más población de la que emigraba. Esta dinámica se alteraría en la segunda mitad del siglo XX, momento en que comenzó la expulsión constante de población, continuando hasta nuestros días. A lo largo de estas casi cuatro décadas de emigración de uruguayos, el Estado prácticamente no hizo nada al respecto (VACAFLORES, 2003). Respecto a la inmigración hay poco que halar de este país, puesto que no recibe como destino personas que emigran de países extranjeros.

En cuanto a las políticas migratorias, Uruguay junto con Paraguay pretende establecer una política migratoria común, la cual quieren introducir en la agenda del Mercosur.

Ecuador, con su nueva Constitución⁷ (entrada en vigor el 20 de Octubre del 2008) logra un avance en el respeto de los derechos humanos, consagrando la afiliación voluntaria de los inmigrantes al seguro social, considerando ecuatorianos a las personas nacidas en el extranjero de madre o padre nacidos en el Ecuador; y sus descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad, entre otras reformas empleadas. El Ecuador tiene la particularidad de ser uno de los pocos países que ostenta la doble calidad de emisor y receptor de migrantes, situación a la cual se suma la acogida de los desplazados de otras naciones –fenómeno diferente pero complementario a la migración- que lo ha convertido en el primer país de refugio de América Latina y últimamente el de país de tránsito (MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO E INTEGRACIÓN DEL ECUADOR, 2007).

En febrero del 2007 el gobierno ecuatoriano declara, mediante Decreto Ejecutivo nro. 1981, como "Política Prioritaria del Estado el combate al plagio de personas, tráfico ilegal de migrantes, explotación sexual y laboral; y, otros medios de explotación y prostitución de mujeres, niños, niñas y adolescentes, pornografía infantil y corrupción de menores". Constituyendo un avance en el diseño de políticas, planes y programas de la materia. En su declaración,

⁷Publicación Registro Oficial nro. 449

establece que estas políticas, planes y programas se implementaran sobre la base de cuatro principios: derechos humanos; derechos de los niños, niñas y adolescentes; perspectiva de género y participación.

Considero que México debería tener un ensayo aparte, puesto que en su frontera norte y frontera sur se instauran los puntos más críticos que ha marcado el proceso migratorio, dentro de la región. México no es únicamente un país emisor, sino también de tránsito y destino de flujos migratorios provenientes del centro de América a fin de entrar a los Estados Unidos de Norteamérica. De acuerdo al Informe Indicadores del Desarrollo Mundial, publicado por el Banco Mundial en 2007, entre el 2000 y 2005, la emigración desde los países latinoamericanos alcanzó la cifra de 4 millones 12 mil personas, de las cuales, la mitad son mexicanos. México se coloca así, como el mayor expulsor de migrantes en el planeta, por encima de China, Pakistán e India (NERIO, ALMARAZ, 2007).

En México existe un subregistro importante de niños, niñas y adolescentes migrantes, especialmente de aquellos cuya condición migratoria es irregular (GALLO CAMPOS, 2005).

Pese a ello es posible establecer una cierta magnitud del conflicto, mediante cifras oficiales que indican que en el proceso migratorio de la frontera norte de México los niños y niñas que alcanzan a cruzar la frontera y luego son repatriados, llegan aproximadamente a 39.000 al año (GALLO CAMPOS, 2005), dentro de esos números se agrega el alto porcentaje de niños no acompañados que emigran hacia otras fronteras.⁸ Asimismo y de acuerdo a cálculos de Organizaciones no Gubernamentales entregados a la Organización de Naciones Unidas (ONU), aproximadamente tres mil menores de edad indocumentados sobreviven parcialmente en la frontera sur de México. Investigaciones de campo indican que estos niños pertenecen a El Salvador, Guatemala y Honduras, sobreviviendo como vendedores callejeros, empleadas domésticas (OLIVARES, 2009), entre otras formas de trabajo infantil. La política mexicana tiende a confundir el combate al narcotráfico con los trámites administrativos de control migratorio, llegando así a la criminalización de los migrantes, lo que conlleva graves y frecuentes violaciones a sus derechos humanos al ser víctimas de abuso sexuales, mutilaciones, robos y homicidios (NERIO, ALMARAZ, 2007).

Como un pequeño avance, se puede nombrar la reforma efectuada en la Ley General de Población y su Reglamento. En el apartado de Migración declara que "en el ejercicio de estas facultades, la Secretaría de Gobernación velará por el respeto a los derechos humanos y, especialmente, por la integridad familiar de los sujetos a esta ley."⁹

También la "Propuesta de Política Migratoria Integral en la Frontera Sur de México", realizada en 2005, la cual define cuatro líneas estratégicas:

- a) Facilitación de los flujos migratorios documentados que tienen como destino temporal y definitivo los Estados de la frontera sur de México;
- b) Protección de los derechos de los migrantes que se internan por la frontera sur de México;
- c) Contribución a la seguridad en la frontera sur de México;
- d) Actualización de la gestión de los flujos y de la legislación migratoria, tomando en consideración las particularidades del fenómeno en la frontera sur de México.

⁸ Sobre ello, v.: ACNUR; *La Protección Internacional de las Niñas y Niños no Acompañados o Separados en la Frontera Sur De México*, 2008, 24 pp.

⁹ Capítulo II, artículo 7º IV, *Ley General de Población*, México, Última reforma publicada DOF 17-04-2009.

De estos pilares se desprenden 28 puntos específicos, pudiendo resumirse de la siguiente manera: una propuesta con enfoque integral y de largo plazo; responsabilidad compartida entre los gobiernos involucrados en la dinámica migratoria además del dialogo y la cooperación entre los mismos; atención especial a grupos vulnerables (mujeres, niños, indígenas, infantes que transmigran solos); repatriación digna, ordenada y segura; reconocimiento a las aportaciones que realizan a México; facilitar la circularidad migratoria; combate al tráfico y trata de personas en todas las modalidades; aceptación y protección de refugiados, asilados y apartidas, facilitar la entrada y salida de extranjeros y creación del Grupo de Alto Nivel y Seguridad Fronteriza (VEGA GONZALEZ, 2008).

Sí es de destacar al Estado de Chiapas, el cual ha puesto en práctica programas, reformas a leyes locales y nueva legislación a favor de los migrantes. Se implementa un Plan Estatal de Desarrollo que promueve el respeto a los derechos humanos incluyendo a los migrantes y se crea la Secretaría de la Frontera Sur que incluye la dirección de atención a migrantes. Desde ahí se instala un mecanismo de reuniones bimestrales con los representantes consulares de Guatemala, Honduras y el Salvador, con los tres órdenes de gobierno para atender los asuntos de salud, seguridad del migrante, procuración de justicia, trata de personas, educación y empleo temporal. Adaptaron un lugar especial para atender a niñas y niños en materia de salud física y mental dentro de la estación migratoria. Asimismo se sanciona la Ley que Previene y Combate la Discriminación en el Estado de Chiapas, en esta nueva ley queda prohibido referirse o calificar a cualquier persona, y en particular a los extranjeros con estancia indocumentada, con el término de "ilegales" por ser un término denigrante, ofensivo y equívoco. Queda también previsto en esta Ley, sanciones a las conductas discriminatorias en contra de las mujeres, niñas, niños, adultas mayores, personas con discapacidad, de distinto origen étnico nacional o regional, por su condición físico mental, por su ideología o creencia religiosa, por su preferencias sexuales, por su condición de pre liberados y liberados por sus patrones de conducta social (ANDRADE, 2009).

Guatemala finalizó su guerra civil de 36 años en 1996, esta guerra causó que miles de refugiados políticos huyeran a países vecinos. Los Acuerdos de Paz de Guatemala en 1996 marcaron el fin de las hostilidades abiertas, pero no disminuyeron las tensiones sociales, la violencia política, la desigualdad cruda, y graves dificultades económicas que alimentan las presiones de emigración (OIM, 2009).

Debido a su ubicación geográfica, Guatemala es el país más afectado por la migración irregular debido a que los centroamericanos que regresan de México tienen que atravesar Guatemala, aumentando cada vez más estos flujos migratorios (OIM, 2009).

La Constitución de Guatemala reconoce que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos (art. 4 C.). En general, la Constitución guatemalteca reconoce derechos y libertades fundamentales por igual a nacionales y extranjeros. Sin embargo, en materia de derechos laborales, se les otorga preferencia a los trabajadores guatemaltecos sobre los extranjeros (IDHUCA, 2006).

Durante los últimos años, los gobiernos de Guatemala y México han realizado modificaciones a las leyes y procedimientos para regular los movimientos migratorios en sus respectivos territorios. En particular, Guatemala adoptó una nueva Ley de Migración y México introdujo reformas a la Ley General de Población y su Reglamento, en los apartados correspondientes al tema (FLASCO, 2009).

Sin embargo, el rasgo más preocupante es la prevalencia de una lógica de seguridad sobre consideraciones acerca de la relación entre la migración y el desarrollo. De ahí que el hecho más notable haya sido la orientación hacia medidas cada vez más restrictivas y la adopción de otras, para el aseguramiento, detención, devolución/ deportación

de extranjeros no autorizados. Se puede afirmar que los cuerpos jurídicos y los procedimientos administrativos han sido ampliamente desbordados por las dinámicas migratorias (FLASCO, 2009).

Los procesos migratorios entre Guatemala y México ocurren en el marco de un conjunto de asimetrías estructurales, que, en diversos planos, atraviesan las relaciones entre ambos países. Ello influye en la forma en que estos gobiernos definen políticas diferenciadas respecto de la migración, a pesar de que comparten el carácter de países de origen, tránsito, destino y retorno de flujos migratorios (FLASCO, 2009).

El Salvador, en su Constitución Nacional dispone que los extranjeros están estrictamente obligados a respetar a las autoridades y a obedecer las leyes y adquieren, en consecuencia, el derecho a ser protegidos por ellas (art. 96).

La Ley de Migración de 1958 (LM) y la Ley de Extranjería de 1986 (LE) son los principales cuerpos normativos que regulan el régimen jurídico especial aplicable a los extranjeros, previsto por el artículo 100 de la Constitución (IDHUCA, 2006). El artículo 5 de la Ley de Migración establece tres calidades de ingreso al país: turistas, residentes temporales y residentes definitivos; y sólo autoriza la realización de actividades laborales a residentes temporales y definitivos (art. 7 y 9 LM), aunque a ciertos turistas – identificados como “negociantes” – les permite llevar a cabo algunas actividades remuneradas (art. 22 LM)

En general, la Ley de Migración da un amplio poder discrecional al Ministerio encargado del control migratorio para la expulsión de extranjeros mediante un proceso gubernativo y para la imposición de sanciones (IDHUCA, 2006). Así, el artículo 63 dispone que el Ministerio del Interior “podrá, por motivos discrecionalmente calificados, acordar la expulsión de cualquier extranjero cuya presencia sea contraria a los intereses nacionales. El procedimiento será gubernativo”.

Aproximadamente 2,5 millones de salvadoreños habitan en los Estados Unidos, asimismo, El Salvador como varios de los países del centro de América, es también un país de tránsito lo que crea un gran reto para los gobiernos. Pese a ello, El Salvador no tiene una política migratoria específica, sigue los caminos implementados por las políticas de Norteamérica, agregando a ello que la entrada de remesas es el sostén de los salvadoreños. Esta falta de políticas genera una gran cantidad de pobres y en consecuencia, de inmigrantes.

De acuerdo a la Constitución hondureña, la inmigración está condicionada a los intereses sociales, políticos, económicos y demográficos del país. La ley secundaria debe establecer los requisitos, cuotas y condiciones para el ingreso de los inmigrantes al país, así como las prohibiciones, limitaciones y sanciones a que estarán sujetos los extranjeros. Se declara punible toda discriminación por motivo de sexo, raza, clase y cualquier otra lesiva a la dignidad humana (art. 35 C).

La Constitución garantiza a los hondureños y extranjeros residentes en el país, el derecho a la inviolabilidad de la vida, a la seguridad individual, a la libertad, a la igualdad ante la ley y a la propiedad. (art. 61 C).

Al igual que México, Honduras en su proceso migratorio, tiene un gran porcentaje de niños no acompañados que emigran a aquél país y a Estados Unidos. A esto se le agrega que ante el problema político que padece Honduras, ya se ha observado la presencia de infantes de ese país en México (ZÚÑIGA, 2009). Sin embargo, la falta una buena política de Estado para retenerlos hace que su condición sea precaria, siendo detenidos o en algunos casos mutilados al cruzar las vías del tren en la frontera. Se registra hasta el año 2008 más de 600 niños y niñas emigrantes deportados, mientras en todo el año 2007 sólo se contabilizó unos 800 (VÁSQUEZ, 2008), estableciéndose como consecuencia un asenso de la problemática.

Los países de Nicaragua y Costa Rica van de la mano cuando se analizan sus procesos de migración, puesto que la migración de nicaragüenses al país de Costa Rica se ha presentado en forma sostenida a lo largo de toda su historia, debido a las características de ambos países y a momentos coyunturales específicos, sobre todo por parte de Nicaragua (CHINCHILLA CERVANTES, 2005). Pese a ello el porcentaje de niños inmigrantes nicaragüenses es relativamente bajo, puesto que la mayoría de los niños hijos de inmigrantes nicaragüenses son nacidos en Costa Rica. En el 2004, el 18% de los nacimientos (12.977) ocurridos en el país, correspondían a madres extranjeras. De ese total, un 85% correspondía a madres nicaragüenses.¹⁰ Los datos oficiales también revelan que de los menores de 12 años, un 54,4% son costarricenses.¹¹

Ni Nicaragua ni Costa Rica han fijado una política explícita en torno a los flujos de población nicaragüense hacia Costa Rica. El papel de los gobiernos ante los flujos de migración ha sido pasivo, vinculado a respuestas unilaterales de corte coyuntural más que a estrategias y políticas binacionales debidamente concertadas y de largo alcance (BARAHONA, 2006). Como en el caso de Costa Rica, quien pretende controlar y ordenar las migraciones con un claro propósito de reducir la inmigración y ser selectivo en la admisión de extranjeros (VARELA JARA, s/f).

Con estas complejidades que se observan al describir brevemente la temática involucrada en cada país de América, se demuestra que el problema es grave y complejo y requiere un debate internacional, el cual adquiere, como señala Liwski, una cierta contradicción entre fronteras seguras y fronteras con respeto a los derechos humanos de los niños.

Regionalmente, los países de América Latina comenzaron a dialogar respecto a la migración de sus nacionales. Así, el I Encuentro Sudamericano sobre Migraciones, Integración y Desarrollo realizado en Lima en julio de 1999 convocó a Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay, y Venezuela.

En su breve Declaración, estos países reconocen que la intensificación de los movimientos migratorios dentro de la región se debe a problemas de desarrollo económico y social. En la Declaración los países que participaron del Encuentro constatan que han optado por una respuesta asociativa e interactiva a través de los procesos de integración sub-regional (MERCOSUR y CAN), asimismo afirman que existe una preocupación de los países de la región respecto a los derechos humanos de los migrantes. Luego de estas premisas que son los considerandos, declaran que la importancia de los procesos migratorios exige soluciones y recomiendan "incrementar y profundizar el análisis e intercambio de información", "la modernización y el fortalecimiento institucional de los organismos nacionales competentes en el tema", y la "cooperación técnica y financiera internacional".

A este primer encuentro le siguieron las Conferencias Sudamericanas desarrolladas en Buenos Aires, Argentina (mayo de 2000), Santiago de Chile (abril de 2001) y Quito, Ecuador (agosto de 2002). En dichas ocasiones, los gobiernos participantes destacaron en forma conjunta la necesidad de abordar el fenómeno migratorio en la región como una cuestión de fundamental importancia en lo que concierne a las relaciones internacionales entre los países (COMISIÓN ESPECIAL DE ASUNTOS MIGRATORIOS, OEA, 2008) La IV Conferencia Sudamericana sobre Migraciones realizada en la ciudad de Montevideo, Uruguay en noviembre del 2003, así como la V realizada en La Paz, Bolivia (noviembre de 2004), la VI en Asunción, Paraguay (mayo de 2006) y VII Caracas, Venezuela (2007) y la VIII Montevideo, Uruguay (2008), tuvieron, todas ellas, el objetivo de consensuar una posición sobre temas migratorios, reafirmando que "el ser humano debe ser el centro de las políticas y programas migratorios y, que por

¹⁰ Estimaciones del CCP-UCR con base en cifras del INEC, en *Migración sin retorno: el desafío de la integración social*, <http://www.docstoc.com>.

¹¹ INEC, censo 2000.

ende los Estados deben "garantizar el respeto de los derechos humanos del migrante, independientemente de su condición migratoria, nacionalidad, condición social, religión, opinión política, origen étnico, género o edad" (COMISIÓN ESPECIAL DE ASUNTOS MIGRATORIOS, OEA, 2008).

El Consejo Permanente de la OEA, el 17 de abril del 2008, con su Comisión Especial de Asuntos Migratorios convocó a un Foro. En este sentido, los panelistas de este Foro Especial realizaron una serie de comentarios y recomendaciones. Uno de los comentarios estuvo relacionado con las políticas públicas. Los panelistas coincidieron con la acción a elaborar y promocionar mejores políticas en materia migratoria, tanto en países receptores como en países emisores de migrantes. También resaltaron que es necesario contar con información confiable sobre tendencias y flujos de la migración en el Hemisferio. En este sentido, se destacó la importancia de contar con sistemas de información integrales de recursos humanos que permitan conocer, estudiar y caracterizar el problema de la migración, de personal de salud para la formulación de políticas tendientes a mitigar o revertir sus efectos. A su vez en las recomendaciones hablaron de promover un mayor vínculo de políticas entre la migración y el desarrollo procurando incorporar las cuestiones migratorias en los planes nacionales de desarrollo (COMISIÓN ESPECIAL DE ASUNTOS MIGRATORIOS, OEA, 2008).

Asimismo, uno de los temas de tratamiento fue las migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos, allí el IIN señaló que es fundamental impulsar y promover acciones conjuntas dirigidas a garantizar la observancia de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes, particularmente los que se vean sometidos a manifestaciones de discriminación y situaciones de explotación, alentando el desarrollo social de la niñez y sus familias a través de la migración planificada y protegida, así como su participación activa en las sociedades de destino (LIWSKI, 2008). Sumado a ello, generó los siguientes comentarios y recomendaciones que fueron consideradas por un grupo de Estados miembros:

Proteger y respetar los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes, independientemente de su condición migratoria.

Garantizar el derecho a la cobertura universal y de calidad de los servicios sociales básicos para todos los niños, niñas y adolescentes en sus países de origen, fundamentalmente los relacionados con la nutrición, salud, educación y vivienda digna.

Prestar especial atención al respeto del derecho a la vida, la participación y la identidad de los niños, niñas y adolescentes migrantes.

Atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados de sus familias a fin de que cuenten con el acceso a los mismos derechos que los niños nacionales y en pie de igualdad con éstos.

Proteger el derecho a la identidad de las niñas, niños y adolescentes migrantes desde, hacia o entre nuestros países, estableciendo como meta la erradicación de los subregistros de nacimientos y proveer acceso a la documentación de identidad.

Contar con políticas migratorias con enfoque de derechos humanos que armonicen con las políticas públicas destinadas a la niñez, la adolescencia y sus familias.

Implementar mecanismos de cooperación técnica internacional y elaborar acuerdos de cooperación internacional, regional y bilateral, para desarrollar programas interinstitucionales e intersectoriales que aborden integralmente la problemática.

Asumir el compromiso de capacitar y sensibilizar en Derechos Humanos a los funcionarios y voluntarios encargados de interactuar con niños, niñas y adolescentes migrantes y sus familias.

Promover en los Estados involucrados en procesos migratorios, la prevalencia de condiciones que favorezcan una mayor armonía, tolerancia y respeto entre los migrantes y el resto de la sociedad en los países de tránsito o destino, a fin de eliminar las manifestaciones de racismo, xenofobia y formas conexas de intolerancia, dirigidas contra los migrantes, incluidos los miembros de sus familias.

Fortalecer a las familias a través de la implementación de políticas sociales y económicas alrededor del empleo y la inversión en educación, y específicamente el desarrollo de programas integrales de atención a la niñez y adolescencia con el propósito de brindar a las familias las oportunidades y condiciones para poder cumplir su rol como unidad básica de formación, garantía y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Establecer lineamientos regionales consensuados, sistemas de información y protocolos para la protección especial en los casos de retorno de los niños, niñas y adolescentes víctimas de trata de personas.

Aumentar la coordinación interinstitucional e intersectorial en cada país como forma de proteger a las niñas, niños y adolescentes de todas las formas de explotación sexual comercial, manifiesta y encubierta detrás de otras actividades.

Regionalmente también se puede hablar del Plan de Acción de la Conferencia Regional sobre Migración (CRM) o del llamado *Proceso Puebla*¹². La primera reunión de la CRM se celebró en 1996 en Puebla, México, por ello a la CRM también es que se lo conoce como Proceso Puebla. El objetivo de la primera reunión fue la constitución de un foro regional sobre migraciones internacionales con la participación de países que comparten, desde distintas perspectivas pero un contexto común, con base en experiencias que involucran situaciones de origen, tránsito y destino de las migraciones. Uno de los grandes logros del Proceso Puebla es permitir e impulsar un diálogo franco y abierto sobre cuestiones migratorias de interés común, a partir de temas como la migración regular e irregular de personas dentro de la región y desde fuera de ella, y al mismo tiempo, tratar de encontrar el debido balance entre la protección de los derechos humanos de los migrantes y la necesidad de los países de salvaguardar el bienestar y seguridad de sus nacionales. El proceso trabaja con base a consensos (ECOSOC, 2005).

Los países miembros de la CRM son: Belice, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, y la República Dominicana. La mayoría son países tratados en el escenario del presente trabajo.

A raíz y en cumplimiento del Proceso Puebla se realizó en la ciudad de San Salvador, El Salvador un Seminario sobre "Mujeres, Niños y Niñas migrantes," en el año 2000, los participantes -principalmente los representantes académicos, de la Sociedad Civil y Organizaciones Internacionales- mostraron su preocupación por las condiciones de las mujeres, niños y niñas migrantes y acordaron una serie de recomendaciones para enfrentar este fenómeno en forma integral¹³, las cuales pueden ser imitadas por el resto de los países de la región de manera multilateral.

En el marco normativo, "a.2) Para niños y niñas migrantes. a.2.1) Instar a la ratificación de instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos de la niñez, en especial los relativos a los Convenios de la

¹² Sobre la estructura y funcionamiento del proceso v.: opulation Division Department of Economic and Social Affairs United Nations Secretariat, *La Conferencia Regional Sobre Migración o Proceso Puebla Como Proceso Consultivo Regional*, UN/POP/EGM-MIG/2005/03, México, Diciembre, 2005

¹³ Sobre ello, v. *Seminario Sobre Mujeres, Niños Y Niñas Migrantes*, San Salvador, Febrero 2000, <http://www.crmsv.org>.

Haya." Respecto al Acceso a Servicios, "b.1) Para las mujeres, niños y niñas migrantes. b.1.1) Que los países revisen *sus respectivas legislaciones*, con el fin de mejorar el acceso a los servicios a los migrantes, asegurando el respeto de los derechos humanos. b.1.2) Que *los* gobiernos con asistencia de las Organizaciones Internacionales y la Sociedad Civil difundan y proporcionen los servicios básicos en materia de seguridad social (educación, salud, vivienda, alimentación, asistencia legal y protección) a todo migrante, sin importar su status migratorio. b.1.3) Elaborar un estudio que permita identificar y evaluar las necesidades y servicios sociales que se proporcionan a las mujeres, niños y niñas migrantes en cada país por los gobiernos, organizaciones gubernamentales nacionales e internacionales y los diferentes sectores de la sociedad, con el fin de conocer a las instituciones y actores responsables de instrumentar estas políticas y los recursos que se destinan a estos sectores de la población." En materia de Derechos Humanos, "c.2) Para niños y niñas migrantes. c.2.1) Instar a los países miembros del Proceso Puebla ratificar la Convención Internacional de los Derechos del Niño. c.2.2) Establecer mecanismos de control por parte de las autoridades que garanticen un mayor control de las adopciones, así como una efectiva fiscalización de la autenticidad de los padres. c.2.3) Garantizar la atención de los niños y niñas deportados tanto del país de origen como del de destino, creando normas que responsabilicen a los estados involucrados y crear mecanismos de coordinación entre las autoridades de ambos países, que abarquen todo el proceso de seguimiento en su núcleo familia, evitando primordialmente la separación familiar de los deportados. c.2.4) Capacitar a las autoridades migratorias del país *de destino con el objeto* que se sensibilicen al fenómeno *migratorio*, involucrando a niños y niñas *migrantes* en dicho proceso de tal forma que tomen conciencia de sus *propios* derechos. Asimismo, debe sensibilizarse a las autoridades en cuanto a la necesidad de adoptar una actitud adecuada para el tratamiento de los niños y niñas víctimas de persecución en base a género, con la finalidad de que éstos (as) puedan *tener acceso* a los procedimientos de *estatuto de refugiado*." Otro acápite elaborado por el Seminario fue el de las Condiciones de Empleo, en el cual se elaboraron los siguientes puntos: "d.2) Para los niños y niñas migrantes. d.2.1) Elaborar proyectos pilotos sobre redes para monitorear las acciones a beneficiar a los niños/as trabajadores migrantes. d.2.2) Realizar campañas publicitarias (nacionales e internacionales) sobre la *aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño*." Fenómeno Cultural, "e) Para mujeres, niños y niñas migrantes. [...] Organizar la celebración de las Semanas del Migrante desde una perspectiva incluyente de comunidades y organizaciones de migrantes en el exterior, gobiernos y organizaciones de Sociedad Civil nacionales; Realizar eventos especiales en centros educativos preparatorios a las celebraciones de las Semanas del Migrante. Incluir el fortalecimiento de las comunidades entre niñas y niños de los lugares de origen y de destino; Incorporar en los currículos educativos de los países de la región, el tema de la migración asegurando el diseño de una metodología creativa y adecuada de acuerdo a las edades y condiciones de los educandos."

IV.- Conclusión.

Tomo las palabras de Luis Carlos Nieto García¹⁴ y las traslado al contexto que nos rodea, y es que la presencia de menores extranjeros en los países requiere respuestas dentro de un marco jurídico de protección que les reconozca el derecho nacional e internacional, respuestas que no pueden basarse en parámetros sancionadores sino educativos. Así es como lo exige el sistema internacional de protección de la infancia (NIETO GARCIA, 2007).

Los derechos de los niños permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos. La evolución del pensamiento jurídico permite afirmar que tras la noción de derechos humanos subyace la idea de que todas las

personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Asimismo, por el principio de igualdad se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas (CILLERO BRUÑOL, 1997), con vulnerabilidad social, debido a que no están en la misma situación de igualdad. Entre esas personas se encuentran los niños.

La Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia y adolescencia. La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, cual orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Asimismo, contiene principios, entre los cuales se encuentra el de no discriminación (art.2), protección (art.3), efectividad (art.4), autonomía y participación (art.5 y 12). Dworkin señala a estos principios como proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia (DWORKIN, 1989). Entendiendo de este modo la idea de "principios" y siguiendo esta teoría, existe una obligatoriedad e imposición hacia las autoridades de establecer políticas públicas respecto a los procesos migratorios en la infancia, teniendo como plataforma constructiva a los derechos del niño.

El interés superior del niño dispone de una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades (CILLERO BRUÑOL, 1997). Se trata de un principio rector de interpretación fundamental que contempla el deber del Estado de colocar el interés del niño por encima de toda medida adoptada cuando en ella se vea involucrado su desarrollo tanto físico como emocional.¹⁵

En el derecho internacional de los derechos humanos existe lo que se llama la tesis del valor solidaridad. El objetivo de que cada uno alcance la libertad moral es un objetivo común de cada hombre en la sociedad para satisfacer el bien común. Citando a Ignacio Campoy Cervera, lo que se pretende conseguir con el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales es que "el mayor número de personas posible desarrolle al máximo posible el plan de vida que cada uno de ellos individualmente se haya dado (CAMPOY CERVERA, 2006)". Además de esa libertad social que posee el hombre, ya desarrollada a principios de este ensayo, se agrega la concepción de la tolerancia positiva, la cual parte del hecho de la diferencia, no prejuizgándola como necesariamente objetable. La tolerancia positiva no desaprueba las creencias y prácticas de los demás, sino que busca comprenderlas (PEREZ DE LA FUENTE, 2005).

Pero paralelamente a estas concepciones y teorías riquísimas del derecho internacional de los derechos humanos, se puede citar y únicamente justificar el por qué de la necesidad de políticas migratorias con un enfoque en los derechos del niño –ausente en todos los Estados de la región-, al *interés superior del niño*.

El niño -inmigrante o nacional- debe crecer, como indica el Preámbulo de la Convención, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, y estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad. Esto no es posible si el niño carece de todos sus derechos, comenzando con el derecho a un nombre y nacionalidad, tal como lo establece el artículo séptimo. Tampoco es posible si no se le garantizan sus derechos sino que, además en el país que se encuentra sea nacional o inmigrante, regularizado o no, sufre diversos tipos de discriminación, corre riesgos de

¹⁴ Luis Carlos Nieto García, Magistrado del Juzgado de Menores nro. 1 de Ávila, autor de *La reagrupación familiar como pretexto: los menores extranjeros no acompañados*, en este artículo el autor afirma que el derecho español nacional e internacional reconoce a los niños un marco jurídico de protección.

abuso y maltrato por autoridades públicas y tiene serios peligros de ser explotado por distintas redes de crímenes organizados.

Cuando hablamos de un niño, donde quiera que este se encuentre, no hay discusión que corresponda citar respecto a su protección y garantías. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es clara, y referente a los países que la han ratificado, el garantizar el goce pleno de sus derechos es obligatorio para ellos.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, P. (2009) México ha humanizado la política Migratoria: Sabines, Tapachula, Chiapas, <http://www.informativochiapas.tv>, 2009
- BARAHONA, M. (2006) "Migración sin retorno: el desafío de la integración social", <http://www.docstoc.com>, 2006.
- CILLERO BRUÑOL, M. (1997) *Infancia, autonomía y derechos*, Editorial Mimeo, 1997.
- CAMPOY CERVERA I. (2006) *Una discusión sobre la Universalidad de los Derechos Humanos y la Inmigración*, Madrid, Ed. Dykinson S.L., 2006.
- CELADE (Organization), División de Población, United Nations (2002) *América Latina en Los Inicios Del Nuevo Milenio: Simposio Sobre Migración Internacional en Las Américas, Seminarios y Conferencias Series*, United Nations Publications, 2002.
- COMISIÓN ESPECIAL DE ASUNTOS MIGRATORIOS (2008) "Informe Final IV Conferencia Sudamericana Sobre Migraciones, Resumen", OEA/Ser.G CE/AM/INF.14/08 Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, 2008.
- COMISIÓN ESPECIAL DE ASUNTOS MIGRATORIOS, "Informe Final VII Conferencia Sudamericana Sobre Migraciones, Resumen", OEA/Ser.G CE/AM/INF.14/08 Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, 2008.
- CHINCHILLA CERVANTES, A C. (2005) *Multiculturalidad (Migración Nicaragua – Costa Rica)* Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2005.
- DWORKIN, R. (1989) *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 1999.
- ECOSOC (2005) *La Conferencia Regional Sobre Migración o Proceso Puebla Como Proceso Consultivo Regional*, México, UN/POP/EGM-MIG/2005/03, Diciembre, 2005.
- FLASCO (2009) "Las migraciones entre Guatemala y México" <http://www.flasco.edu.gt>, 2009
- GALLO CAMPOS, K.I. (2005) "Niñez Migrante, Blanco fácil para la discriminación" México Seminario Internacional Derechos Humanos de los Migrantes, 2005.
- GARCÍA MENDEZ E, BELOFF, M. (1998) *En Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Buenos Aires, Editorial Temis Depalma, 1998.
- IDHUCA (2006), *Tendencias Legislativas sobre la migración en Centroamérica*, noviembre 2006
- INADI (2005) *Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación*, Decreto N° 1086/05, Buenos Aires, 2005.

¹⁵ Paquete Básico de Información sobre la explotación sexual comercial infantil "El derecho internacional en el ámbito de la explotación sexual comercial infantil. Los tratados internacionales y los derechos de la niñez".

- KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V. (2009) *Migración y Políticas Sociales en América Latina*. SOPLA, Rio de Janeiro, 2009.
- LIWSKI, N.I. (2008) *Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos*, Instituto Interamericano del niño, la niña y adolescentes, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión Especial de Asuntos Migratorios, Ce/Am/Inf. 3/08 Corr. 1, 18 Abril 2008, Washington, D.C.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO E INTEGRACIÓN DEL ECUADOR (2007) *Política Migratoria del Ecuador*, Ecuador, Subsecretaría de Asuntos Migratorios y Consulares, Julio 2007.
- NERIO A.L. Y ALMARAZ S. (2007) *La política migratoria en la frontera del sur y la vulnerabilidad de los migrantes centroamericanos*, Centro de Derechos Humanos Fr. Francisco de Victoria, OPAC, abril 2007.
- NIETO GARCIA, L.C. (2007) *La reagrupación familiar como pretexto: los menores extranjeros no acompañados*, Exilibris Ediciones, S.L, Save the Children, Centro de Investigación y Documentación sobre Derechos de la Infancia y la Adolescencia, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2007.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2008) Ser.G CE/AM-24/08 rev.3, *Comentarios y Recomendaciones de los Panelistas*, Washington, D.C, Foro Especial sobre Asuntos Migratorios, 2008.
- OIM, Guatemala, <http://www.oim.org.gt>, 2009.
- OLIVARES, E., Notimex (2009) "Recomendación al Congreso poblano por secuestro de 21 migrantes de CA", México, La Jornada 2 de Agosto del 2009. <http://www.mediosenmexico.blogspot.com>.
- OTEIZA E., NOVICK S., ARUJ R. (1996) "Política migratoria, inmigración real y Derechos Humanos en la Argentina", Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA, 1996.
- PÉREZ DE LA FUENTE, O. (2005) *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Madrid, Editorial Dykinson S.L., 2005.
- RAZ, J. (2001) *Ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, 2001.
- TEXIDÓ E. (2008) *Perfil Migratorio de Argentina 2008*, Buenos Aires, OIM, Noviembre 2008.
- VACAFLORES V. (2003) "Migración interna e intraregional en Bolivia: Una de las caras del neoliberalismo", Bolivia, Globalización Migración y Derechos Humanos, Programa Andino de Derechos Humanos - Universidad Andina Simón Bolívar Revista Aportes Andinos N° 7. Globalización, migración y derechos humanos, Octubre 2003.
- VEGA GONZÁLEZ L. E. (2008) "Aplicación de la política migratoria mexicana en la frontera sur", <http://www.mailxmail.com>, 2008.
- VARELA JARA J., *De la ley y una política migratoria*, Instituto de Estudios Sociales en Población, Universidad Nacional de Costa Rica, http://www.una.ac.cr/idespo/pdf/migracion_s/f.
- VÁSQUEZ L., *Niños emigrantes son víctimas de ultrajes y mutilaciones*, mayo 2008, <http://www.hondudiariohn.com>.
- ZÚÑIGA R. (2009) "Vienen niños huyendo del conflicto en Honduras", Tapachula, La Prensa <http://www.oem.com.mx>, 2009.

LINEAMIENTOS DE LA POLÍTICA EXTERIOR ARGENTINA LUEGO DE LA CRISIS DEL 2001

Por Miguel Agustín Torres

RESUMEN

El colapso social, económico e institucional de diciembre de 2001 implicó el abandono del modelo menemista. Hasta entonces la política exterior argentina había seguido las orientaciones impresas desde la década del noventa por la administración Menem y que habían presentado continuidad durante la presidencia 'aliancista'. A partir de la crisis de 2001 se asiste a una revisión del rumbo de la política internacional del país y del sentido asignado a determinados vínculos. En el presente aporte se propone como objetivo el análisis de los lineamientos que observó la política exterior argentina con posterioridad a la crisis del 2001. Los parámetros temporales considerados comprenden el período que transcurre desde el colapso de diciembre del 2001 hasta los primeros meses del gobierno de Cristina Fernández.

PALABRAS CLAVES

Argentina - Política Exterior - Crisis del 2001 – Lineamientos.

GUIDELINES OF THE ARGENTINA'S FOREIGN POLICY AFTER THE 2001 CRISIS

By Miguel Agustín Torres

ABSTRACT

The social, economic and institutional collapse of december 2001 involved the abandonment of the Menem model. Until then, Argentina's foreign policy had followed the directions printed from the nineties by the Menem administration and had continuity during the presidency of the "Alianza". Since the 2001 crisis occurs a review of the directions of the international policy and an exam of the sense assigned to some links. The objective of this contribution is the analysis of the guidelines of the Argentina's foreign policy after the 2001 crisis. The temporal parameters of this paper include the period elapsed since the collapse of December 2001 until the early months of the government of Cristina Fernandez.

KEYWORDS

Argentina - Foreign Policy - Crisis of 2001 – Guidelines.

LINEAMIENTOS DE LA POLÍTICA EXTERIOR ARGENTINA LUEGO DE LA CRISIS DEL 2001

Por Miguel Agustín Torres*

I.- Introducción

Luego de la crisis socioeconómica e institucional del 2001 las definiciones de la política exterior recogieron orientaciones y criterios que guardaron distancia del patrón de vinculación externa vigente desde la presidencia de Menem. Estas nuevas posiciones respondieron a la convergencia entre los impactos y diagnósticos de la difícil situación que atravesaba el país y la identidad y pertenencia ideológico-política de las administraciones que transitaron por la presidencia. De esta manera el cuestionamiento al modelo de desarrollo, imperante hasta entonces, trajo aparejada la revisión del paradigma de inserción que lo complementó y, en consecuencia, la apertura de una nueva instancia en el modo de relacionarse con el mundo.

En el presente aporte se propone como objetivo el análisis de los lineamientos que observó la política exterior argentina con posterioridad a la crisis del 2001. Los parámetros temporales considerados comprenden el período que transcurre desde el colapso de diciembre del 2001 hasta los primeros meses del gobierno de Cristina Fernández.

El trabajo no pretende agotar el examen de los distintos temas que integraron la abundante agenda externa de los años del periodo de crisis o post-crisis. Se analizan tres áreas de las relaciones exteriores que, debido a la relevancia de los acontecimientos englobados y los actores involucrados en las mismas, constituyen tópicos de ineludible estudio en toda indagación sobre la política exterior argentina contemporánea. De esta manera se indaga en los lazos con los países de la región principalmente el entorno sudamericano y dentro del mismo el vínculo con Brasil, la política adoptada en materia de endeudamiento externo y la relación con los Estados Unidos.

Teniendo en cuenta lo expresado se plantea el siguiente interrogante ¿Cuáles fueron las orientaciones y definiciones principales que observó la política exterior de Argentina en sus relaciones con la región, los EEUU y el problema del endeudamiento externo, luego de la crisis del 2001?

Como argumento central de este aporte y respuesta al interrogante expuesto, se sostiene que luego de la crisis del 2001 la política exterior argentina dirigida a las áreas temáticas consideradas, se caracterizó por: i) un re-posicionamiento hacia la región sobre la base de una ponderación de los lazos con los actores del entorno, especialmente Brasil; ii) el abandono de la estrategia de adhesión irrestricta y, en consecuencia, el despliegue de enfoques más moderados y equilibrados en la relación bilateral con los EEUU; iii) la adopción de una postura revisionista frente a las políticas neoliberales y el vínculo con los organismos multilaterales de crédito y en especial el FMI; y la ejecución, a partir del gobierno de Néstor Kirchner, de relevantes medidas de cancelación y reestructuración de deuda externa.

* Abogado. Doctorando en Derecho (UBA). Becario CONICET

II.- Los vínculos regionales

A partir de la crisis de Diciembre de 2001 y en particular desde el interinato "duhaldista" comenzó a cultivarse una perspectiva sobre la región diferente a la visión que predominó desde los años noventa. La nueva percepción significó un cambio de orientación motivado en parte por las propias circunstancias imperantes en el contexto de crisis y en parte también por la propia convicción de las administraciones que se sucederán luego del colapso. Sin duda la suerte que observó la relación con Brasil sirve como criterio a la hora de analizar el proceso que siguieron los nexos del país con los actores regionales, debido a la relevancia que presenta la vinculación con el Estado vecino.

A pesar del proclamado relanzamiento de la política hacia MERCOSUR, durante la presidencia aliancista, a través del cual se proyectaba impulsar el proceso integrador, el estado de cosas no distó en demasía de lo alcanzado en el período menemista. Más allá de algunos matices, la dirección impresa a la política exterior supuso una continuidad de la diplomacia menemista. De esta manera "entre 1999 y 2001 Argentina no vivió un viraje ideológico y material notable" (Tokatlián, 2002: 19 y 20)

En esta etapa la política hacia la región presentaría una fase de tensión. Así, el desencuentro y la tirantez definieron la relación bilateral con Brasil en el último tramo del gobierno de la alianza. Las dificultades se enraizaron en las críticas sobre la política cambiaria brasilera que efectuó un sector de la dirigencia argentina de ese momento. Se esgrimió un discurso combativo respecto de la devaluación del real que había realizado Brasil y se pretendió asociar a la misma buena parte de las dificultades, que atravesaba por entonces Argentina y que culminarían en el desenlace dramático del verano de 2001.

Los cuestionamientos a la política monetaria brasilera provenían mayoritariamente del ministerio de economía argentino. En ese ambiente de rispidez se distinguió una fragmentación de opiniones en el oficialismo argentino, en la cual la cartera de economía lideraba la retórica de choque con Brasil. Pero a la vez este episodio reflejó la concurrencia de visiones disímiles, en el seno de la administración aliancista, sobre el significado de la relación bilateral con el Estado brasilero.

Correspondió al gobierno provisional de Eduardo Duhalde la tarea de reactivar la política hacia el entorno y dentro de ella la labor de recomponer la relación con Brasil, comprendida dentro de los esfuerzos de reinserción y reconexión con el mundo en el periplo de la crisis. Se asignó un valor relevante a los lazos con los actores latinoamericanos y en especial a la relación con Brasil. Además de las propias convicciones y orientaciones ideológicas de la administración duhaldista, la ponderación de la región obedeció a una interpretación de la situación del país, en la cual se estimaba como conveniente la consolidación de los nexos con la región y el perfeccionamiento de los lazos con Brasil¹.

¹ En la última parte del mandato provisorio, en concordancia con su posición sobre la región, la administración Duhalde expresó su reconocimiento al respaldo brindado por los países vecinos en los meses en los cuales el país enfrentaba los impactos de la crisis. Manifestó Duhalde por entonces: "Ustedes saben que Argentina se caía del mundo, algunas voces hirientes se alzaban pregonando nuestra insignificancia y preanunciando nuestra desaparición, por supuesto que esas voces no surgían de los ámbitos de integración latinoamericana, sí venían del norte y de Europa pero por suerte no de todos los países de allí. Hubo voces que nos reconfortaron, y aquí precisamente se encuentran representados quienes más nos apoyaron: nuestros hermanos latinoamericanos. Actuaron en forma generosa y tenaz, nos apuntalaron en momentos realmente muy difíciles y por eso he querido venir a darles las gracias a ustedes, que han venido en nombre de los presidentes latinoamericanos. Quiero agradecer todos los gestos de

El propio Duhalde reconocería, con posterioridad, la presencia en aquel periodo del propósito de restauración de la relación con Brasil y de encauzamiento de la política regional. También describiría el estado que evidenciaban los vínculos con la región y lo atribuye a las orientaciones vigentes en los años precedentes:

“La primera decisión que tomé fue comenzar a trabajar la relación con Brasil y recomponer los lazos con nuestros socios y vecinos (...) Debemos recordar que no pasábamos por un buen momento con nuestros vecinos del Mercosur, en virtud de una política exterior que miraba con más atención hacia los Estados Unidos que hacia nuestro socios del mercado común. En aquel momento la estupidez intelectual de algunos analistas quería hacernos creer que no debíamos “juntarnos” con los pobres del barrio, sino con los ricos del norte. Por lo demás, se había incentivado una desconfianza inexplicable hacia Brasil y, como si eso fuera poco, las cuestiones macroeconómicas dificultaban el comercio y mantenían al Mercosur estancado” (Duhalde, 2007: 297).

De este modo en el enfoque y en las iniciativas ejecutadas por la gestión Duhalde pueden rastrearse esbozos de cambios respecto de la lectura que había dominado, desde la década del noventa y hasta el fin del ciclo aliancista, la posición del país frente a los acontecimientos latinoamericanos. Igualmente estas acciones y posturas insinuaron remisiones al sentido y a la finalidad almacenada en los pactos argentino-brasileros, en tiempos de los presidentes Alfonsín y Sarney, que describieron un rol generador del proceso integrador. Así el duhaldismo significó en cierta forma, y desde luego dentro de un contexto diferente, una suerte de primer e incipiente retorno a aquel espíritu, de mediados de la década del 80, impulsor de la integración.

El gobierno de Néstor Kirchner continuó y profundizó muchos de los criterios inscriptos en esta tendencia. La región receptó una mirada alentadora y se la erigió desde la retórica oficial en destinataria de un mensaje esperanzador, que apeló a las alternativas y a las respuestas que la integración podía ofrecer frente a las contingencias que marcaban el panorama de los países latinoamericanos.

La relación con Brasil fue abordada con el ánimo de vislumbrar en ella un recurso político y atribuirle un valor estratégico. El escenario del momento revelaba la proximidad ideológica y política entre los líderes argentino y brasilero; así también como la concurrencia, en las agendas de ambos gobiernos, de cuestiones que con diferentes niveles de injerencia, constituían desafíos para sendos Estados. Estas coincidencias configuraban elementos favorables que, a priori, sugerían la posibilidad de conformar posturas comunes y efectuar acciones cooperativas.

En la agenda latinoamericana del kirchnerismo ocuparon también un lugar relevante otros vínculos que terminaron por conformar definiciones distintivas de la política internacional del período. Dentro de esta enunciación se ubican los lazos con Cuba y con Venezuela. La relación con la “isla” revistió, sobretudo al comienzo del mandato kirchnerista, un componente ideológico al cual el oficialismo recurrió en el proceso de delineamiento de su perfil y de construcción de su imagen dirigida a la sociedad argentina. La prohibición para viajar a la Argentina que el régimen de Castro impuso a la médica cubana Hilda Molina Morejón suscitó una situación conflictiva².

comprensión y solidaridad que en épocas tremendas tuvimos prácticamente al unísono. Gracias por el fraterno acompañamiento que fue sustancial para arribar al punto en que hoy nos encontramos” (Duhalde, 2003).

² Recién durante la presidencia de Cristina Fernández, Hilda Molina pudo viajar a Argentina.

Por su parte, la relevancia que se confirió al vínculo con Venezuela constituyó uno de los aspectos que caracterizaron la política exterior del kirchnerismo. La relación con el Estado Venezolano atravesó por distintas dimensiones. Se situó en el espacio de las referencias y afinidades ideológico-políticas del gobierno; se insertó en el marco de las iniciativas regionales y principalmente desempeñó un rol destacado en el terreno económico y financiero. Además de una serie de emprendimientos comerciales bilaterales, el gobierno de Hugo Chávez representó una fuente de financiación para el Estado argentino. En particular, este aspecto de la relación se apreció en la cancelación que el Estado argentino efectuó de su deuda con el FMI; oportunidad en la cual Venezuela suministró un respaldo crediticio para su concreción.

Durante el primer año y medio de la presidencia de Cristina Fernández se pudo advertir una confirmación de los términos en los cuales se desarrolló la política regional del kirchnerismo. La consolidación del vínculo con Venezuela significó un reflejo de la continuidad y profundización del proyecto del kirchnerismo.

III.- La relación con los Estados Unidos

El agotamiento del modelo expresado en los acontecimientos de diciembre de 2001, estuvo acompañado por la adopción de una nueva posición frente a los EEUU. Desde entonces las administraciones presidenciales sucesivas se alejaron de los actos y gestos inscriptos en posturas reducidas a una identificación o conformidad absoluta con la política internacional de los EEUU. De esta manera fueron abandonados, en diversa medida, muchas de las prácticas y criterios comprendidos en el denominado "alineamiento automático" que estigmatizó la diplomacia del país desde los años noventa.

Sin duda las contingencias y los desafíos que definían el panorama político y económico externo del país, espacialmente en los períodos Duhalde y Kirchner, ocuparon un lugar de consideración en su relación con la principal potencia. En efecto, las dos presidencias pretendieron insertar en sus respectivas agendas con los EEUU las cuestiones prioritarias que debieron enfrentar. En este sentido las tratativas para encaminar el endeudamiento con el FMI, el problema del default y en su órbita las negociaciones con los bonistas concentraron la política hacia la potencia en los años siguientes al colapso del 2001.

Este cambio de visión sobre el vínculo con los EEUU encontraba respaldo en una opinión de rechazo, sobre todo en determinados sectores sociales, a las políticas neoliberales de los noventa y, en consecuencia, también a su proyecto de inserción. A su vez, esta tendencia convergió con dirigencias que además de situarse en líneas de pensamiento y reconocer pertenencias ideológicas distantes de las recetas neoliberales, supieron leer la sintomatología social. No obstante, esta perspectiva no derivó en la adopción, por parte de las administraciones sucesivas, de actitudes de confrontación en el desarrollo del vínculo con los EEUU. Al respecto Russell señala que:

"Las percepciones predominantemente negativas sobre las políticas económicas y exterior implementadas en los noventa no derivarán, sin embargo, en la preponderancia de actitudes y políticas antiglobalistas y antiestadounidenses, pero tampoco dejan espacio para una adhesión a libro cerrado al así llamado "modelo económico neoliberal" ni para una nueva estrategia de plegamiento a Washington. En este último caso, se trata de construir un vínculo positivo con EE.UU. orientado al logro de objetivos específicos" (Russell., 2004: 72 y 73)

El gobierno provisional de Duhalde introdujo los primeros atisbos en el viraje de la política exterior hacia los EEUU. Se procuró re-definir el patrón de "relacionamiento" con la gran potencia occidental sobre la conveniencia

que significaba el establecimiento de una "relación seria", que persiguiera el equilibrio antes que los excesos o las actitudes absolutas. La imagen que se atribuyó a la relación respondió a una estrategia de inserción con pluralidad de puntos de apoyo en los nexos con los países desarrollados. De este modo, se intentó encuadrar la relación con los EEUU en una política dirigida a una vinculación diversificada, dentro de la cual los lazos con los Estados europeos conformaban también un objetivo destacado.

Justamente esta orientación del gobierno duhaldista frente a los EEUU fue sintetizada con la metáfora de la "poligamia", que se pretendió contraponer a la expresión "relaciones carnales", con la cual se simplificó la definición de la relación con los EEUU en tiempos del menemismo. De esta manera el canciller Ruckauf manifestó:

"No veo por qué no podemos ser polígamos, al menos en política exterior y política económica (...) el camino desde el Mercosur al ALCA, la relación con Europa, Asia y África son todos caminos que se pueden transitar en forma simultánea (...) Ningún país del mundo puede encerrarse en una sola relación"³. En concordancia con esta perspectiva ponderó de "central" los lazos con la Unión Europea por sobre el vínculo bilateral con los Estados Unidos"⁴.

El problema del endeudamiento ocupó un espacio preferente en la política duhaldista hacia los EEUU. No obstante, las apelaciones en búsqueda de cooperación y respaldo en las negociaciones con el FMI y el tratamiento de la deuda en default, para evitar el naufragio del proyecto de reparación institucional y recuperación económica, se enfrentó con una actitud distante de la gran potencia del Norte. En esta tesitura del gobierno estadounidense influyó tanto su posición sobre el comportamiento de Argentina en el marco del colapso como así también su estrategia hacia Latinoamérica. Recién en el último tramo del 2002 la gestión Duhalde recibió el apoyo de la administración Bush, en una decisión que, probablemente, ponderó las eventuales repercusiones e impactos regionales que podía acarrear la situación de crisis del país.

En esta dirección entiende Tussie que:

"Más allá de los gestos y promesas iniciales de la administración Bush hacia la región, tras el 11 de septiembre, EE.UU. literalmente se olvidó de la región (salvo las puntuales y obvias excepciones de Colombia, México y Cuba, que por razones de distinto orden permanecieron siempre dentro la agenda). Este olvido por parte de EE.UU. fue claramente perceptible en el caso argentino, sobre todo en el período entre septiembre de 2001 y fines de 2002. La percepción por parte de algunas agencias norteamericanas que dejar a la Argentina librada a su suerte podía ser disfuncional en muchos aspectos a EE.UU., en conjunción con las mayores perspectivas de normalización institucional y económica que en ese momento mostraba al país, llevaron a que finalmente la administración Bush sacara al país del ostracismo al cual estaba condenado" (Tussie, 2004: 83)

En la misma sintonía, Russell considera que:

"Recién a partir de fines de 2002, EE.UU. ejerció su poder para facilitar las negociaciones de la Argentina con el Fondo Monetario Internacional. Como es fácil de comprender, este apoyo no fue una recompensa tardía por más de diez años de plegamiento sino el producto de su interés estratégico de preservar la estabilidad de

³ "Ruckauf propone una 'poligamia' en política exterior", diario La Nación, edición del 03-01-2002. Disponible en http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=363842 Consultado en fecha 20-05-2009

⁴ Ibidem.

América Latina, evitando otra caída de la Argentina y su efecto derrame sobre Brasil y otros países de la región”.

En una decisión que no estuvo desprovista de polémica en el ámbito de la opinión pública argentina, el gobierno duhaldista impulsó el otorgamiento de un status jurídico preferencial, casi diplomático, al ejército estadounidense para la realización de ejercicios militares en suelo argentino. En el mismo rumbo puede mencionarse la propuesta efectuada a EEUU en el marco del conflicto colombiano, consistente en el entrenamiento en bases argentinas de pilotos colombianos. Como puntos de divergencia pueden resaltarse el rechazo y los cuestionamientos a la intervención militar en Irak y la abstención⁵ de votar la moción de condena a Cuba en el marco de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En referencia a ello sostiene Diamint

“Tanto en el respaldo al combate al terrorismo, como en promover ante el Congreso la obtención de un status jurídico especial para las fuerzas armadas norteamericanas que ingresaran al territorio nacional, con el fin de realizar diversas operaciones de entrenamiento, el presidente intentó mostrarse colaborador y paciente. Así, el poder Ejecutivo presentó al Congreso el proyecto 145-PE-02, el 5 de diciembre de 2002, para agilizar la aprobación de ingreso y egreso de tropas. A un paso de dejar la presidencia, Eduardo Duhalde se dio el gusto personal de mostrar nuevamente distancias con Estados Unidos, con cierta lógica en el caso de no otorgar apoyo a la invasión norteamericana en Irak, concordante con una activa militancia política en contra de la guerra, pero mucho menos lógica en el cambio, después de 13 años, en la condena a los derechos humanos en Cuba, en el marco de las Naciones Unidas” (Diamint, 2003: 21).

Durante la gestión Kirchner la relación con los EEUU también se asentó sobre el propósito de encontrar un equilibrio. La estrategia de la dirigencia argentina, que apuntó al establecimiento de una “relación madura”, adoptó referencias provenientes de una lectura del sistema internacional y sus relaciones de poder próxima al sentido común. Así, el canciller Bielsa reconoció “vamos a hacernos cargo de que la Argentina es un país poco interesante para Estados Unidos. Es lo primero que tenemos que tener en claro, porque a partir de ahí terminamos con esta manía que tenemos los argentinos de llamar a los funcionarios norteamericanos ‘Jim’ o George W. La actitud es tener una relación madura”⁶.

La cuestión del endeudamiento constituyó un tema que la dirigencia Kirchner intentó introducir en la bilateralidad. En este aspecto se buscó el respaldo político de Washington a las operaciones del Estado argentino dirigidas a resolver el problema del default y cancelar la deuda con el FMI. La consolidación del vínculo con el gobierno chavista, al igual que la posición argentina en la conformación del ALCA configuraron puntos de tirantez en la relación con la administración Bush.

La dirección impresa durante el kirchnerismo a las relaciones con los EEUU evidenció continuidad y vigencia en los primeros dieciocho meses del mandato de Fernández. En las relaciones con la principal potencia occidental se mantuvieron las mismas tonalidades y los mismos criterios. El vínculo del país con Venezuela, a la vez que se reiteraron las diferencias con motivo del “affaire de la valija”, continuó alimentando percepciones desfavorables en el seno de la dirigencia republicana sobre la incertidumbre del accionar internacional argentino. Todo ello dentro de un

⁵ El gobierno de Duhalde cambió su posición del año 2002, oportunidad en la cual había expresado, en materia de derechos humanos, un voto de condena contra el régimen de la Isla.

⁶ “Somos poco interesantes para EEUU”, diario La Nación, edición del 16-11-2003. Disponible en http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=545478. Consultado en fecha 12-07-2009.

cuadro definido por la ausencia de puntos en común entre ambas administraciones y la escasa mención que mereció el país en los objetivos considerados relevantes por el gobierno estadounidense. Como sostiene Russell:

“Por su desarrollo relativo y el bajo nivel de amenazas a la seguridad estadounidense, Washington no incluye a Argentina entre los principales países de América Latina que demandan o requieren asistencia económica de Estados Unidos (...) Argentina es, a los ojos de Washington, un país ambiguo, en estado de observación. Su modelo político y económico no encaja en la categoría de los “populismos radicales” latinoamericanos, pero deja lugar a dudas, incertidumbres y confusión. Por lo tanto, se le asigna un papel cada vez menor en la estabilización en América del Sur y en la contención de los aspectos más irritantes para Estados Unidos del “socialismo del siglo XXI” que promueve el presidente Hugo Chávez (Russell, 2008: 94).

IV.- La posición frente al endeudamiento externo

El período que se inicia con el estallido de la crisis de 2001 se encuentra definido por el profundo endeudamiento externo del país. Por su propia dimensión este problema se impuso como uno de los tópicos principales de la agenda externa de los años posteriores al colapso político y socioeconómico.

El gobierno de Duhalde procuró que el problema de la deuda externa no perjudicara la recuperación de niveles suficientes de estabilidad para encaminar la transición presidencial. Por ello la búsqueda de un acuerdo con el Fondo Monetario Internacional se convirtió a la vez en un objetivo y en una estrategia para la dirigencia provisoria. Sobre un escenario turbulento e incierto, en el cual las consecuencias del default afectaban los vínculos con diversos actores, la dirigencia duhaldista instaló la cuestión del endeudamiento en el temario de las relaciones con los Estados desarrollados. En particular, se buscó el respaldo de EEUU y de los países europeos en las negociaciones con el FMI⁷.

La posición del duhaldismo frente al tema de la deuda pública estuvo imbuida de un reconocimiento de los errores de las políticas económicas aplicadas con anterioridad y que habían conducido al panorama de aquellos días. Sin embargo y a pesar de la complejidad y las dificultades que experimentó el trato con el FMI, la gestión Duhalde evitó que la relación con el organismo de crédito se embarcara en alternativas que pudieran derivar en el resquebrajamiento del diálogo o afectar el curso de las negociaciones.

En parte como resultado a las gestiones del ministerio de economía en el ámbito del G7, la administración duhaldista celebró con el FMI, a comienzo de 2003 el denominado “acuerdo transitorio” que contribuyó a despejar la tensión durante el período electoral y los primeros meses del gobierno entrante. Empero, la oportunidad para resolver el problema del default se postergaría al período presidencial siguiente.

El salto de diferencia que abrió un nuevo capítulo en materia de tratamiento del endeudamiento público y en la relación con el FMI tuvo lugar durante la presidencia Kirchner. La dirigencia que accedió al poder en mayo 2003 adhirió a una actitud crítica con relación a las políticas de corte neoliberal implementadas desde el advenimiento del menemismo. Desde la voz oficial se asoció causalmente el desacierto de las medidas económicas aplicadas a partir de

⁷ La cesación de pagos y las negociaciones con el FMI determinaron buena parte del contenido de las relaciones con las potencias europeas. El tema ofreció una doble dimensión. Por un lado los Estados europeos confirieron su apoyo al proyecto del duhaldismo para restablecer la estabilidad y contener los efectos perjudiciales del colapso. Pero por otra parte los intereses de algunos países, que resultaron seriamente afectados por los efectos de la crisis, en particular por la devaluación monetaria, suministraron simultáneamente otra tonalidad al diálogo. A su vez los reclamos de la masa de tenedores europeos de deuda argentina comprendida en el default, movilizaban a algunos gobiernos del viejo continente, a ejercer presión y peticionar una solución en representación de sus ciudadanos.

la década citada con el endeudamiento público del país y se ubicó, también en dicha instancia, el origen del proceso de deterioro societario que desembocaría en el cuadro de desigualdad, marginalidad y exclusión social. Estos argumentos se inscribieron en la tentativa kirchnerista de plantear la construcción de la propia imagen del oficialismo a través de la diferenciación con las orientaciones y programas de las presidencias anteriores, en especial de las gestiones menemista y aliancista.

Debido al acuerdo celebrado por la administración Duhalde, el contacto con el FMI transcurrió sin rispidez durante los primeros meses de mandato kirchnerista. Pero a partir de la aproximación de su fecha de vencimiento en septiembre de 2003, la relación empezó a adquirir progresivamente una cuota de fricción, que en definitiva terminó definiendo el vínculo entre el gobierno y el organismo de crédito. Los cuestionamientos giraron en torno a los reclamos al Fondo por su corresponsabilidad en la debacle argentina del 2001.

De este modo en el plano discursivo el vínculo con el organismo estuvo dominado por la confrontación. En directa imputación al FMI de las causas del colapso, expresaba Kirchner en el último año de su gestión: "Nos encontrábamos ante un Estado vaciado por la aplicación rígida de las recetas del Fondo Monetario Internacional y, como corolario, se veía violencia en las calles y se vivía una crisis institucional en la que los presidentes duraban días. La Argentina, por primera vez, expulsaba a sus propios hijos a un exilio económico inédito" (Kirchner, 2007).

Las cuestiones implicadas en la cesación de pagos dificultaron la vinculación con algunos miembros de la Unión Europea. En su condición de heredero del default, el gobierno de Kirchner se convirtió en destinatario de las reclamaciones efectuadas por los gobiernos europeos, que perseguían, al igual que en la etapa provisional, el mantenimiento de los niveles de rentabilidad de sus inversiones y el cumplimiento de los contratos. A ello se agregaban las peticiones, realizadas en nombre de sus ciudadanos, en búsqueda de una respuesta para la situación de default⁸.

El primer paso rutilante en materia de desendeudamiento lo constituyó la superación del default, que al tiempo de asumir Néstor Kirchner se había convertido en una consigna ineludible. Cualquier tentativa de recuperación y reinserción internacional debía enfrentarse al desprestigio de la imagen externa del país que la cesación de pagos había ocasionado. Además, el desarrollo de los vínculos con algunos actores resultaba entorpecido como consecuencia del default. Luego del fracaso de la primera proposición a los bonistas, conocida como "oferta de Dubai", el gobierno concretó el canje de deuda a través de la "propuesta de Buenos Aires", la cual significó una quita del 60 % del capital total de la deuda *defaulteada*. Sin la participación del FMI la administración superó uno de los tópicos fundamentales en su panorama de acción.

En enero de 2006 la administración Kirchner canceló la deuda con el FMI. La medida implicó el pago total y se concretó mediante el empleo de reservas del Banco Central de la República Argentina. La oportunidad y el modo de cancelación generaron cuestionamientos por parte de los sectores políticos opositores. Vinculada a la visión crítica sobre el rol del FMI, la medida se convirtió en un componente frecuente en el discurso de balance de gestión del kirchnerismo:

"Nuestra capacidad de recuperación posibilitó que, aún sin recibir fondos, comenzáramos a cancelar deuda neta con los organismos internacionales hasta llegar

⁸ Además algunas medidas adoptadas por la gestión Kirchner incorporaron mayores elementos de fricción. En particular la renegociación, en algunos supuestos, de los convenios celebrados con empresas europeas prestatarias de servicios públicos en el país; o la rescisión de los contratos, en otros, arrimaron diferencias y desencuentros con las administraciones europeas.

a pagar, aún por anticipado, toda la deuda con Fondo Monetario Internacional, un Fondo Monetario Internacional que apoyó y promovió los gobiernos que se sostenían ajustando y emparchando las cuentas públicas al costo de aumentar la pobreza de la gente provocando la desindustrialización y endeudando irresponsablemente al país"⁹.

En los primeros meses del mandato Fernández se observó una posición frente al endeudamiento público semejante a la desarrollada en el período presidencial precedente. Dentro del primer año de mandato y en un clima de tensiones internas, que conformaron el momento más difícil desde el comienzo de su gestión, se anunció la cancelación de la deuda que el país mantenía con el "Club de Paris". Para la concreción de la medida se proyectó una estrategia y una metodología similar a la utilizada en la operación con el FMI. Sin embargo la incertidumbre sobre la dimensión que podía alcanzar la crisis financiera mundial determinó que el oficialismo argentino replanteara sus proyecciones en este tema. En la etapa se concretó la refinanciación de los préstamos garantizados y se ofreció el pago anticipado de los Bodem 2012.

V.- Consideraciones Finales

Víctima del escaso margen para improvisar drásticos cambios de rumbo, el accionar internacional del gobierno provisorio de Eduardo Duhalde se desplegó dentro de las infranqueables limitaciones del escenario de crisis. Sin embargo iniciativas precisas y cursos de acción lo suficientemente definidos permiten distinguir en la gestión interina rasgos de un estilo propio.

El duhaldismo asumió como punto de partida la insuficiencia de los postulados y bases del modelo de desarrollo, hasta entonces vigente, para ofrecer alternativas de cara al torvo panorama del 2002. De esta manera la dirección que observaron las relaciones exteriores durante los meses que duró el mandato interino reconoció su inicio en una suerte de revisión de los ejes y orientaciones del proyecto imperante desde los años noventa.

Así, se comenzó con los intentos por imprimir una mayor flexibilidad a la relación con los EEUU. En consecuencia se trató de diversificar las vinculaciones con el mundo desarrollado, dentro de las reducidas posibilidades que ofrecía el ambiente de crisis. La región, especialmente los países vecinos, recobraron relevancia en el modo de percibir el mundo y el lugar del país dentro de él. En especial, se buscó reactivar la bilateralidad con Brasil y se efectuó una lectura política funcional de MERCOSUR, como complemento de su rol económico y comercial. El abordaje del endeudamiento público en un clima inestable con pocos recursos al alcance, si bien no presentó grandes diferencias con posturas anteriores, estuvo acompañado por el abandono de algunas medidas características de los años de la convertibilidad.

La dirigencia kirchnerista dispuso de un margen relativamente más cómodo para adoptar posiciones más elaboradas. El período estuvo definido por el abandono de aspectos que caracterizaron el paradigma de inserción internacional ejercitado por el menemismo y que perduró, sin mayores divergencias, durante la presidencia aliancista.

Se incorporaron nuevos rasgos en la relación con el FMI, entre los cuales se destacó la retórica oficial ofensiva y frontal que giró en torno del cuestionamiento a los avales que brindó el organismo financiero a las medidas económicas neoliberales implementadas desde la década del noventa. De este modo las imputaciones al

⁹ Ibidem.

fondo resultaron una constante en el discurso del kirchnerismo. La superación del problema del default y la cancelación del débito con el FMI configuraron los datos sobresalientes de la etapa.

La concepción de los vínculos con los actores regionales, en especial con Brasil, se asentó también en este lapso sobre una visión política. La consolidación progresiva de la relación con Venezuela, hasta adquirir el nivel de una alianza, constituyó un elemento distintivo de los lazos con la región. Por su parte en la relación con los EEUU el gobierno argentino procuró no apartarse de una posición equilibrada.

Durante el primer año y medio de mandato de Cristina Fernández predominaron las continuidades del proyecto del kirchnerismo. Las orientaciones y los criterios a partir de los cuales se afrontaron algunas cuestiones que se suscitaron, reflejaron remisiones directas a las líneas perfiladas en la presidencia precedente.

VI.- Referencias Bibliográficas

DIAMINT, R. (2003). "Diez años de la política exterior Argentina: de Menem a Kirchner". En *Colombia Internacional*, N° 56 -57, Septiembre - Junio 2003, 13-27.

DUHALDE, E. (2003). Discurso del ex - presidente de la Nación, Eduardo Duhalde, en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). En fecha 15-05-03

DUHALDE, E. (2007). *Memorias del Incendio*. Buenos Aires, Sudamericana, 2007.

KIRCHNER, N. (2007). Discurso del ex presidente Néstor Kirchner ante la 62ª Asamblea General de las Naciones Unidas. En fecha 25-09-2007.

RUSSELL, R. (2004). "Relaciones bilaterales entre Argentina y EE.UU.: Consecuencias de la crisis argentina". En *Relaciones Bilaterales entre Argentina y Estados Unidos. Pasado y Presente*, Washington D.C, Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2004, 71-76.

RUSSELL, R. (2008). "La relación Argentina-Estados Unidos. Pocas expectativas en Buenos Aires y Washington". En *Foreign Affairs Latinoamérica*, 2008, Volumen 8 Número 4.

TOKATLIÁN, J. G. (2002). "Hacia la definición de una política exterior". En *Síntesis*, Fundación Argentina para la Libertad de la Información (FUALI), marzo 2002, año 10 N° 25, 16-21.

TUSSIE, D. (2004). "Argentina y EE.UU. bajo el signo de la era K". En *Relaciones Bilaterales entre Argentina y Estados Unidos. Pasado y Presente*, Washington D.C, Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2004, 81-87



Ponencias de Derechos Humanos

**PRIMERAS JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES: SOCIEDAD, DERECHO Y ESTADO EN CUESTIÓN**

INTRODUCCIÓN A LAS MESAS DE DERECHOS HUMANOS

Por Silvina Zimmerman*

En las jornadas se realizaron tres mesas de trabajo relacionados con temáticas relativas a los derechos humanos. En la mesa de trabajo dedicada a la "Incidencia de las políticas públicas: una mirada desde los derechos sociales" se presentaron cuatro trabajos: *Inclusión social, enfoque de derechos y políticas de transferencias de ingresos en Argentina* por Pilar Arcidiácono (UBA-CONICET), *Los derechos sociales: desarrollo jurisprudencial en el ámbito internacional y su recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, por Laura Royo (UNLP) y Ana María Berstard (UNLP), *La tutela de los derechos humanos sociales* por Taluana Wenceslau (UBA), *Ciclo de vida do litigio estratégico no sistema interamericano de direitos humanos: dificuldades e oportunidades para atores não estatais* por Evorah Cardozo (USP, Brasil). Las exposiciones plantearon discusiones esencialmente vinculadas con uso de las herramientas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos como mecanismos para incidir en las políticas de gobierno. En particular, se analizaron las políticas de transferencia de ingresos y se resaltó la necesidad de diseñar e implementar políticas de corte universal por oposición a las tradicionales políticas sociales focalizadas. Además, se discutió el alcance de los derechos sociales como derechos exigibles y justiciables y se estudió el uso de los estándares internacionales en esta materia efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Finalmente, se desarrollaron diferentes abordajes relacionados con el litigio estratégico sobre el sistema interamericano sobre derechos humanos.

Por su parte, la mesa de trabajo "Memoria, Verdad y Justicia" estuvo integrada por Sergio Gradel (UBA) que expuso sobre *Los escraches como acción política de resistencia* y por Julieta Mira (UBA) que presentó el trabajo *El juicio penal como puesta en escena. Una mirada etnográfica de los juicios por crímenes de lesa humanidad en la Argentina*. En este espacio, las principales discusiones estuvieron vinculadas con el rol de la justicia en los casos de crímenes de lesa humanidad y, en especial, del proceso penal como dispositivo de respuesta ante esta clase de delitos. Además, se analizó el impacto de estos procesos sobre la memoria y se comparó los juicios desarrollados en la Argentina con otros países como Italia.

Finalmente, en la mesa de trabajo "El Estado frente a la diversidad cultural" se se presentaron cuatro trabajos. Malena Rocío Maceira, estudiante de derecho, presentó su trabajo *El Estado argentino y los pueblos originarios. El respeto por la propiedad comunitaria*, Ninoska Laya Pereira (UNLP) expuso sobre *El derecho de propiedad colectiva de las tierras indígenas en Venezuela: alcance, realidad y expectativas* y Lila Garcia (UBA) sobre el *Marco teórico para los derechos de los migrantes*. Por último, Elodia Almirón (UNA, Paraguay) presentó la ponencia *Cuestiones de género y el acceso a la justicia como derecho*.

* Abogada (UBA). Doctoranda UBA. Becaria CONICET. Docente de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho. UBA. Miembro Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Integrante de la Comisión de Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales.

Los principales debates de este mesa se vincularon con los conflictos territoriales que atraviesan los pueblos indígenas, con énfasis especial en las diferencias entre Argentina y Venezuela, la repuesta estatal frente a las mujeres como grupo en situación de vulnerabilidad social, el contenido normativo definitivo de los derechos de los migrantes a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y respecto de la falta de abordaje estatal de protección específica de ciertos grupos en Argentina como los afrodescendientes.

Los distintos temas desarrollados en las mesas de derechos humanos marcaron las preocupaciones actuales de esta agenda académica en Argentina y en otros países de Latinoamérica. La presencia de ponentes de otros países promovió el intercambio y enriqueció, profundamente, los debates.

Dentro de dicha diversidad de temas realizaré algunos comentarios acerca del actual alcance de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, por ser materia de mis actuales investigaciones y porque constituye una preocupación compartida en muchos países del continente americano.

Debates y contenido normativo de los derechos territoriales indígenas

Una de las últimas grandes revoluciones en el derecho internacional de los derechos humanos ha sido el reconocimiento de derechos de naturaleza colectiva, entre los que se encuentran los derechos de los pueblos indígenas (Stavenhagen, Rodolfo, 1992). La consagración de derechos específicos para estos pueblos se fundamenta, principalmente, en la defensa del pluralismo cultural y jurídico como valor central de una sociedad y, como contrapartida, implica dejar atrás políticas de tinte asimilacionista o integracionista (Sánchez Botero Esther, 2004 e Irigoyen Fajardo, Raquel, 2006).

Sin embargo, la implementación efectiva de los derechos indígenas se enfrenta con numerosas discusiones y resistencias, especialmente cuando se trata de la puesta en práctica de derechos como la autodeterminación o la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales. En efecto, una de las discusiones más frecuentes a la hora de asegurar este derecho está ligada al temor de que, al hacerlo efectivo, se dé rienda suelta a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas y, como consecuencia directa de permitirles manejarse con sus propias reglas en un territorio determinado, se termine creando un nuevo Estado dentro del propio Estado. Un razonamiento de esta índole pone en juego distintas valoraciones y visiones sobre lo indígena.

En primer lugar, implica una visión estatocéntrica, es decir, la idea de que el Estado-Nación es la única forma de asociación entre los hombres que puede garantizar el bienestar de los seres humanos (Anaya, James, 2005). Por eso, genera resistencia cualquier propuesta que ponga en duda los poderes soberanos del Estado. En segundo lugar, el modelo que se creó con el Estado-Nación moderno implicó un sistema de derechos basado en una lógica binaria entre el Estado y el individuo (Raffin, Marcelo, 2006) y un sistema político, jurídico y económico edificado sobre la propiedad privada (García Hierro, Pedro, 2001). El derecho a la posesión y propiedad comunitaria de la tierra, con su contenido normativo actual, desafía esos cimientos del Estado moderno y, como consecuencia, su implementación efectiva se torna compleja. En tercer lugar, en el derecho internacional, las palabras "pueblo", "autodeterminación" y "territorio" están asociadas a potestades propias de los Estados independientes. Por tal razón, la retórica utilizada por los pueblos indígenas al reclamar en estos términos produce un profundo rechazo.

Finalmente, estos rasgos del Estado-Nación tuvieron eco en concepciones y visiones que se plasmaron en construcciones jurídicas que, hoy por hoy, no logran abarcar lo que el territorio indígena significa para los pueblos

indígenas en términos prácticos (García Hierro, Pedro, 2001). Hablar de "posesión y propiedad" para referirse a la compleja forma en que los grupos indígenas se relacionan con la tierra es forzar la aplicación de un concepto jurídico occidental a una trama de relaciones ajena a la tradición jurídica de occidente. Del mismo modo, reducir al Código Civil la territorialidad indígena es imponer una verdad jurídica que no admite una concepción pluricultural del derecho y de las normas. Por eso, resulta más adecuado referirse a los "derechos territoriales indígenas" que a la "posesión o propiedad".

En este escenario, no obstante, la legislación interna e internacional ha ido avanzando progresivamente en la identificación de los deberes estatales frente a los derechos territoriales indígenas¹. En tal sentido, según los estándares actualmente vigentes en materia de derechos humanos los Estados están obligados a delimitar y demarcar las tierras tradicionales como paso previo a la titulación, titular efectivamente las tierras y no modificar el título de propiedad sin consentimiento de los grupos indígenas, reconocer y conservar las modalidades propias de cada comunidad de relacionarse con las tierras y el territorio o devolver las tierras tradicionales cuando se encuentren en manos de terceros. El Estado sólo puede entregar una previa y justa indemnización a las comunidades indígenas en aquellos casos en que sea imposible la restitución de las tierras y la compensación debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra. Además, en el ámbito internacional se ha avanzado en la identificación del deber de reconocer la personería jurídica y asegurar protección judicial efectiva que tome en cuenta las particularidades propias de las comunidades indígenas, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. También se ha desarrollado el deber de no trasladar a las comunidades de sus tierras, de evitar expulsiones forzadas de las comunidades y de no expropiar las tierras indígenas, el deber de reparación, frente a la tardanza prolongada e injustificada en la delimitación, demarcación y titulación de la propiedad comunal; el deber de proteger el hábitat indígena de daños externos y asegurar que las comunidades puedan controlar efectivamente sus tierras y recursos naturales.

Ahora bien, el contenido normativo de los derechos territoriales se convertiría en letra muerta si no existiera la obligación legal de asegurar medios de protección o defensas. En relación con las garantías relativas a estos derechos desde la disciplina de los derechos humanos se han identificado las siguientes obligaciones: de sancionar un marco legal adecuado a las pautas culturales de los pueblos indígenas, de establecer un procedimiento efectivo y adecuado para la delimitación, demarcación y titulación, de garantizar la consulta y participación de los pueblos indígenas en la determinación de medidas que afecten las tierras o territorios, de realizar investigaciones e instar procesos judiciales en relación a agresiones cometidas por fuerzas de seguridad, o por particulares, contra miembros de pueblos indígenas por asuntos vinculados por sus tierras, de producir la información necesaria sobre todos los aspectos atinentes a las tierras, de no imponer requisitos rigurosos de prueba con el fin de efectivizar los títulos de propiedad, de garantizar el uso de intérpretes y defensores de oficio bilingües en los procedimientos judiciales, de asegurar el acceso a la justicia y que las acciones y recursos legales sean eficaces para resolver los asuntos que se plantean.

1 En esta tarea, han resultado de enorme relevancia los desarrollos producidos por la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos, que desde el leading case "Awas Tigni vs. Nicaragua" del año 2001 hasta el más reciente caso del "Pueblo Saramaka vs. Suriname" del 28 de noviembre de 2007 ha contribuido enormemente a delinear el contenido normativo de estos derechos. Por su parte, tanto los sucesivos relatores especiales como los órganos de tratados de Naciones Unidas a través de observaciones finales o recomendaciones generales, influyeron en forma decisiva para construir las obligaciones legales internacionales que pesan actualmente sobre los Estados parte en los sistemas de protección de los derechos humanos.

Si bien el Estado argentino ha consagrado el derecho a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras tradicionales indígenas en la Constitución Nacional (art.75 inc.17) y ha ratificado los principales instrumentos de protección de los derechos humanos (Salgado, Juan Manuel, 2006) -razón por la cual todos las obligaciones anteriores le resultan obligatorias- la enorme mayoría de los grupos indígenas argentinos no logra disfrutar de sus derechos territoriales en la práctica. Una de las razones es que no se ha adoptado la normativa necesaria para adecuar la legislación a los compromisos internacionales asumidos. Así, los grupos indígenas no logran resolver la regularización de las tierras indígenas en la justicia porque no existe claridad acerca de cual sería la vía adecuada para realizar este tipo de reclamos.

Esto deja en evidencia que, en nuestro país, existe todavía un gran cuenta pendiente. Hasta que no se haga efectivo un procedimiento de titulación, los recursos naturales y la vida cultural que se desarrolla en territorio indígena continuará siendo objeto de amenaza y ataque permanente y no se logrará asegurar que los pueblos indígenas puedan vivir con autonomía y libertad.

Anaya, James (2005), *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, España: Trotta.

Carrasco, Morita (2002), "Una perspectiva sobre los Pueblos Indígenas en Argentina", en *Derechos Humanos Argentina*, Buenos Aires: CELS/Siglo XXI.

CEPAL, (2002), Documento "*Globalización y Desarrollo*", Santiago de Chile.

Díaz-Polanco Héctor (comp.) (1995), *Etnia y Nación en América Latina*, México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.

García Hierro, Pedro (2001) "Territorios indígenas: tocando a las puertas del derecho", *Revista de Indias*, Consejo Superior de investigaciones científicas. Vol LXI, nro. 223.

Irigoyen Fajardo Raquel (2006), "Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino" en Berraondo Mikel (coordinador), *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao: Universidad de Deusto.

Raffin, Marcelo, (2004), "La cuestión indígena en la praxis de los derechos humanos: una aproximación desde el derecho internacional", Seminario de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Facultad de Derecho de la UBA.

Sánchez Botero Esther (2004), "Pluralismo Jurídico, Interculturalidad y Derechos Humanos Indígenas" en *Constitución y Pluralismo Jurídico*. Quito: Corporación Editora Nacional. Instituto de Derecho Público

Stavenhagen Rodolfo (2002), "Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales", *Revista Nueva Antropología*, vol. XIII, Nro. 043, México D.F. p. 83-99.

INCLUSIÓN SOCIAL, ENFOQUE DE DERECHOS Y POLÍTICAS DE TRANSFERENCIAS DE INGRESOS EN ARGENTINA: ¿UNA COMBINACIÓN POSIBLE?

Por Pilar Arcidiácono

RESUMEN

Hacia fines del 2001, comienzos del 2002, Argentina comenzó a afrontar una de las crisis más profundas de toda su historia. En este contexto, con el supuesto desafío de promover "inclusión social" surgieron algunas respuestas de política pública para hacer frente a este escenario. La política en materia de transferencia de ingresos de mayor alcance cuantitativo fue el Programa Jefas y Jefes de Hogar Desocupados y posteriormente el Programa Familias por la Inclusión Social.

Fue así como comenzó a instalarse desde el propio gobierno cierta retórica asociada a los "derechos" en el campo de las políticas sociales. Los antes denominados "beneficiarios" de los planes sociales pasaron a ser denominados "sujetos de derechos". Sin embargo, existen elementos para poder sostener que tanto su diseño como implementación se han visto alejados de este propósito. Más aún, podría decirse que en la actualidad quedan más en evidencia las debilidades intrínsecas de los programas de transferencia de ingresos.

Esta ponencia se propone indagar sobre cuáles son los elementos centrales que caracterizan el "enfoque de derechos" y analizar las políticas mencionadas a la luz de dicho marco. Asimismo se propone explorar sobre diversos elementos que explican este desfasaje, como así también lo acontecido con relación a las estrategias de reclamo judicial generadas en torno a estas políticas. Finalmente dejará planteados algunos elementos de la última y reciente decisión presidencial de extender las asignaciones familiares a sectores desocupados y trabajadores del sector informal.

PALABRAS CLAVES

Inclusión social-programas de transferencia de ingreso-desmercantilización

INCLUSIÓN SOCIAL, ENFOQUE DE DERECHOS Y POLÍTICAS DE TRANSFERENCIAS DE INGRESOS EN ARGENTINA: ¿UNA COMBINACIÓN POSIBLE?

Por Pilar Arcidiácono*

1- La crisis de 2001-2 y la respuesta de los programas de transferencia de ingresos condicionados

Durante los días 19 y 20 de diciembre de 2001 en Argentina sucedieron episodios que evidenciaron una crisis profunda y multiforme (política, económica, social, laboral). Sus consecuencias inmediatas fueron la renuncia del presidente Dr. Fernando De la Rúa, la sucesión de cinco presidentes en diez días, y un saldo de 25 muertos y más de 400 heridos debido a los diferentes reclamos sociales en las calles. En la consigna "*Que se vayan todos, que no quede ni uno solo*" quedaba reflejado el estado de ánimo de amplios sectores de la sociedad, que planteaban un cuestionamiento a las instituciones y su funcionamiento, pero fundamentalmente a quienes actúan en y por medio de ellas. Entre otras cosas la sociedad vivió la debacle económica como un fracaso de la dirigencia política; es decir, como la incapacidad de los representantes para generar respuestas a las necesidades de quienes representaban.

Todo esto estuvo acompañado por un contexto de recesión económica y el consecuente deterioro de las condiciones socio-económicas y laborales (incremento exponencial de la pobreza e indigencia, del desempleo, de la precariedad laboral, de la brecha entre los más ricos y los más pobres). Se puso de manifiesto la debilidad estatal para ejercer su capacidad recaudatoria y para dar respuestas frente a estas problemáticas. Si bien resulta difícil establecer un punto de partida de dicho desequilibrio, se puede ubicar su mayor visibilidad en los últimos meses de la gestión del ex Presidente Dr. Fernando De la Rúa. La suspensión de pagos a la deuda externa (*default*) y la devaluación de la moneda hicieron que la economía fuera rápidamente desestabilizada y que la inflación sufriera un fuerte ascenso. Las primeras consecuencias fueron la disminución e incluso, la pérdida de los ingresos familiares y, por ende, un aumento vertical de la pobreza y de la indigencia que alcanzaron índices sin precedentes hasta el 57.4% y el 27.5% de la población respectivamente¹. Según los datos proporcionados por el INDEC, en Argentina 20,8 millones de personas vivían en ese momento en la pobreza y 9,96 millones de estos vivían en la indigencia; es decir, que sus ingresos familiares no alcanzaban para cubrir el costo de la canasta básica de alimentos de \$ 235 por adulto equivalente². En este contexto, hacia principios del 2002 se declaró la emergencia ocupacional, social, económica, administrativa, financiera y cambiaria.

Frente a este panorama, poco a poco la intervención estatal en el campo de las políticas sociales comenzó paulatinamente a consolidarse en dos grandes líneas: por un lado, las políticas destinadas a los sectores no integrados

* Lic. en Ciencia Política y Magíster de la Universidad de Buenos Aires en Políticas Sociales. Doctoranda en Ciencias Sociales (UBA). Investigadora adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho (UBA), integrante del Proyecto UBACyT D-413 y becaria doctoral del CONICET. Miembro del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

1 EPH (Encuesta Permanente de Hogares-Instituto Nacional de Estadística y Censo-INDEC), onda octubre de 2002.

al mercado laboral formal, cristalizada los programas sociales de transferencias de ingresos y por otro, sobre todo a partir del 2003, en el contexto de recuperación económica, aquellas medidas destinadas a los trabajadores asalariados formales³.

Este último campo de acción, se consolida durante la gestión del Presidente Dr. Nestor Kirchner a través de la política de recomposición salarial y de adopción de medidas destinadas a trabajadores asalariados formales, incluyeron también la revisión del régimen previsional y de asignaciones familiares, conjuntamente con estímulos para la registración del empleo, entre otras medidas adoptadas. Lo que queda claro en este marco es que pareciera haber un creciente optimismo colocado en el mercado como eje integrador y espacio de canalización de las necesidades individuales y sociales y un dispositivo de políticas (como los programas de transferencia de ingresos) para el "mientras tanto" (Arcidiácono; Pautassi et al, 2008).

Dentro de los programas de transferencias de ingresos para sectores con diverso tipo de "vulnerabilidad", se destaca el Plan Jefas y Jefes de Hogar Desocupados (PJJHD) "Derecho de Inclusión Social", surgido en el 2002 bajo la órbita del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS).

En el plano discursivo, se observa como novedad, cierta retórica de "derechos" como elemento justificante de la creación de la política pública; en el marco de una situación de emergencia, el PJJHD se construyó discursivamente en torno al "Derecho Familiar de Inclusión Social". Como señalaba el ex Presidente Dr. Eduardo Duhalde: "Esto no es un regalo, es un derecho"⁴. Sin embargo, como se verá luego, este espíritu no ha tenido necesario correlato ni en el propio diseño final ni en la implementación de la política.

Resumidamente, el PJJHD constituye, básicamente, un programa centrado en el pago de una ayuda monetaria (\$ 150) con el fin de "garantizar el Derecho Familiar de Inclusión Social"⁵ a partir de una serie de propósitos: a) asegurar la concurrencia escolar de los hijos/as y el control de salud; b) incorporar a los receptores a la educación formal y/o actividades de capacitación laboral que coadyuven a su futura reinserción laboral; c) incorporar a los receptores a proyectos productivos o servicios comunitarios, bajo la modalidad de "contraprestación".

No puede dejar de mencionarse que uno de sus principales logros ha sido el alcance cuantitativo que logró en un breve lapso de tiempo. Ya en junio de 2002 había alcanzado a 1.992.497 personas. Luego, como se verá más adelante, se registró una merma a raíz de la opción del traspaso a otros programas sociales, debido a que algunos receptores consiguieron empleo u otros casos en los que sus hijos/as superaron los 19 años de edad (límite etéreo para recibir el plan).

Hacia 2006, en contexto de crecimiento económico, para los receptores del PJJHD considerados "empleables" o en vías de serlo se anunció la creación del Seguro de Capacitación y Empleo⁶ sin que su implementación haya avanzado sustancialmente. De hecho cabe destacar que en marzo del 2007 solamente habían ingresado 32.000 receptores en este programa, dando cuenta de la baja implementación del mismo⁷.

Por otro lado, para quienes eran "inempleables" (en particular mujeres con cargas reproductivas) se creó el Programa Familias por la Inclusión Social (PF en adelante) en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social (MDS en

2 EPH, onda octubre de 2002.

3 Para un desarrollo sobre esta línea política, cfr Arcidiácono; Pautassi et al 2008.

4 La Nación, 4 de abril de 2002, "Por decreto subsidiarán a un millón de familias sin empleo".

5 Cfr. Decreto 565/02.

6 Decreto 336/2006. La asignación mensual de \$225 pesos (\$75 pesos más que la ayuda económica del Programa Jefes de Hogar, que se suman a los \$150 que reciben actualmente)

adelante). Hacia agosto de 2007 el Programa contaba con 504.784 familias destinatarias que reciben una prestación variable según la cantidad de hijos/as o menores de 19 años a cargo o discapacitados de cualquier edad.

El PF tuvo como objetivo “*promover la protección e integración social de las familias en situación de vulnerabilidad y/o riesgo social, desde la salud, la educación y el desarrollo de capacidades, posibilitando el ejercicio de sus derechos básicos*”⁸. Cabe destacar que sólo podían ser receptores de este programa aquellos que, cumpliendo con los requisitos, opten por la “migración” del PJJHD al PF y la segunda condición que tenía que cumplirse era la de tener residencia en aquellas localidades en las que el MDS había firmado un convenio con las autoridades provinciales.

Básicamente el programa tiene dos componentes: 1) *ingreso no remunerativo*, que consiste en la entrega de un subsidio a familias en potencial situación de pobreza, con hijos/as menores de 19 años, y, exige como contraprestación, la atención del cuidado de la salud de las mujeres embarazadas y los/as niños/as, y la permanencia de estos últimos en el sistema educativo; y 2) *promoción familiar y comunitaria*, que consiste en acciones de promoción en términos de educación, salud, capacitación para el trabajo y desarrollo comunitario de los/as beneficiarios/as.

A partir de la definición de “inempleables”, se deduce que la titular del subsidio debe ser la madre y debe tener un nivel de instrucción inferior a secundaria completa. Entonces, si el titular del PJJHD era varón, debe cambiar la titularidad a la mujer, salvo en el caso de varones monoparentales. En cuanto ingreso no remunerativo, el subsidio se otorga en relación a la composición familiar. Aquellas madres que tienen un hijo/a a cargo reciben \$155, dos hijos/as \$185, tres \$215, cuatro \$245, cinco \$275 y seis \$305.

2- Del discurso de los derechos al diseño e implementación lejos de los derechos

• 2.1 ¿De qué hablamos cuando hablamos de enfoque de derechos?

Se ha mencionado anteriormente que se realizaron reiteradas apelaciones a los “derechos”, “sujetos de derechos”, pero cabe preguntarse ¿qué implicancias tiene en la concepción de políticas sociales, apelar al “enfoque de derechos humanos” como elemento justificante para un programa social?

En líneas generales esta perspectiva implica poner en marcha un nuevo mecanismo de intervención estatal que contempla tres dimensiones. En primer lugar, una dimensión ética, pues se rige por principios plasmados en los derechos humanos que deben ostentar un carácter vinculante. En segundo lugar, una dimensión procesal, es decir mecanismos instituidos que faciliten el diálogo entre actores sociales y políticos y que permitan traducir los acuerdos logrados en instrumentos normativos y dichos instrumentos en políticas, y finalmente una dimensión de contenidos relativos a la protección social, que oriente acciones concretas en los campos donde la población se sienta más desprotegida, como la salud, la educación, la seguridad social, etc. (CEPAL; 2006; 14)

Conforme a esta perspectiva, las acciones de política social así como las políticas de desarrollo que se emprenden no deben ser consideradas como el cumplimiento de mandatos morales, o justificadas solamente sobre consideraciones políticas y económicas, sino fundamentalmente, como la vía escogida para dar cumplimiento a las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados internacionales de derechos humanos (Abramovich y Pautassi, 2009). Los derechos demandan obligaciones y actuación estatal, así como mecanismos de

7 La Nación, 4 de marzo de 2007, “Los planes sociales en su laberinto”

8 Resolución MDS N° 825/05, art. 1.

exigibilidad y cumplimiento. Es decir, los derechos humanos son pensados en la actualidad como un programa que debe guiar u orientar las políticas públicas de los Estados en materia de inclusión social y desarrollo. Así, las políticas deberían ser acordes a principios de universalidad, igualdad y no discriminación, progresividad y no regresividad, acceso a la justicia, producción y acceso a la información pública, respetuosas de contenidos mínimos de derechos, e involucrar la participación de los propios afectados, entre otros elementos.

Como señalan Abramovich y Pautassi (2006: 24), estos principios que guían las políticas no implican que no quede margen de acción para los tomadores de decisiones: *"No se trata de imponer a los Estados ni a los sujetos obligados una determinada manera de hacer las cosas, ni de cercenar la creatividad de los decisores sujetándolos a esquemas rígidos o inflexibles. La idea que prevalece es que cada Estado debe ser dueño de su estrategia y aquí hay un punto de relación entre la idea afianzada en el campo del desarrollo sobre la propiedad del Estado" y el derecho de autodeterminación*".

Más allá de las numerosas corrientes y marcos conceptuales y los diversos fundamentos ético-políticos que están por detrás de este enfoque, hay algunas ideas compartidas. Por un lado, se sostiene que las situaciones de pobreza determinan la privación de algunas libertades básicas, tanto positivas como negativas, tales como la libertad de evitar el hambre, la enfermedad, el analfabetismo. Por otro, se considera que la pobreza depende tanto de factores económicos como de condicionantes culturales, sociales, legales y políticos⁹ (CELS; 2007 (b): 24).

De esta forma, la pobreza y por qué no, la exclusión social no estarían sólo ligadas a la carencia de recursos económicos, sino que dependerían de múltiples factores, entre otros los políticos institucionales. Inmediatamente, con esto se apela a la interdependencia de los derechos¹⁰. La satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) resulta indispensable para la existencia de derechos civiles y políticos (DCP) que requieren al menos una situación de superación de las necesidades humanas básicas para ser ejercidos plenamente e inversamente los DCP son indispensables como mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones que emanan de los DESC y como garantías para el goce de una institucionalidad democrática (Abramovich y Courtis; 2006: 85).

Tal vez sea difícil comprender las brechas entre el enfoque de derechos, la proliferación normativa, la robustez de los tratados internacionales de DDHH por un lado y por el otro las reiteradas omisiones por parte del Estado o las argumentaciones basadas en restricciones presupuestarias para sostener condiciones de ilegalidad que implican la vulneración de derechos sociales. Para ello, es importante apelar a las particularidades históricas del desarrollo de los DESC y por ende de la ciudadanía social¹¹. Esta implicó por un lado en tanto reconocimiento formal de la titularidad de derechos, una condición de posibilidad para el desarrollo del capitalismo (como un freno a las desigualdades económicas ya sea mediante la acción deliberada del Estado o a partir de conquistas sociales). Sin embargo, llevado al extremo, y pasando al plano de goce efectivo de los DESC, a través de su potencial desmercantilizador, pueden generar al menos una relación de tensión con el proceso compra y venta de fuerza de trabajo, eje de las relaciones sociales capitalistas¹². Esto se plasma en el clásico dilema "legitimidad versus

9 Como señala Sen (1985) las oportunidades de vida de las personas se refieren a su capacidad para desenvolverse (funcionar) dentro del sistema social que le toca vivir, es decir lo que una persona puede "hacer" (*can do*) o puede "ser" (*can be*). La capacidad refleja la libertad para escoger entre diferentes maneras de vivir, resultando el acceso a determinados bienes sociales un aspecto clave en dicha elección.

10 Esta característica de los DDHH quedó plasmada en el preámbulo del Pacto Internacional de los DESC (PIDESC), que expresa: *"No puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos."*

11 Para una discusión sobre cuestiones relacionadas con la ciudadanía social, Cfr Marshall (1950), Giddens, Held (1997), Kymlicka y Norman (1997). Para una discusión sobre la relación ciudadanía-exclusión, cfr Fleury (1997).

12 Según Marshall (1950: 33) la ciudadanía implica *"plena pertenencia a la comunidad, donde pertenencia implica participación de los individuos en la determinación de las condiciones de su propia asociación. La ciudadanía es un status que garantiza a los individuos iguales derechos y*

acumulación" que sintetiza la relación ciudadanía-democracia-capitalismo, con momentos de mayor reconciliación por ejemplo, durante el Estado de Bienestar o de mayor nivel de tensión durante el periodo de Ajuste Estructural (Arcidiácono, 2008).

La secuencia histórica respecto del alcance de los derechos sociales, en términos tanto de las necesidades cubiertas como de sujetos protegidos, se vincula con la intensidad de la disputa política y la lucha social en torno al nivel de protección (Arcidiácono y Gamallo, 2009). Tal como señala Esping Andersen (1993:60): "*En la historia de la política social, los conflictos han girado principalmente en torno a qué grado de inmunidad de mercado sería permisible; es decir, los recursos, la extensión y la calidad de los derechos sociales*".

- **2.2 El enfoque de derechos y los programas sociales de transferencia de ingreso**

Ahora bien, como se adelantó, a pesar del esfuerzo presupuestario implicado, el cambio discursivo y la amplitud de su alcance en términos cuantitativos, los programas de transferencia de ingresos presentados anteriormente, se encuentran muy lejos de representar una política acorde con el "enfoque de derechos". En líneas generales estos programas no respetan adecuadamente estándares en materia de derechos humanos, al presentar ciertas debilidades en términos de "contenido mínimo" aceptables de los derechos sociales y en particular sobre los principios de igualdad, no discriminación, universalidad y acceso a la justicia. A continuación se pondrá énfasis en algunos de los elementos que dan cuenta de esta distancia¹³.

- **2.2.1-Plan Jefas y Jefes de Hogar Desocupados**

Comencemos por el **PJHD**. En el marco de una situación de emergencia, se construyó discursivamente en torno al "**Derecho Familiar de Inclusión Social**". Cabe al menos destacar que ese derecho no tiene su correlato ni en la normativa nacional ni internacional, pero esto sería sólo un detalle si el diseño final de la política y su posterior implementación hubiesen sido acordes con el enfoque de derechos. Respecto de la contraprestación exigida a sus receptores no se corresponde con la idea misma de "derecho" planteada desde el gobierno, en tanto a priori la consideración como derecho no debería exigir "brindar algo a cambio". Sin embargo, el sistema de contraprestaciones ha sido uno de los pilares constitutivos del plan (Arcidiácono y Zibecchi, 2008).

En cuanto al monto asignado (\$150) resulta evidentemente insuficiente para satisfacer las necesidades alimentarias básicas de una familia y mucho menos permite el acceso a las prestaciones esenciales que garantizan un **nivel de vida adecuado**. La exclusión de los miembros de la sociedad de bienes y servicios sociales no se resuelve sólo a partir de la entrega de una ayuda económica en pesos o bonos, sino que se requiere un conjunto de acciones articuladas para abordar integralmente una problemática de tamaño complejidad. Como se destacará luego, esta

deberes, libertades y restricciones, poderes y responsabilidades". Como él sostuvo, la ciudadanía social no puede compensar la lógica de las desigualdades del mercado, pero la desigualdad del sistema de clases puede ser aceptada siempre que se reconozca la igualdad de ciudadanía. La extensión de los beneficios sociales no apunta a la igualdad de ingresos. Produce "*un enriquecimiento general de la materia concreta de la vida civilizada*" por medio de la reducción de los riesgos sociales y la inseguridad y la igualación de las condiciones sanitarias, laborales y familiares de los ciudadanos menos afortunados. Así, Marshall se apartaba de una definición cuantitativa de los bienes que se consumen y los servicios que se disfrutaban para aproximarse a una evaluación cualitativa de la vida en su totalidad, en términos de los elementos esenciales de la civilización o la cultura; la demanda de estas condiciones, exige la invitación a compartir el patrimonio social, lo que significa que se les acepte como miembros plenos de derechos en la sociedad.

¹³ Para un análisis completo de los programas de transferencia de ingresos a la luz de un enfoque de derecho, cfr CELS (2004-a, 2004-b, 2007-a y 2007-b)

situación reviste cada vez mayor gravedad a la luz de la falta de actualización de dicho monto y los niveles de inflación que han generado una creciente depreciación del poder adquisitivo de la prestación.

Asimismo, al consagrar un monto indiferenciado por cada jefe/a de hogar desocupado/a, el PJJHD no realizó distinción alguna según la composición del grupo familiar. De esta manera, cuanto mayor es la cantidad de integrantes del hogar, menor resulta la incidencia de la prestación en términos del logro de los objetivos planteados, afectando así el derecho de **igualdad ante la ley**.

Por otra parte, este programa no previó **mecanismos de reclamo** ni administrativos ni judiciales en caso de rechazo de la inscripción. La reglamentación del Poder Ejecutivo sólo estableció la obligación de la municipalidad respectiva de comunicar a los postulantes la aprobación o rechazo de su solicitud, pero no sobre los recursos existentes contra dicha decisión. Es evidente que dicha norma sugiere la intención estatal de desincentivar la presentación de reclamos y reservar la asignación de los planes para el manejo discrecional. Ello por cuanto no puede asumirse que la población a la que está dirigida el PJJHD, conozca las alternativas legales en caso de rechazo de su solicitud de ingreso como receptor o que posea los recursos necesarios para efectuar la correspondiente consulta legal. Como se verá luego, no obstante la falta de previsión de mecanismos de reclamo, se han presentado numerosas acciones de amparo en las cuales personas, que reúnen los requisitos establecidos en la reglamentación, exigieron su incorporación al PJJHD y cuestionaron el cierre de la inscripción (restricción que no estaba prevista en el ordenamiento legal y que tampoco tuvo un acto formal que la respaldara).

Así, en la práctica, el plan vulnera el principio de **universalidad (dentro del propio universo seleccionado) y de igualdad y no discriminación**, al provocar desigualdades arbitrarias entre distintas personas que se encuentran en igual situación. En lo concreto, el plan ha sido limitado a un sector de la población: aquellos jefes y jefas desempleados con hijos que pudieron anotarse antes del 17 de mayo de 2002, y sólo se ha reconocido para los mayores de 70 años que viven en un determinado sector del país, luego de casi un año de funcionamiento del programa. El resto de la población en igual situación de necesidad ha quedado excluida.

• **2.2.2 Programa Familias por la Inclusión Social**

Es posible que el mismo origen del PF explique por sí solo de qué manera el programa se encuentra pensado bajo una lógica que se distancia de los derechos. En octubre de 2004 el Poder Ejecutivo estableció un procedimiento para que el MTEySS y el MDS clasificaran a los receptores del PJJHD según sus condiciones de "empleabilidad"¹⁴. Para quienes se los consideró "inempleables" se propuso su traspaso al PF. Desde el punto de vista de la **igualdad y no discriminación**, preocupa la caracterización de las personas como "empleables" o "inempleables" ya que resulta discriminatoria. Como puede desprenderse de la descripción de las características socio-demográficas de los receptores, a este grupo pertenecerían no sólo las personas mayores de 60 años, sino también las mujeres con responsabilidades familiares, cuya permanencia en la inactividad puede asociarse con la dificultad para resolver la tensión entre trabajo remunerado y trabajo de cuidado no remunerado, en un contexto de carencia de políticas específicas para el cuidado infantil, más que a su condición de ser "inempleables". Para ellas, el gobierno propone el PF.

14 Mediante el Decreto 1506/04.

Luego, el condicionar las transferencias a otras exigencias- relacionadas con la educación o la salud de los hijos/as - parte del supuesto no explicitado que resulta necesario "generar" un compromiso por parte de los/as pobres con la superación de su pobreza, además de suponer que la gente pobre no necesariamente sabe lo que es mejor para ellos y sus familias. Así, muchos programas incorporan inicialmente a las mujeres como "recursos" más que como receptoras, suponiendo, a través de este mecanismo, que se genera en ellas el compromiso de la "participación social".

Cabe resaltar, que al igual que el PJJHD en términos del contenido mínimo del **derecho a un nivel de vida adecuado**, el monto establecido resulta insuficiente para satisfacer las necesidades alimentarias básicas del grupo familiar receptor. En igual dirección, resulta cuestionable la consideración de incompatibilidad entre la transferencia y la percepción de otro ingreso en el grupo familiar más allá del monto del salario mínimo, vital y móvil, en tanto este monto es inferior al de la Canasta Básica Total.

Asimismo, el diseño y la implementación del PF pueden ser analizados a la luz del principio de **universalidad**. Sobre la extensión geográfica del programa, cabe señalar que hasta el mes de mayo de 2005 la aplicación del mismo se hallaba circunscripta a 17 provincias del país, y no se extendía a la totalidad de la población de las mismas, sino que se circunscribía a 74 municipios. Por lo que no existían razones para justificar la exclusión de las personas que, reuniendo los requisitos establecidos en la reglamentación, no pudieran incorporarse al programa por el sólo hecho de vivir en alguna de las provincias o municipios no seleccionados. Esta situación fue modificada recién en el mes de mayo de 2007, aunque sólo en forma parcial, ya que se extendió la cobertura a todo el país pero solo para los receptores del PJJHD que desearan traspasarse al PF15, excepto Ciudad de Buenos Aires (donde se encuentra en vigencia el programa "Ciudadanía Porteña" cuyo acceso también se encuentra vedado). Cabe recordar nuevamente que la inscripción al PJJHD había sido cerrada el 17 de Mayo de 2002.

Finalmente, tampoco en el PF se encuentran previstos **mecanismos de reclamo** administrativos ni judiciales para los destinatarios sino que solamente se pueden efectuar "consultas y reclamos, de diferentes formas. Más aún a fin de operativizar el traspaso del PJJHD al PF las personas tenían la obligación de firmar una carta de compromiso¹⁶ que, entre otras cuestiones, expresaba que ante el incumplimiento de los compromisos asumidos el receptor podrá ser dado/a de baja del PF, o una vez cumplido el período de vigencia y desarrollo del PF, o que por distintas circunstancias deje de ser receptor/a del mismo, no existirá posibilidad de reclamo alguno. La firma de esta "carta de compromiso" deja claro que la persona que recibe el subsidio no puede considerarse como portadora de derechos. La madre receptora se convertía en una "mediadora" entre el Estado y sus hijos¹⁷.

¹⁵ Resolución 825/05 MDS, art 4.

¹⁶ En primer lugar, se establece como obligatoria la firma de esta carta que, entre otras cuestiones, expresa: "*El Programa Familias garantizará la continuidad del subsidio durante la migración. En caso de no cumplimiento de los compromisos asumidos, podrá ser dado/a de baja del Programa Familias y por ende dejar de percibir el beneficio, que será restituido en la medida en que se vuelva a demostrar la asistencia escolar y la realización de los controles de salud de mis hijos/as y/o niños/as a cargo y de las embarazadas del grupo familiar. Dejo expresa constancia de que una vez cumplido el período de vigencia y desarrollo del Programa Familias, o que por distintas circunstancias deje de ser beneficiario/a del mismo, dejaré de percibir este beneficio sin tener derecho a reclamo alguno*".

¹⁷ Comité DESC, Observación General N° 9, La aplicación interna del Pacto, EC 12/1998/24, punto 9. Al respecto, el artículo 25 de la CADH establece que "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...".

• **2.2.3 Estrategias judiciales en torno al PJJHD**

Merece una acapite especial la proliferación de reclamos judiciales iniciados por potenciales receptores del PJJHD que quedaron fuera del mismo una vez cerrada la inscripción. Tal vez porque permite visibilizar la carencia de perspectiva de derechos en el diseño e implementación de los programas referidos.

Si bien el Decreto N° 565/2002 que crea el PJJHD en sus considerandos expresa "la necesidad de universalizar urgentemente el Plan Jefes y Jefas de Hogar, con el fin de asegurar un mínimo ingreso mensual a todas las familias argentinas". Pese a ello y teniendo en cuenta que el PJJHD aun continúa vigente como política de transferencia de ingresos, cabe recordar que el 17 de mayo de 2002 se tomó la decisión de congelar las inscripciones que permitían el ingreso al mismo. Llama la atención que esto no tuviera su correlato en ninguna norma o resolución por parte del Gobierno Nacional. Consecuentemente, todas aquellas personas que no habían sido inscriptos hasta el momento o que se convirtieron en jefes/as de hogar desocupados/as luego de esa fecha, no fueron reconocidos como legítimos merecedores de esta política. Esto implicó la presentación de diversas acciones de amparo para revertir esta situación (Arcidiácono, Fairstein y Kletzel; 2009).

Al menos dos consecuencias directas pueden ser señaladas a partir del abordaje de los casos judiciales en torno al PJJHD. En primer lugar la incorporación de 196 individuos al programa a través de la vía judicial¹⁸. En segundo lugar, una omisión concreta por parte del Poder ejecutivo: la no reapertura de la inscripción del PJJHD más allá de las múltiples sentencias favorables por parte del Poder Judicial. Partiendo del argumento de la escasez de recursos, la decisión sobre el cierre fue inquebrantable por parte del Gobierno que no dejó de apelar las decisiones judiciales en ningún caso. Probablemente, fue posible sostenerla, entre otras razones, en virtud de la disminución en los niveles de conflictividad, el surgimiento de otros planes en paralelo como el Plan de Empleo Comunitario¹⁹ y la paulatina la recuperación de la economía.

Pero más allá de las consecuencias directas del proceso de judicialización, se pueden señalar otras consecuencias más indirectas, ligadas con el diseño del PF. Cabe recordar el requisito de la firma de una "carta de compromiso" que surgió al comienzo de la implementación de dicho programa y que actúa como "ficha de ingreso" al mismo²⁰. Como señalan Campos, Faur y Pautassi (2007: 329) no cabe duda acerca de la nulidad de esta resolución, puesto que no puede condicionarse el acceso a un derecho al renunciamento previo a ejercer reclamos administrativos y/o judiciales, los que constituyen un componente esencial de la estructura de los derechos. Asimismo, utilizar el eufemismo de "compromiso" en un programa asistencial implica establecer unilateralmente una "cláusula de rescisión" a cargo de sus mismos destinatarios. Si bien no es fácil establecer una relación de directa causalidad, hay elementos para pensar que este "resguardo" ente otras cosas puede explicarse a la luz de las experiencias que se han tenido con los procesos judiciales del PJJHD.

En definitiva, todos estos elementos dan cuenta de la brecha existente entre un discurso de "derechos" y la práctica en materia de programas sociales. Como señala una funcionaria del MTEySS "El PJJHD fue un salto cualitativo en termino de nombrar

18 Cfr. Nota de la Dirección de Relaciones Institucionales y Ceremonial de fecha 21 de septiembre de 2006, emitida en respuesta a la solicitud de información pública realizada por ACIJ en el marco del Expte N° 1-2015-1185754/06.

19 Paradójicamente, al mismo tiempo y en medio de los reclamos por la reapertura del programa, el propio Gobierno Nacional creó en el 2003 el Programa de Empleo Comunitario (PEC). Esto es aun más preocupante cuando se evidencia que el PEC mantiene la lógica de los programas sociales típicos de la década de la década de los noventa. Todos los esfuerzos discursivos colocados en el PJJHD alrededor de la transparencia, la participación social en el programa, la autofocalización, parecen haberse olvidado de la creación del PEC, creado por resolución ministerial, con escasa normativa, pocos datos sobre su implementación, con proyectos otorgados solo a organizaciones, de manera discrecional, sin duración establecida previamente. Por lo visto la escasez de recursos no es más que una construcción política que sirve como variable de ajuste a la hora de diseñar e implementar políticas públicas.

20 Cabe aclarar que a raíz de información obtenida del MDS, se tiene conocimiento que esta carta compromiso fue suprimida durante el transcurso de 2007.

a los planes y reconocerlo como derechos, pero tal vez le faltó masticar esta visión²¹. *Todavía, parece no haberse puesto fin a los parámetros tradicionales de diseño e implementación de programas sociales.*

Por lo tanto, un elemento a tener en cuenta es el riesgo de vaciamiento del contenido del “enfoque de Derechos”. Resulta necesario sostener una mirada atenta sobre los contenidos reales de las políticas públicas orientadas al supuesto logro de la inclusión social, indagar sobre las dinámicas que le dan origen, traspasar los cambios meramente discursivos y tener una consideración integral de la actividad del Estado. Desde ya, esto puede ser responsabilidad de diversos actores, desde organismos estatales, organismos de asistencia crediticia internacional, e incluso por qué no, organizaciones de la sociedad civil. Concretamente, implica sostener un uso desvirtuado de los conceptos, principios y mecanismos de intervención, para justificar políticas que en lo sustantivo no implican una adecuación a una visión de derechos, sino solamente evidencian la intencionalidad de hacer funcional el enfoque, capitalizando sus “virtudes” para el logro de propias estrategias y/o para adaptarse a las tendencias internacionales de manera “políticamente correcta”.

3- ¿Cambio de escenario?: la reciente extensión de las asignaciones familiares

Sorpresivamente, hacia fines del mes de octubre de 2009, la Presidenta lanza el decreto de necesidad y urgencia 1602 “**Asignación Universal por hijo para Protección Social**” que modifica la ley de asignaciones familiares. Crea una asignación para aquellos grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal, otorgando una prestación mensual de \$180 al padre, tutor, curador o pariente por cada menor de 18 años o sin límite de edad cuando se trate de hijo discapacitado.

Frente a esta medida gubernamental, el escenario de las políticas sociales parece transformarse. Es ante todo necesario destacar un avance en términos cualitativos y también cuantitativos para la población que será cubierta y por su impacto en los niveles de pobreza/indigencia al inyectar ingresos en los hogares. Si bien aún no están definidas las vías efectivas de implementación, sino que solo se puede mencionar lo señalado en el Decreto de creación, sin dudas que la medida tendrá indudables implicancias en los ingresos de los hogares vulnerables e indigentes, implicando una modificación que incrementa los valores de los planes actuales, al mismo tiempo que instala paulatinamente la necesidad de definir políticas sociales de corte universal.

Sin embargo, aún sin contar con la implementación concreta de dicho decreto que seguramente arrojará luz sobre diversos elementos, caben plantearse algunas señales de alarma a la luz de un “enfoque de derechos”²².

En primer lugar, su generación a través de un **decreto de necesidad y urgencia**, cuando existían numerosas propuestas legislativas en la agenda estatal.; como la existencia de vocabulario más ligado al clásico asistencialismo que al “enfoque de derechos”.

Luego, a pesar de la alusión al concepto “universal”, en lo concreto esta política está pensada como la **extensión del sistema de las AAFP** a otros sectores anteriormente no cubiertos, lo cual desde ya es un aspecto altamente destacable. Esto resulta diferente a una política pensada en clave de sistema de “asignación/ingreso

21 Entrevista realizada en Buenos Aires el 16 de agosto de 2007 para la realización del mencionado trabajo Arcidiácono, Fairstein y Kletzel; 2009.

22 Para un análisis preliminar sobre la mencionada política, sus alcances y limitaciones, cf Pautassi et al (2009)

universal por niñez” (como los mencionados proyectos del Congreso Nacional), donde los derechos se encuentran en cabeza de los niños, niñas y adolescentes y el adulto solo sería un intermediario operativo.

En tercer lugar, las **numerosas exclusiones** propias de una política que todavía no es universal. En este sentido cabe señalar entre ellos, los monotributistas (excepto los monotributistas sociales), privados de libertad (incluyendo personas con discapacidad psicosocial), migrantes que no tengan residencia de al menos 3 años, aquellos que no tengan DNI y sobre todo quienes declaren tener un salario superior al salario mínimo vital y móvil. Con respecto a las trabajadoras del servicio doméstico, cabe señalar que según los últimos anuncios de la prensa serían incluidas vía reglamentaria²³. Asimismo resulta más incomprensible el límite establecido en 5 hijos para sumar los \$180 que “vale2 cada niño/a.

En cuarto lugar, la exigencia de **condicionalidades**: control de salud y educación que están planteadas como “sanciones” para quienes no cumplen y suponen que son los sectores más vulnerables quienes necesitan la tutela del Estado para cumplir con esas obligaciones, sin focalizar en la oferta existente de salud y educación. En quinto lugar, cabe señalar que con esta nueva política se ha creado una **multiplicidad de subsistemas de asignaciones** que persisten (receptores de planes sociales que no se sabe aún como serán transferidos, quienes cobran pensiones no contributivas, quienes deducen impuestos a las ganancias, los asalariados formales). Todo esto implica que cada niño/a y adolescente en la argentina tiene un valor diferente de acuerdo a la condición laboral de los adultos responsables. Por último, destacar algunas señales de alarma sobre dudas generales en torno a las **capacidades estatales** para lograr la implementación de una política que por arrojar los vicios de las políticas focalizadas tiene que diseñar un mecanismo para reconocer quienes son los “merecedores y no de la política”. Se insiste, es prematuro sacar conclusiones sobre esta política a la luz de su surgimiento reciente e inesperado.

3. Palabras finales

La historia de las políticas sociales en los últimos dos siglos ilustra respecto del incremento decisivo de la participación estatal en la producción de satisfactores, como expresión del creciente proceso de desmercantilización de la posición de las familias. Dicho proceso refiere al reconocimiento de niveles de inmunidad de los individuos frente al mercado a través de la provisión extra mercantil de satisfactores (Gamallo, 2009). La frontera entre la esfera del mercado y la esfera del Estado como productores y distribuidores de satisfactores es determinada mediante la protección legal que asegura el acceso a esos mismos. El proceso de desmercantilización significa poner bajo la responsabilidad del Estado la provisión de determinados bienes o recursos, normalmente definidos como derechos sociales (Adelantado, 1998:145). De lo contrario, de aquello que no se responsabiliza el Estado queda a cargo de los mismos individuos en la búsqueda de un ámbito de satisfacción alternativo: el mercado, la familia o la comunidad

Es esta la discusión que se encuentra detrás de escena cuando se abordan medidas “alternativas u opuestas” para la llamada “superación de la pobreza”. Es en este marco donde cobra sentido una discusión de políticas sociales en base a derechos o en base a beneficios. Es bajo este prisma donde se debe problematizar sobre los “costos” de los DESC y de las políticas. Sino, cuesta comprender por qué razones en tanto algunas erogaciones parecen socialmente incuestionables (los reclamos por mas presupuesto en materia de seguridad, los gastos asociados a las elecciones o a asociar el derecho a la propiedad en el “corralito bancario”) a la par se genera una mirada “escandalosa” sobre los

23 Diario Página 12, “Millones de razones” 1 de Noviembre de 2009, Disponible en:

gastos en materia social (no necesariamente los gastos asociados con políticas más universales como salud y educación pero sí con relación a transferencia de ingresos a sectores más vulnerables de la sociedad). O sin ir más lejos se generan múltiples dudas sobre el financiamiento de sistemas universal de ingreso por niñez y no se cuestiona cuando el Estado paga con recursos no contributivos, es decir, con recursos tributarios generales los faltantes del sistema previsional y del sistema de AAFP (sobre todo después de las reducciones de aportes patronales). Aquí, la línea divisoria entre lo contributivo y no contributivo es al menos difusa y no parece haber mayores incomodidades con relación a este punto²⁴.

Es más, cómo se explica que durante años resultaron tolerables diversas justificaciones de incumplimiento por parte del Estado argumentando restricciones presupuestarias para sostener condiciones de ilegalidad que implican la vulneración de DESC (como los casos mencionados del PJJHD) o la argumentación en torno a falta de recursos para asignaciones universales cuando se lanzaron en paralelo grandes anuncios de nuevos programas sociales mencionados en este capítulo²⁵. Esto pone en evidencia una discusión sobre qué bien debe proteger el Estado y cuales puede ser librados al mercado, familia o comunidad. Es en este contexto donde la discusión abstracta sobre el reconocimiento de los DESC se convierte en una discusión sobre los satisfactores concretos que son generados desde el Estado para lograr su goce efectivo.

De eso se tratan las elecciones de política pública y las discusiones actuales sobre la extensión de las AAFP o la creación de un sistema de ingreso universal pensado en base a la niñez. Concretamente, a la luz de los datos socio-económicos, resultaba cada vez más difícil seguir manteniendo un esquema concentrado en medidas para los sectores formalmente asalariados y de medidas provisorias, para el "mientras tanto". Esto no hacía más que aumentar las disparidades entre aquellos excluidos del mercado laboral formal, en especial en relación con los sectores más desaventajados de la sociedad y seguir consolidándolos como "grupo vulnerable". Si bien se ha avanzado con un intento de universalidad, todavía queda un camino muy extenso para pensar esquemas de políticas sociales base a principios de derechos que deslinde "bienestar" de "derechos laborales" o de la necesaria participación en el mercado de trabajo (formal o informal). Tal vez sea el Congreso quien pueda retomar esta discusión en el nuevo escenario que se abre y a la luz de los antecedentes con los que en este ámbito se habían generado

Sin embargo, no se puede olvidar que todavía estas medidas conviven con un esquema político caracterizado por oferta de beneficios asistenciales, multiplicidad de programas otorgados discrecionalmente y bajo lógica de clientelismo político, soluciones basadas en el supuesto de la "responsabilización individual" por parte de los receptores de las políticas, falta de participación de los sectores vulnerables en la construcción de la política, permanente re-denominación de viejos programas, falta de control y *accountability* y más aún en la actualidad situaciones de gravedad en torno a la producción y acceso a la información pública.

<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-134482-2009-11-01.html>

24 Como se señaló en la presentación realizada por la Lic. Emilia Roca el 26 de agosto de 2009 en la sede de Banco Mundial, Buenos Aires, de acuerdo a datos presentados por la subsecretaria de Políticas de la Seguridad Social del MTEySS en 2008 el 54,4% del total de los ingresos del SIPA provinieron de recursos fiscales (aproximadamente 40.000 millones de pesos), mientras el 45,6% son aportes y contribuciones.

25 Claro está que la implementación de asignación universal implicaría disponer mensualmente de este monto en efectivo y sin posibilidad de subejecutar partidas presupuestarias, como termina ocurriendo en muchos de los anuncios.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, V y COURTIS, C (2006): *El umbral de la ciudadanía*, Ed. Del Puerto, Bs. As.
- ABRAMOVICH, V y PAUTASSI, L (2006): *Dilemas actuales en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos*. Ponencia presentada en el Seminario "Los Derechos Humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza y la desigualdad", Buenos Aires, UNESCO, Secretaría de Derechos Humanos y Universidad Nacional Tres de Febrero; 12 y 13 diciembre de 2006.
- ABRAMOVICH, V y PAUTASSI, L (2009): "El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales", en *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Del Puerto, Buenos Aires.
- ADELANTADO, J NOGUERA, X, RAMBLA y Lluís SAEZ (1998): "Las relaciones entre estructura y políticas sociales: una propuesta teórica" en *Revista Mexicana de Sociología 3/98 Año LX Número 3*, Universidad Autónoma de México, México.
- ARCIDIACONO, P (2008): "Políticas sociales con perspectiva de derechos. La agenda pendiente en Argentina", en *Revista Aportes Andinos, N° 21 "Derechos Humanos y Políticas Públicas"*, Universidad Andina Simon Boivar, Ecuador.
- ARCIDIACONO, P ; FAIRSTEIN, C y KLETZEL, G (2009): "El "enfoque de Derechos" en políticas sociales y la experiencia de judicialización del Programa Jefes y Jefas de Hogar Desocupados: ¿Por la buena senda?", en *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Del Puerto, Buenos Aires.
- ARCIDIACONO, P ; PAUTASSI, L , ROYO, L; STRACHNOY, M, CARMONA, V (2008): "Tensiones en un marco de crecimiento económico. La política social pendiente", en *Informe Anual del CELS sobre Derechos Humanos 2007*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- ARCIDIACONO, P y ZIBECCHI, C (2008): "La Sociedad Civil y los Programas Sociales: Alcances, Limitaciones y Desafíos desde un "Enfoque de Derechos"", en *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"* (Facultad de Derecho- UBA), Año II, N° II, 2008.
- CAMPOS, L ; FAUR, E y PAUTASSI, L (2007): "Programas Sociales y acceso a la justicia. Del discurso del derecho a la practica asistencial", en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2007*, Buenos Aires Siglo XXI, págs 311-330.
- CELS (2004 (a)): "Políticas públicas y garantía de derechos sociales: caminos paralelos, realidades opuestas" en CELS: Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2004. Buenos Aires, CELS, Siglo XXI, Catálogo Editores.
- CELS (2004(b)): Plan Jefes y Jefas. *¿Derecho social o beneficio sin derecho?*, Buenos Aires.
- CELS (2007(a)): "Las políticas para la disminución de la pobreza implementadas en la Argentina 2002-2005. Un análisis de su diseño, implementación y exigibilidad desde la perspectiva de derechos humanos", mimeo.
- CELS (2007(b)): *Programa Familias por la Inclusión Social entre el discurso de derechos y la práctica asistencial* , Buenos Aires, CELS.
- CEPAL (2006): "El desarrollo centrado en derechos y el pacto para la protección social", en *La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad*.
- ESPING ANDERSEN, G (1993): *Los tres mundos del Estado del Bienestar*, Edicions Alfons el Magnanim, Valencia
- ESPING ANDERSEN, G (2000): *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Ariel, Barcelona.
- FLEURY, S (1997): *Estado sin ciudadanos. Seguridad social en América Latina*. Lugar Editorial. Buenos Aires.

- GAMALLO, G (2009): "Acerca de los distintos problemas conceptuales de los derechos sociales", en *Escenarios N° 14 Revista Institucional de la Facultad de Trabajo Social*, Universidad Nacional de La Plata / Espacio Editorial (en prensa).
- HELD, D (1997): "Ciudadanía y autonomía" en *Ágora Cuadernos de Estudios Políticos N° 7*, Buenos Aires.
- HELLER, A (1996): "Una revisión de la teoría de las necesidades" en *Una revisión de la teoría de las necesidades*, Paidós, Barcelona.
- KYMLICKA, W y NORMAN, W (1997) "El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía" en *Ágora Cuadernos de Estudios Políticos N° 7*, Buenos Aires.
- LOZANO, C ; RAFFO T; RAMAFERI, A (2005). La universalización de las asignaciones familiares y la actualización de la propuesta del FRENAPO: distintas opciones. Buenos Aires
- MARSHALL, T. H. *Ciudadanía y clase social*, Buenos Aires, Losada, 2005 [1ra.Edición, 1950].
- PAUTASSI, L (2004): "Beneficios y Beneficiarias: Análisis del Programa Jefes y Jefas de Hogar Desocupados de Argentina" en *Políticas de Empleo para Superar la Pobreza Argentina. Proyecto Género, Pobreza y Empleo en América Latina*, Chile, OIT.
- PAUTASSI, L; ARCIDIACONO, P y ROYO, L : "Idas y vueltas en las políticas sociales: el protagonismo de la pobreza en la agenda política", en *Informe anual de Derechos Humanos 2010*, CELS, en prensa
- SEN, A (1985): *Commodities and Capabilities*. Amsterdam y New York: Elseiver Publishers.

LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS SOCIALES

Por Taluana Wenceslau Rocha

RESUMEN

El derecho a una vida digna es proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta condición debe ser proporcionada por los Estados y por la cooperación internacional. Las constituciones de la mayoría de los países occidentales reafirman los derechos sociales incluidos en esos tratados internacionales, tales derechos son promovidos por el gobierno principalmente a través de las políticas públicas. La posibilidad de control judicial de las políticas públicas es mecanismo de garantía de los derechos humanos. El tema se desarrollará con énfasis en la doctrina y la legislación brasileña.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos. Derechos Sociales. Poder Judicial. Políticas Públicas.

THE JUDICIAL REVIEW OF THE SOCIAL HUMAN RIGHTS

By Taluana Wenceslau Rocha

ABSTRACT

The right to a dignified life is proclaimed by the Universal Declaration of Human Rights and by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. This condition must be assured by the States and by the international cooperation. The most of the western countries constitutions restate the social rights included in these international treaties. These rights are promoted by the Government especially with the public policies. The public policies judicial review is a mechanism of human rights protection. The issue will be developed stressing the Brazilian law and doctrine.

KEYWORDS

Human Rights. Social Rights. Judicial Review. Public Policies.

LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS SOCIALES (THE JUDICIAL REVIEW OF THE SOCIAL HUMAN RIGHTS)

Por Taluana Wenceslau Rocha*

I) Los derechos sociales como derechos humanos

La busca por la armonía de las naciones, internamente y en sus relaciones internacionales, tuvo su marco con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, después de un mundo traumatizado por los resultados nefastos de la intolerancia, de la ganancia desenfrenada y de la crueldad, vividos durante la segunda gran guerra mundial ocurrida en menos de medio siglo.

La creación de las Naciones Unidas en 1945 y la proclamación de la Declaración en 1948 representan el deseo y la necesidad de establecerse una convivencia pacífica y fraterna entre las naciones. El Documento Internacional ofrece fundamentos para consolidar la condición de dignidad de la persona humana, sendo el hito inicial de la afirmación y positivación de los derechos humanos, los incluyendo en la agenda internacional como un tema global (LAFER, 2005, 82).

Esta Declaración introduce la concepción contemporánea de derechos humanos, caracterizada por la universalidad y la indivisibilidad de estos derechos (PIOVESAN, 2004, 21). Su universalidad se refiere a la extensión universal de los derechos humanos, significa que la condición de persona es el requisito único para la titularidad de derechos. La indivisibilidad dice respecto a la relación entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales, que son interdependientes entre sí. Los derechos humanos componen una unidad indivisible, interdependiente e interrelacionada.

Los artículos 1º a 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ofrecen el fundamento de los demás, los artículos 4º al 21 engloban los llamados derechos civiles y políticos. En su artículo 22 la Declaración consagra el derecho a la realización de los denominados derechos económicos, sociales y culturales indispensables a la dignidad de toda persona y al libre desarrollo de su personalidad. El esfuerzo de los Estados para materializarla abarca el direccionamiento y la organización de los recursos materiales necesarios, lo que demanda la actividad planeadora de la Administración Pública con la finalidad de interés público orientada por el principio de la eficiencia.

* Alumna de la Maestría de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2009-cursando)/Facultad de Derecho-UBA. Licenciada en Derecho por la Universidade Federal de Goiás/Brasil.

Correo electrónico: taluanawenceslau@yahoo.com

El grupo de estos derechos son detallados al largo de los artículos siguientes, del 23 al 28. Con el artículo 25 proclamando el derecho a un patrón de vida capaz de asegurar salud, bien estar, inclusive alimentación, vestuario, vivienda, cuidados médicos y servicios sociales indispensables

1. 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 alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social

El artículo 26 es de extrema importancia por tratar del derecho a la educación, un de los más elementares, por ser presupuesto de la posibilidad de ejercicio pleno de la ciudadanía. Este artículo enuncia directrices (párrafo 1) para la universalización del derecho a la educación: gratuidad de la instrucción al menos en los grados elementales y fundamentales, obligatoriedad de la instrucción elemental, igualdad formal (en función de los méritos respectivos) de acceso a los estudios superiores. La participación libre en la vida cultural y artística y en el proceso científico, protegida su producción, es el contenido del artículo 27 de la Declaración, como un prolongamiento de la libertad de pensamiento y del derecho de educación.

La Comisión de los Derechos Humanos optó por concentrarse inicialmente en la elaboración de la Declaración, pero ya había decidido que su segunda tarea sería la preparación de un instrumento jurídico de contenido legal y fuerza obligatoria. Con todo, las discordancias fueron muchas sobre varios aspectos de la cuestión, y en particular sobre las distinciones y similitudes del que fue denominado de dos categorías diferentes de derechos, los civiles y políticos de un lado, y los económicos, sociales y culturales de otro. Por esto, en 1952, la Asamblea General de las Naciones Unidas resolvió que los instrumentos jurídicos deberían ser dos, con tantas provisiones semejantes cuanto posibles, para ser aprobados y abiertos a firma simultáneamente, de modo a señalar la unidad de objetivos.

De cualquier modo, en vez de un único documento, fueron creados dos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos adoptados en 1966 y considerados en vigor a partir de 1976, cuando obtuvieran el número de ratificaciones mínimas necesarias.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales abarca de manera amplia y genérica el escopo de promoción y protección de esos derechos humanos. Este Pacto describe, profunda y amplia los derechos de la persona humana como ser social, establecidos en los artículos 23 a 27 de la Declaración de 1948 (ALVES, 1997, 44). Mientras que el entendimiento cuanto a los derechos civiles y políticos ya era lo de que su implementación se torna obligación inmediata, sin condicionantes, para los Estados-partes, en favor de todos los individuos sobre su jurisdicción, lo texto del artículo 2º del Pacto de Derechos Sociales fue usado para argumentar diferentemente cuanto a esos derechos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que los Estados que lo ratifican asumen el compromiso de "adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas

legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (artículo 2°, 1 – subrayado nuestro).

Sin embargo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elaboró la Observación General nº 3, a respecto de la índole de las obligaciones de los Estados Partes. Se concluye que el texto del Pacto objetiva reconocer que la efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo, lo que no implica en que no ha sido impuesta una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.

Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

(...) conviene que los Estados Partes indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más "apropiadas" a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiada (NACIONES UNIDAS, 1990, 16).

El Brasil, como miembro de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración, además de ser signatario del Pacto de Derechos Económicos, Culturales y Sociales. Su vigente Constitución Federal coaduna-se con los objetivos universales. La elevación de la cualidad de vida de la población brasileña demanda un programa adecuado de medidas gubernamentales de carácter social, bien como, se discute la posibilidad y los límites del control judicial de las políticas públicas como medio de asegurar la persecución de los derechos previstos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

II) La construcción del Estado Democrático de Derecho

Se el Estado Liberal estableció la garantía de los derechos civiles y políticos, el Estado Social, y más adelante, el Estado Democrático de Derecho se fundaron en la necesidad de garantizarse la condición de dignidad y la cualidad de vida de un ciudadano libre, igual en derechos, y con poder de escoger sus representantes en Estados con la tripartición del poder (BONAVIDES, 2004, 57-62).

Con lo todo, a de se considerar que la distinción entre las dos categorías de derechos humanos parte del modelo del Estado Liberal, reflejando matrices políticas-ideológicas diferentes (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, 47/48). La idea de la función no interventiva del Estado compone la concepción política dominante de cierto período histórico y no debe ser mirada como un modelo definitivo y adecuado. A decir, la verdad es que especialmente los países de la América Latina han adoptado, desde final de los años 80, modelos explícitos de constitucionalismo social.

Distingue Bobbio la democracia formal, que dice respecto precisamente a la forma de gobierno, de la democracia substancial, que se refiere al contenido de esta forma. Ya la democracia política es la esfera en que el individuo es considerado como ciudadano, del que se diferencia de la democracia en la esfera social, donde el individuo es considerado en la multiplicidad de su *status* (BOBBIO, 1992, 157-158).

Cuarenta años después de la aprobación de la Declaración, cupo a la Constitución Federal brasileña, promulgada en 1988, buscar conciliar efectivamente la democracia formal y política con la democracia substancial y

social. Al cualificar el Estado como Democrático y en el como de Derecho, el texto constitucional (art. 1º, *caput*) promovió la irradiación de los valores de la democracia sobre todos los elementos constitutivos del Estado, incluyendo la orden jurídica (SILVA, 2003, 119).

El modelo brasileiro establecido por la Constitución de 1988 es lo de una democracia social, participativa y pluralista. Los derechos sociales y los económicos son de naturaleza igualitaria, sin ellos los demás no se efectúan realmente y los tradicionales valores democráticos, la libertad y la igualdad, quedan perjudicados. El principio participativo caracteriza-se por la participación directa y personal de la ciudadanía en la formación de los actos de gobierno. El Estado Democrático de Derecho consagra el principio pluralista con un de sus principios fundamentales, erigido en el respecto a la persona humana y la diversidad de ideáis, culturas y etnias, promoviendo la integración social (SILVA, 2003, 141).

Además de establecer la dignidad de persona humana como un de los fundamentos de la República Federativa del Brasil (artículo 1º, inciso III), la Carta Magna brasileña prevé en su artículo 6º los derechos sociales, cuales sean: la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, al descanso, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y a la niñez y la asistencia a los desamparados. Estando también presentes en varios otros dispositivos, como los derechos del trabajador en el artículo 7º, el capítulo referente a la Orden Social (artículos 193 la 204), y dispositivos encontrados entre los artículos 205 la 232.

Actualmente, con 20 años de existencia de la Constitución brasileña y 60 años de la Declaración Universal, se observa que muchas conquistas fueron obtenidas en el área social, pero una efectiva democracia social todavía precisa ser concretizada.

III) El papel constitucional del Ministerio Público

Inserido en la nova hermenéutica constitucional, instaurada con la Constitución Federal de 1988, el Ministerio Público obtuvo nuevo papel, con un posicionamiento peculiar y específico. Institucionalmente, no constituye ninguno de los tradicionales tres poderes del Estado, sin embargo detenga regímen jurídico equivalente al de esos, con estructura idéntica al que se refiere a la autonomía, garantías y prerrogativas (RITT, Eduardo, 2002, 149).

Las garantías constitucionales conferidas al Ministerio Público objetivan permitirle el pleno e independiente ejercicio de sus funciones. La práctica de actos atentatorios al su libre ejercicio es crimen de responsabilidad del Presidente de la República, según el artículo 85, inciso II, de la Constitución. Son garantías de la institución: la autonomía funcional, administrativa y financiera (art. 127, §2º, CF y art. 3º de la Ley Orgánica Nacional); destitución del Procurador-Geral de la República y de los Procuradores-Generales de Justicia dependientes de autorización de la mayoría absoluta de los miembros del Poder Legislativo (art. 128, §§ 2º y 4º, CF). Por otro lado, las garantías de los miembros son: la vitalicidat, la inamovibilidad y la irreductibilidad de subsidio.

Según el artículo 127, *caput*, de la Constitución Federal, el Ministerio Público desempeña función esencial a la actividad jurisdiccional (lo que lo inserta en el contexto del acceso a la justicia), sendo designado como defensor del regímen democrático y de la orden jurídica. Su regulación está vinculada a las normas constitucionales (reglas y principios), lo que importa en la promoción de todos los derechos y condiciones que correspondan a la defensa del Estado Democrático de Derecho y de los derechos fundamentales (BELLO, 2007, 301).

En su papel de función esencial a la Justicia, el miembro del Ministerio Público actúa normalmente junto al Poder Judicial, sea en el área preventiva o en fase posterior a la violación de la ley. El Ministerio Público contemporáneo está encargado de asegurar el acceso del ciudadano a la prestación jurisdiccional y a la Justicia, bien como por la defensa constante del interés público primario.

La Constitución Federal enumera, en el artículo 129, algunas de las funciones del Ministerio Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Esto rol es meramente ejemplificativo, porque el Ministerio Público brasileño puede y debe ejercer otras funciones compatibles con sus finalidades constitucionales, vedada la representación judicial y la consultoría jurídica de entidades públicas (MORAES, 2005, 541). La Ley Orgánica Nacional del Ministerio Público (Ley nº 8.625/93) acrecienta otras funciones ministeriales, y las constitucionales estatales y las leyes orgánicas de cada Ministerio Público también pueden hacerlo.

El *parquet* brasileño asume el papel de guardián de la supremacía constitucional y de la integridad del ordenamiento jurídico como un todo para que no sea agredido por las autoridades públicas y por los propios ciudadanos, disponiendo de diversos instrumentos para tanto, sean mecanismos judiciales (acción penal, *habeas corpus*, 'mandado de segurança', acción civil pública, acción directa de inconstitucionalidad, representación para fines de intervención de la Unión y de los Estados) o extrajudiciales (instauración de 'inquérito civil público' y de procedimiento administrativo, realización de audiencias públicas, prepositura de recomendaciones y celebración de Termos de Ajustamiento de Conducta).

El Ministerio Público recibió la tarea constitucional de dar efectividad a los derechos fundamentales, por lo tanto, es uno de los instrumentos de efectución de la ciudadanía (RITT, 2002, 162). Su mayor desafío contemporáneo es la tutela de los intereses sociales e individuales indisponibles, promoviendo las medidas necesarias a su garantía junto al Poder Público.

Los operadores del Derecho necesitan adoptar una nueva postura y superar ciertas antiguas concepciones dogmáticas y formales del Derecho, que todavía persisten pero que no conciben con los paradigmas del Estado Democrático de Derecho. Mientras componente del amplio principio del acceso a la Justicia, la legitimidad del Ministerio Público debe ser ampliada y estructurada para que encuentre y consolide su espacio en la protección de la orden jurídica constitucional, de la democracia y de los derechos fundamentales del ser humano.

IV) La defensa de los intereses colectivos en el juicio brasileño

1. Para comprender los intereses colectivos

La expresión intereses colectivos, en sentido lato, se refiere a intereses transindividuales, de grupos, clases o categorías de personas, y esta es la acepción adoptada por la Constitución Federal al emplear los términos derechos colectivos en el Título II, e intereses colectivos en el inciso II del artículo 129 (MAZZILLI, 2006, 52).

La Ley de Acción Civil Pública (Ley nº 7.347/85) sufrió alteración en su artículo 1º, inciso IV ("la cualquier otro interés difuso o colectivo"), y en el artículo 21 ("defensa de los derechos y intereses difusos, colectivos y individuales") por medio del Código de Defensa del Consumidor (Ley nº 8.078/90). Este Código también se refiere a los intereses colectivos en sentido lato al disciplinar la acción colectiva (arts. 81, párrafo único, y 87) que visa la defensa de los derechos colectivos en sentido estricto y la de los derechos y intereses difusos y individuales homogéneos.

En el escopo de mejor comprender la defensa de los intereses colectivos en juicio, se presentan los conceptos elaborados por Mazzilli (2006, 48-58) teniendo como parámetro la redacción de la legislación consumiera.

Los intereses colectivos en sentido amplio serían los intereses transindividuales, situados en posición intermediaria entre el interés público y el privado, porque son compartidos por diversos titulares individuales reunidos por la misma relación jurídica o fáctica y hay el reconocimiento de la necesidad de que el acceso individual de los interesados a Justicia sea substituido por un proceso colectivo.

El Código de Defensa del Consumidor distinguió los intereses transindividuales de acuerdo con su origen. Los intereses difusos son intereses de objeto indivisible, compartidos por personas indeterminables, vinculadas por circunstancias de hecho conexas. Pueden coincidir con el interés de la sociedad como un todo, mas con él no se confunde, porque también pueden decir respecto a grupos más específicos, como el de consumidores de un cierto producto. Lo que los caracteriza es la indivisibilidad de su objeto, que no puede ser dividido entre los interesados, sino percibidos por todos sin individualización (como ejemplo, el medio ambiente). Por su vez, los colectivos en sentido estricto son los intereses transindividuales indisponibles de un grupo, categoría o clase de personas determinadas o determinables, reunidas por una misma relación jurídica básica.

Con la finalidad de diferenciar los dos intereses, Mazzilli ofrece el ejemplo de acción civil pública ofrecida por el Ministerio Público del Trabajo para la declaración de nulidad de cláusula de contrato, acuerdo colectivo o convención colectiva que viole las libertades individuales o colectivas o los derechos individuales indisponibles. En el que concierne a los actuales trabajadores el interés será colectivo (grupo determinado), y en relación a los trabajadores futuros, el interés será difuso (grupo indeterminable). Ya cuanto a los intereses individuales

homogéneos, las personas determinadas o determinables comparten perjuicios divisibles, de origen común, normalmente provenientes de las mismas circunstancias de hecho.

Lo que nos interesa en el presente artículo son los intereses transindividuales de carácter social que fueron reconocidos por el ordenamiento jurídico y así, establecidos como derechos sociales.

2. La defensa de los derechos colectivos en juicio

La acción civil pública es una acción colectiva, como también lo son el mandado de seguridad colectivo y la acción popular, disciplinada en la Ley n° 7.347/85. Ese instrumento judicial visa a defensa de intereses transindividuales, propuesto por diversos co-legitimados activos: el Ministerio Público; la Defensoría Pública; la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios; la autarquía, empresa pública, fundación o sociedad de economía mixta; y la asociación que esté constituida hace por el menos 1 (un) año nos términos de la ley civil y incluya, entre sus finalidades institucionales, la protección al medio ambiente, al consumidor, a la orden económica, a la libre competencia o al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico.

Son tres las causas que determinan la actuación del Ministerio Público en el proceso civil: a) la existencia de interés indisponible ligado a un individuo; b) la existencia de interés indisponible ligado a una relación jurídica; c) la existencia de un interés, mismo que no propiamente indisponible, contenido de suficiente alcance o repercusión social, que aproveche en mayor o menor medida a toda la colectividad.

Mazzilli, al hacer un estudio genérico sobre la acción civil pública, resalta la su aplicación para cuestionar políticas públicas, cuando del ejercicio de sus funciones en el cuidado para que los Poderes Públicos y los servicios de relevancia pública observen los derechos asegurados en la Constitución, conforme su artículo 129, II (2006, 119). La su acción en este caso tendría carácter político en el sentido técnico de la expresión, lo que significa que el Ministerio Público puede legítimamente cuestionar actos de gobierno que, entre otras hipótesis, lesionen el principio de la legalidad, configuren desvío o abuso de poder, o divergían de los principios de la administración pública.

En el cumplimiento de las decisiones proferidas, la acción civil pública sigue el reglamento de las acciones colectivas y observa el proceso civil común compatible.

V) Los derechos sociales y el implemento de Políticas Públicas

La clasificación de los derechos humanos en dos clases de derechos es relativa, existiendo niveles de obligaciones estatales que son comunes a ambas categorías de derechos (COURTIS, 2001, 198). Sin embargo que cuanto a los derechos sociales efectivamente predomine la necesidad de acciones positivas (de hacer) del Estado, también hay conductas que son de solamente respetar los derechos o de no impedir su ejecución. Por otro lado, los derechos civiles y políticos necesitan de acciones del Estado en muchos casos para su implementación y no solamente de la abstención del gobierno. Las diferencias son de grado, más que diferencias substanciales.

Sin embargo que hayan varios otros medios, no comprometedores de las reservas presupuestarias (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, 33-36), por los cuales el Estado puede asegurar su goce, los derechos sociales demandan una actuación más activa para que esos derechos sean garantizados. Con lo tanto, la consecución de prestaciones positivas que están enunciadas en normas constitucionales es de observancia obligatoria.

Los derechos sociales previstos en la Constitución Federal brasileña son agrupados, por José Afonso da Silva (2003, 286), con base en los artículos 6º a 11, en seis clases: i) derechos sociales relativos al trabajador; ii) derechos sociales relativos a la seguridad, comprendiendo los derechos a la salud, a la provisión y a la asistencia social; iii) derechos sociales relativos a educación y a cultura; iv) derechos sociales referentes a vivienda; v) derechos sociales referentes a la familia, niñez, adolescencia y vejez; vi) derechos sociales relativos al medio ambiente.

La justiciabilidad de los derechos sociales, o el activismo judicial, asume papel relevante en el proceso de consolidación de la democracia y avance de la ciudadanía. Ora, la prestación de los derechos sociales previstos en la Constitución, en la Declaración Universal, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, allá de otros documentos internacionales, debe ser realizada por los gobiernos por medio de políticas públicas, preponderantemente, sean sociales, referentes a los servicios esenciales y públicos, o compensatorias (LOPES, 1994, 259).

La posibilidad de demandar los derechos sociales en caso de su incumplimiento es la principal característica a calificar su existencia como derecho pleno (COURTIS, 2001, 210). Los derechos sociales componen los derechos humanos bien como los derechos civiles y políticos, de acuerdo con su carácter de indivisibilidad. Algunas características predominan más en unos de que en los otros, lo que no resulta en que los derechos sociales no tengan valor jurídico.

Esos derechos dependen, en regla, para su eficacia, de actuación del Legislativo y del Ejecutivo. La acción concreta del Estado ocurre con la política pública, que, jurídicamente, es un complejo de normas y decisiones (COURTIS, 2001, 257/258).

Políticas públicas son actividades gubernamentales compuestas de decisiones y normas que pretenden a realización de ciertos objetivos con fines colectivos y sociales. Son instrumentos esenciales para que el Estado cumpla su deber de gestión del bien público y provea el pueblo que el constituye de condiciones materiales mínimas para la garantía de la dignidad.

Las políticas públicas son acciones administrativas para el cumplimiento de las normas constitucionales y legales, de esta manera, el legislador y la administración están vinculados a su implementación, ya que se encuentran explicitadas en leyes integradoras, para ser cumplidas para la realización de los derechos sociales establecidos constitucionalmente (FRISCHEISEN, 2000, 93).

El poder es uno y indivisible, a pesar de ejercido separadamente de acuerdo con las tres funciones esenciales del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial (art. 2º, CF). Las funciones típicas del Poder Legislativo son legislar y fiscalizar. De este modo, cabe a las casas legislativas elaborar normas, observada las reglas del proceso legislativo; además de fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial del Poder Ejecutivo (art. 70, CF).

La función precípua del Poder Ejecutivo es la práctica de los actos de jefatura de estado, de gobierno y de administración del bien público. Sus actos atenden a los principios de la Administración Pública (art. 37, caput, CF) y son vinculados a incumbencia, a forma y a finalidad, que es el interés público.

Con el escopo de efectuar los derechos humanos, se atribuye al Poder Judicial la función de realizar la justicia social en cada caso concreto que le es sometido, ya que el su poder es el jurisdiccional (decir el derecho), lo que le permite actuar como verdadero alzador social. Su actuación ha sufrido recientes alteraciones, pues crece la

cuantidad de demandas exigiendo mayor compromiso con los derechos difusos y colectivos, delante de una sociedad plural y que se transforma culturalmente. La profundización del ejercicio de la ciudadanía y de la democracia, contexto al cual el mayor acceso a la justicia se integra, presupone modificaciones en el modelo clásico de la división de los poderes.

Al Ministerio Público y a las organizaciones de la sociedad civil cabe relevante papel en el control judicial das políticas públicas mientras partes legitimadas para accionar el Judicial en causas que involucran los intereses sociales (notadamente para proponer la acción civil pública, conforme la Ley nº 7.347/85).

VI) El control judicial das políticas públicas

En consonancia con los mencionados documentos internacionales, se verifica que el ordenamiento jurídico brasileiro pudo ir allá del trazado en el artículo 21 de la Declaración de 1948, que previa tímidamente la participación directa de la sociedad en el gobierno. Actualmente, además de la vía judicial, otros mecanismos están a disposición de los ciudadanos, tais como: consejos de gestión, presupuesto participativo, audiencias públicas, y iniciativa popular de proyecto de ley. No obstante el pueblo muchas veces no el reciba las estructuras adecuadas para hacer uso de esos sus instrumentos.

Las cuestiones relacionadas al deber estatal y a la elaboración de metas y medidas por el Estado, para cumplir las sus funciones, son cuestiones políticas (JORGE NETO, 2007, 133/134). La política como un conjunto organizado de normas y actos tendentes à realización de un objetivo determinado se distingue de las normas y de los actos que la compone, bien como en relación al juicio de validez.

Dos son los niveles de actuación gubernamental cuanto a las políticas públicas: las elecciones y la implementación. La colectividad posee el derecho de exigir del Poder Público, incluso por intermedio del Estado-juez, que formule una política pública para que sea implementado un derecho social. Y cuando concebida, posee el derecho de que la política sea ejecutada en plazo razonable.

De este modo, el Judicial puede determinar al Poder Público una obligación de hacer consistente en la elaboración de una política pública razonable para la realización de los derechos sociales, bien como, posteriormente, una obligación de hacer en relación al implemento de la política pública formulada (JORGE NETO, 2007, 135/136).

Como cuestiones políticas, cabe al administrador el análisis de la oportunidad y conveniencia de determinada actividad de la política pública. Una de las resistencias encontradas por el control judicial de las políticas públicas es se habría solamente el control de legalidad o "el análisis del propio mérito del acto, el que sería inadmisibles, para parte de la doctrina" (FRISCHEISEN, 2000, 87) debido al principio de separación de poderes.

Para Frischeisen (2000, 95), el administrador no puede deliberar sobre la oportunidad y la conveniencia de implementación das políticas públicas, porque estas se encuentran claramente establecidas en la Constitución Federal y fueron reguladas por leyes infraconstitucionales que deben ser cumplidas para la concretización de los derechos sociales. Ella aún considera que muchas de las normas consideradas como meramente programáticas obtuvieran eficacia al ser debidamente integradas, en su mayor parte, por legislación infraconstitucional (2000, 83).

Al Poder Judicial cabe el control jurisdiccional das políticas públicas, de acuerdo con una hermenéutica que privilegia la fiscalización das acciones gubernamentales en el intento del Estado cumplir su papel fundamental de

ejercicio del poder que emana del pueblo. En esto contexto, el Ministerio Público posee legitimidad para proponer la acción civil pública en el caso de políticas públicas sociales.

El argumento de que habría interferencia de un Poder en el otro no procede, ya que el Judicial no va a ejecutar las políticas, sino averiguar la omisión estatal o la eficiencia de sus acciones. El control judicial está en conformidad con la teoría de los frenos y contrapesos para garantizar la armonía entre los tres poderes/funciones y representa un mecanismo para la concretización de los derechos sociales. El denominado activismo judicial es además un deber, porque que del contrario hay restricción del acceso a la justicia, y las violaciones y amenazas al derecho no pueden ser excluidas de la apreciación del Poder Judicial.

Para Boaventura dos Santos, se "*destituidos de mecanismos que hicieran imponer su respecto, los nuevos derechos sociales y económicos pasarían a meras declaraciones políticas, de contenido y función mistificadores*"ⁱ (1996, 167).

En el proceso de construcción del espacio de la judiciabilidad de los derechos sociales, con el control de las políticas públicas, además de los aspectos de fundamentación de los derechos humanos, es indispensable discutir los siguientes tópicos:

- La extensión de la obligación impuesta, de modo que un Poder no saque el lugar del otro en el ejercicio de sus funciones, pero sin que el Judicial se omita en la búsqueda por la finalidad de todos los actos estatales: la justicia social y el bien-estar de los individuos.
- El posicionamiento de la reserva del posible, lo que significa que la prestación del Estado se condicionaría a la disponibilidad material y jurídica de recursos financieros necesarios al su adimplemento, en el cumplimiento de las obligaciones. Se señala que grande parcela de la doctrina y de la jurisprudencia brasileña entiende que en las situaciones de salud e integridad física el Estado no podrá omitirse alegando la reserva del posible.
- Al agir activamente en el control judicial de políticas públicas, el Poder Judicial acaba por determinar gastos que alteran la previsión de leyes presupuestarias y provocan la reubicación de sumas. Así, sugestión presentada por la doctrinaⁱⁱ es que se escuche el Poder Público previamente para evitar que ciertas políticas sean implantadas en perjuicio de otras de carácter más emergencial, pero que no fueron objeto de demanda junto al Ministerio Público o por los demás legitimados para impetrar la acción civil pública.
- Optimizar la judiciabilidad. Creación de nuevos instrumentos e institutos a partir de los nuevos paradigmasⁱⁱⁱ.

Otra preocupación se refiere al papel del Ministerio Público, institución reconocidamente esencial para el Estado Democrático de Derecho, pero que no debe reemplazar el activismo cívico. La postura ministerial debe ser en sentido de dotar los ciudadanos de condiciones para el ejercicio de sus derechos sociales, pero también para la exigencia de sus derechos, porque la colectividad no debe estar siempre dependiente de la actuación del Ministerio Público.

VII) Consideraciones finales

Los derechos sociales componen los derechos humanos bien como los derechos civiles y políticos, de acuerdo con su carácter de indivisibilidad. Algunas características predominan más en unos de que en los otros, lo que no resulta en que los derechos sociales no tengan valor jurídico, no sujetos a la exigibilidad judicial.

Sin embargo de las dificultades que se enfrenta en la teoría y práctica de la exigibilidad judicial de los derechos sociales, estos deben contar con mecanismos adecuados que garanticen su consecución.

Además de los límites inherentes a la incumbencia de cada uno de los denominados Tres Poderes, hay también la limitación técnica del Poder Judicial. Con todo, esto no va a elaborar las políticas públicas que deben ser efectuadas, porque no tiene como promover los mismos debates realizados en el Legislativo ni desarrollar estudios técnicos tan amplios como el Ejecutivo, además de no manejar todos los datos de que el administrador público dispone. Además del papel político, de que sea el propio Poder Judicial lo que comunique a los demás poderes el incumplimiento de sus obligaciones, hay diversas maneras de actuación de los jueces en la materia.

El juez puede y debe verificar se de hecho el Gobierno no hay se movilizad para el cumplimiento de su obligación, bien como si la prestación está produciendo resultados que materializan los derechos sociales asumidos por el Estado. La propuesta es que, detectada la insuficiencia de las prestaciones, el Gobierno y el Poder Judicial discutan juntos, para que una decisión viable y eficaz sea pronunciada.

Los derechos sociales deben estar protegidos de forma que sus titulares dispongan de instrumentos, inclusive judiciales, para que garanticen el cumplimiento de las obligaciones generadas por sus derechos.

Referencias Bibliográficas

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- ALVES, José Augusto Lindgren. (1997) *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo, FTD, 1997.
- APPIO, Eduardo. "Justiciabilidade dos direitos sociais no país: populismo judiciário no Brasil". Disponible en: << <http://www.eduardoappio.com.br/canais/artigos.htm>>> Acceso en: 08/04/2008.
- BELLO, Enzo. (2007) *Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano*. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. (1953) *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo, Malheiros, 2004.
- COURTIS, Christian. (2001) *Los derechos sociales como derechos*. Del Puerto, 2001.
- FRISCHEINSEN, Luiza Cristina Fonseca. (2000) *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limondes, 2000.
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. (2007) "Das questões políticas e da possibilidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário". En *Revista ESMAFE*, Recife, TRF 5ª Região, março-2007, nº 12, p. 127-141.
- LAFER, Celso. (2005) "Bobbio y el Holocausto. Un capítulo de su reflexión sobre los derechos humanos: el texto Quindici anni dopo y sus desdoblamientos". En *28 Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005, p. 81-89.

- LOPES, José Reinaldo de Lima. (1994) "Judiciário, democracia, políticas públicas". En *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, abril-junho-1994, ano 31, n. 122, p. 259.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. (19 ed.) *A defesa dos interesses difusos em juízo*. meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo, Saraiva, 2006.
- MORAES, Alexandre de. (1997) *Direito constitucional*. São Paulo, Atlas, 2005.
- NACIONES UNIDAS. (1990) Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General nº 3. 1990. Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos Creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/index.htm>
- PIOVESAN, Flavia. (2004) "Derechos sociales, económicos y culturales y Derechos civiles y políticos". En *1 Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2004, p. 21-47
- RITT, Eduardo. (2002) *O ministério público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. (1996) *Pela mão de Alice*. O social e o político a pós-modernidade. São Paulo, Cortez, 1996.
- SILVA, José Afonso da. (22 ed.) *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

ⁱ Libre traducción de "se destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores".

ⁱⁱ Cf APPIO, 2008, p. 5

ⁱⁱⁱ Cf. estratégias apuntadas por ABRAMOVICH; COURTIS, p. 132-178 (Cap. 3)

POLÍTICA, MEMORIA Y JUSTICIA. LOS ESCRACHES COMO ACCIÓN POLÍTICA DE RESISTENCIA

Por Sergio Gradel

RESUMEN

En la Argentina de los años noventa, como continuidad del movimiento de Derechos Humanos de la década anterior, surgieron discursos y políticas de la memoria que llevaron una impronta de reapropiación social de lo común. Los escraches irrumpieron en escena como una expresión de ver los discursos de la política, de la memoria y de la justicia desde otras perspectivas, de pensarlos y actuarlos de formas distintas a las instituidas. El escrache formuló preguntas, a través de estos discursos, que interpelaron al conjunto de la sociedad, permitiendo la producción de símbolos y relatos propios que dieron lugar a identidades y memorias colectivas a contrapelo de la cultura dominante. Será objetivo de este texto analizar la experiencia del escrache como acción política de resistencia.

PALABRAS CLAVE

Política - Memoria - Justicia - Escrache

POLITICS, MEMORY AND JUSTICE. THE 'ESCRACHES' AS A POLITICAL ACTION OF RESISTANCE

By Sergio Gradel

ABSTRACT

Memory discourses and politics appeared in Argentina, in the 1990s, following the movement of Human Rights of the previous decade, which carried an imprint of social reappropriation of the common. The 'escraches' burst into scene as a way of seeing the discourses of politics, memory and justice from other perspective, a way of thinking and acting them in forms different of those institutionalized. The 'escrache' formulated questions, through those discourses, that summoned the body of society, allowing the production of its own symbols and accounts, which gave place to collective identities and memories that went the opposite direction of the dominant culture mainstream. The purpose of this text will be to analyze the experience of the 'escrache' as a political action of resistance.

KEY WORDS

Politics – Memory – Justice – 'Escrache'

POLÍTICA, MEMORIA Y JUSTICIA. LOS ESCRACHES COMO ACCIÓN POLÍTICA DE RESISTENCIA

Por Sergio Gradel*

Introducción

A la hora de interrogarnos por identidades insurgentes, memorias colectivas, marcos de acción, así como repertorios discursivos para observar la estructuración de ciertas subjetividades en el surgimiento de la protesta en Argentina en relación a los derechos humanos, la relación entre memoria, justicia y política nos será de suma relevancia.

Con la intención de señalar los momentos relevantes de los ciclos de luchas y de denuncias en torno a los derechos humanos, podríamos referirnos en primer término a la década del ochenta, con sus dos grandes acontecimientos: el juicio a la junta militar y el "nunca más". Estos posibilitaron la instalación del debate en *cómo* hacer justicia y memoria. El primero, como un acto de sometimiento a la ley de derecho, la subordinación de los jerarcas de la dictadura ante la justicia. El segundo, un corte simbólico instituyente acerca de la relación entre pasado y presente, el cual abre el debate de cómo recordar desde nuestro presente, que voces son legitimadas y cuáles no, para narrar los acontecimientos de nuestro pasado.

En segundo término y con mayor detenimiento, analizar la década del noventa como una segunda parte del ciclo de movilizaciones, cuyos actores narran de forma distinta a los de la década anterior, pero no por eso dejan de ser considerados como relevantes a la hora de hacer visibles las luchas por los derechos humanos.

La historia de los organismos de DDHH en Argentina, acompañada de su fortaleza en la lucha, se ha iniciado en pleno proceso genocida, en la última dictadura militar. Entre estos organismos, que en su mayoría se consolidaron en la década del ochenta con la venida democrática, nos interesa resaltar la emergencia, a mediados de la década del noventa, en pleno menemismo, de la generación de los HIJOS¹. De esta organización surge el escrache: una práctica política y cultural donde se propone al barrio construir, entre todos, una movilización en repudio a un represor o cómplice de la dictadura que anda suelto por las calles. La palabra escrache, cuyo origen proviene del lunfardo, significa "sacar a la luz lo que se encuentra oculto". La organización HIJOS fue la base de donde nace, posteriormente, el espacio "mesa de escrache", a fines de los años noventa. En este espacio heterogéneo, en el que confluyen diversas organizaciones y personas, se instituye el escrache con el propósito de constituir una identidad propia basada en la realización de una justicia colectiva, una condena social realizada a nivel barrial y comunitario. A través de la masificación de la práctica del escrache: *"se profundizan los vínculos con el barrio y se intensifica el trabajo previo en la zona con los vecinos. Como consecuencia de este desarrollo, de ser una comisión de la organización HIJOS, pasaría a conformarse una mesa de escrache popular"*².

* Licenciado en Ciencia Política y Doctorando en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires. Becario doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Investigador del Departamento de Política y Sociedad del Centro Cultural de la Cooperación.

En el marco de las prácticas de los movimientos sociales emerge en nuestro país la experiencia de los escraches, como denuncia de la impunidad que se plasma en la continuidad de la violencia y la dominación entre ayer y hoy. El mapa de las resistencias y luchas se reconfigura dando nuevas características a las clases subalternas, en el seno de la crisis de representación abierta en el año 2001. Aparece el escrache como política de intervención, incorporando otra forma de justicia posible en la construcción de la condena socialⁱⁱⁱ, dando origen a un esfuerzo por desnaturalizar el discurso hegemónico que produce una justicia formal que tiende a la desigualdad y a la "criminalización de la protesta"^{iv}.

En este contexto el escrache utiliza la concepción de memoria relacionada a una praxis rememorativa puesta en juego en el discurso, idea de memoria viva, en movimiento donde la memoria deja de ser pasado lejano y trascendente para mostrarse en su significado actual, produciendo la conformación de un mapa vivo.

Un punto a destacar es que la emergencia de esta original forma de protesta responde en parte a una nueva transformación del modelo de acumulación marcada por la paulatina desindustrialización y la pérdida de derechos colectivos. Esta reforma estructural responde a los impactos del neoliberalismo en América Latina y las transformaciones que supuso en la configuración de los actores políticos tradicionales.

Si en el pasado las demandas emancipatorias se enmarcaban en el espacio laboral -en especial el fabril- como ámbito aglutinante e identitario, en nuestro presente las protestas sociales desbordan la problemática del trabajo, dejando ver la centralidad de sus sentidos en prácticas de tipo territoriales.

La apuesta es, esencialmente, hacia el fortalecimiento de la "sociedad civil" y de sus redes horizontales de solidaridad y resistencia. En este sentido, nos interesaremos en analizar la experiencia del escrache en tanto esfuerzo colectivo por reconstruir el tejido social roto.

Al pensar la memoria y la justicia desde la mirada del escrache, podemos hacer el ejercicio de relacionarlas con la idea del "bien común" que alude a un sentido social de comunidad. Esto en tanto que la justicia y la memoria ocupen su lugar exacto en la construcción del bien común, cada elemento se inserte en el conjunto, cada parte participe y responda a los impulsos de la comunidad.

Escrache: una forma de resistencia

Los escraches parten de una idea de igualdad y su práctica apunta a una condena social, que apela a la participación de la sociedad en su conjunto. Por este motivo, la práctica del escrache se centra en una memoria viva, creadora y en acción, posibilitando en los caminos de los escraches festividad y reflexión, todas como maneras de recordar, construir y socializar pensamientos sobre lo que está ocurriendo en nuestro tiempo.

El escrache produce una compleja y especial relación entre nuestro pasado y el presente. El objetivo es denunciar y visibilizar a aquellos militares que participaron en la dictadura militar en nuestro país, cometiendo actos de terrorismo y violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, ésta es apenas una de las actividades que realiza, ya que además lleva a cabo un trabajo permanente y profundo en los barrios, donde acompaña a vecinos y vecinas.

Es ahí donde trabaja la condena social, las temáticas que van surgiendo, que varían según la posición geográfica, y que tienen que ver con la violencia y la dominación que se desarrolla en nuestros tiempos: gatillo fácil, abusos contra la mujer, criminalización y judicialización de la protesta, etc.

Cuando nos referimos a los discursos y a las políticas de la memoria, en la década del noventa, estamos haciendo alusión al surgimiento de identidades, símbolos, y repertorios de acción en los que se condensan nuevos actores ligados a la memoria. De esta forma, el escrache puede ser interpretado como un campo de resistencia cultural que desnuda intencionalmente el carácter fetichizante de la cultura y su hegemonización del sentido. Desde esta visión las memorias fastidian al poder del orden establecido, debido a que evocan disputas de sentido, valor y poder, abandonando la falsa idea de una "memoria completa". Las memorias son múltiples, como los distintos sujetos que integran la sociedad misma; que el poder dominante tienda a homogeneizarlas buscando imponer su lógica normalizadora y construyendo su poder disciplinario, es un tema que exige atención en la construcción de procesos de resistencia.

Justicia y comunidad en el escrache

En el ser humano, la marca de la comunidad es aquello que es común, es decir, aquello que, sin ser de ninguno, es de todos. Eso nos advierte que en la comunidad se necesitan reglas para sobrevivir. El problema, sin embargo, es que, con el paso de la historia, hubo un traspaso de la comunidad hacia el contrato social y, a su vez, de las reglas hacia el derecho.

En la búsqueda de condena social y justicia colectiva, la comunidad hace un intento de recrear las relaciones sociales de maneras más justas. Dicha comunidad tiene las raíces en el *nosotros*; en cambio, la sociedad tiene más que ver con el *yo* individual, con las subjetividades desamparadas.

El bien común es antagónico a la idea de posesión; a su vez, la justicia comunitaria iría mucho más allá que el derecho jurídico, lo desbordaría permanentemente. La justicia institucional, basada en el derecho jurídico, no puede tener la última palabra, ya que, si esta fuera la última, no sería justa. En última instancia, de lo que se trata es que la justicia no puede ser una teoría cerrada, no tiene un fin, como nos dice Reyes Mate^v, por el contrario es un pro-yecto. En ese sentido, los silencios subyacentes a las últimas palabras de los discursos dominantes son los que posibilitan la fundación de una comunidad otra, con otros sentidos y otras justicias.

Por eso, la razón jurídica tendría que ir a remolque de un movimiento social o de una pasión ética, quienes tendrían la responsabilidad de una vigilia permanente sobre ella. Una experiencia de la justicia y la memoria que vaya a contrapelo de lo "políticamente correcto".

Al mismo tiempo, es necesario relacionar los conceptos de comunidad, política y justicia con las políticas de la identidad y de la diferencia. Esas últimas no se deberían pensar de manera excluyente, sino como partes de una tensión irresoluble. El momento de la identidad es aquel en el que se produce un acuerdo jurídico, una inclusión, una norma universal única, en otro sentido, un hegemonismo. En cambio, el momento de la diferencia es lo otro posible, lo constituyente, la confrontación, el desborde por parte de la pasión ética. Por lo tanto depende de esta fuerza de la experiencia, de la potencia de la pasión ética, si se produce el impulso a lo político, o si, en cambio, se clausura.

El escrache es una forma de pensar y construir, para la comunidad, un tiempo propio, una experiencia política, una pasión ética que destituya la norma hegemónica y que se instituya como su excepción.

En la dictadura no había tiempo para la experiencia y lo único que restaba era la norma, que habilitaba, como forma abstracta, al terror y a la barbarie racionalizada. Allí, y por mucho tiempo, la idea de comunidad estaba rota, alterada, se imponía el problema de la comunidad imposible. Hoy podríamos pensar este problema como (re)abierto y ver, en estas nuevas prácticas políticas, como se pone en juego, en el escrache, una refundación de la idea de comunidad política. Según Maristella Svampa^{vi}, la experiencia de lo comunitario podría abrir también nuevas brechas "hacia la política" a través de la acción colectiva. En este caso, es enriquecedor poder analizar, bajo estas ideas, las posibilidades que despliega el escrache como práctica comunitaria en donde podrían emerger nuevas necesidades y conflictos en una normalidad instalada.

El escrache insta en su territorio, en su espacio comunitario, en el espacio público urbano, una batalla por el sentido, a través de un lenguaje performativo. Sus palabras se basan en sus valores y acciones, que proponen nuevas "reglas" para la comunidad, intentando subvertir la normatividad y la gramática jurídicas establecidas, denunciando al mismo tiempo las violencias del pasado pero también señalando las formas represivas que se configuran en el presente.

La memoria a contrapelo

Debido a la expansión y profundización del modelo neoliberal, que implica una radical reestructuración de las sociedades por el capital, tal como dice Atilio Borón,^{vii} en la década del noventa se logró extender una peculiar imaginación colectiva. Esta última concebía una nueva organización social a partir de la figura del "capitalismo libre de fricción". Estas sociedades (según los autores referenciales del neoliberalismo) pasaron a llamarse entonces "sociedades pos-históricas", precisamente porque estaban ausentes los agentes clásicos de la Historia anterior y, al mismo tiempo, "pos-ideológicas", debido a que ya no existirían velos ideológicos estructurales para el desarrollo tanto de la acción individual como colectiva.

Frente a ese escenario se erigieron resistencias y alternativas que se podrían pensar como partes constitutivas de una política contestataria, en la medida en que enfrentaron a la hegemonía neoliberal, la cual pretendía constituirse como "pensamiento único"^{viii}. Es allí donde cobró relevancia el surgimiento de nuevas identidades, prácticas políticas tendientes a la transformación socio-cultural, que se mezclaron con las ya tradicionales organizaciones políticas. En este sentido, podemos decir que, en los noventa, emergieron rasgos antagónicos en los movimientos sociales que iban a profundizar cada vez más el agotamiento de la hegemonía neoliberal. Entonces podríamos afirmar que los discursos y las políticas de la memoria tuvieron un rol central en la creación de una práctica de resistencia político-cultural. En un primer momento, muchos de estos discursos de la memoria estuvieron ligados a las intervenciones artísticas, constituyendo un "malestar en la cultura" generando una crítica a la idea de transparencia y de cosificación en torno a una idea de sociedad armónica y sin conflictos. A partir de allí resulta importante rastrear las relaciones entre los discursos de memoria, arte y política como manifestación de los conflictos sociales de ese entonces.

Así, podríamos afirmar como hipótesis que la puesta en escena de los relatos y prácticas de la memoria durante esa década generaron una re-territorialización del conflicto social en medio del desierto neoliberal, y

simultáneamente tendieron a producir nuevas redes sociales a través de una práctica que, en tanto cuestionadora del orden existente, se solventaba en una dimensión ético-política.

En paralelo a otras prácticas, como el movimiento social por los derechos humanos, el movimiento estudiantil, las asambleas barriales, las fábricas recuperadas, los grupos de intervención de arte callejero, entre tantos otros, que se constituyeron como interlocutores, en la sociedad, para pensar los problemas de nuestro tiempo, surgió así, a través de los discursos y las políticas de la memoria, una perspectiva de la reapropiación social de lo común. Así es que mediante los discursos de la memoria (medio organizador colectivo territorial, articulador entre organizaciones y modos de construcción social y político) se formularon preguntas que interpelaron al conjunto de la sociedad. Eso permitió que se crearan distintas formas de la auto-representación discursiva, la configuración de relatos propios, de canales alternativos de modos de expresión, que combinaran formas tradicionales y emergentes de la cultura popular a través de distintos discursos y géneros: literatura, teatro, baile, música, artes visuales, etc.; y que por otro lado se generase la producción de símbolos, la identificación y la memoria grupal a contrapelo de la cultura dominante.

La emergencia de los discursos de la memoria

Durante la década del setenta, en nuestro país, el genocidio fue producto de un proyecto político- económico cuya claridad ideológica y sistematicidad de prácticas de exterminio fueron innegables. Este proyecto se implementó a través de golpes y dictaduras militares que se sucedieron (como en otras regiones del mundo) en algunos países del Cono Sur de América Latina: Brasil, Uruguay, Chile y Argentina. Además, las elites económicas y militares de estos países colaboraron conjuntamente articulando dichas dictaduras en el llamado "Plan Cóndor"^{ix}.

De esta manera, podríamos pensar el concepto de genocidio, según Feierstein^x, *"como una práctica social que utiliza particulares tecnologías de poder para "reorganizar" las relaciones sociales hegemónicas mediante la construcción de una otredad negativa, el hostigamiento, el aislamiento sistemático, el aniquilamiento material y la realización simbólica"*.

En el caso de la Argentina, la dictadura sentó las bases para un cambio de época, para la implementación de un nuevo modelo económico y social, el neoliberalismo^{xi}, barriendo, por medio de la represión, con todo un proyecto de emancipación político-social gestado por las resistencias en las décadas anteriores. De forma similar, el final de la dictadura trajo aparejado el advenimiento y la consolidación de la democracia política, en su mayor parte obtenida por la movilización social que sostuvo en todo momento la vigencia de la denuncia y la lucha por los derechos humanos.

Una parte importante de los discursos y de las políticas de la memoria se fue constituyendo a lo largo de la resistencia del movimiento de los derechos humanos, el cual cobró relevancia en la movilización social de la década del ochenta. Los reclamos más sobresalientes fueron la denuncia por las violaciones a los derechos humanos durante la dictadura militar y la exigencia por la vuelta a la democracia política. Esa parte de los discursos de la memoria estuvo muy ligada a la idea de justicia para las víctimas del terrorismo de estado y castigo a los culpables. De esta manera, se constituyó sobre ese discurso una política de la memoria particular, con una definición de objetivos

específica. Sin embargo, las miradas no se agotan en esa política particular, sino que, por el contrario, hay otras políticas de la memoria que también poseen sus relatos, sus símbolos y sus reclamos.

Por lo tanto, podríamos preguntarnos: ¿Qué hacer con nuestra(s) memoria(s)? ¿Qué hacer con nuestro pasado que ilumina nuestro presente? En principio estaría planteada la tensión entre las distintas construcciones políticas a la hora de producir y realizar los discursos y las políticas de la memoria. En el momento de bucear en las distintas construcciones políticas, podemos encontrar memorias del terror, memorias de las víctimas, memorias que esperan de la justicia una reparación del daño que sufrieron y, entre estas, si es una reparación jurídica o de otro tipo. Memorias como industrias culturales, que en definitiva licúan sus propios contenidos y generan olvidos. Memorias colectivas, memorias individuales, estéticas de la memoria, memorias contrahegemónicas, memorias oficiales, memorias constituyentes o memorias instituidas, institucionales. Memorias de la propia comunidad o memorias del Estado.

Memorias, política e historia

Cuando hablamos de la historia, se nos (re)presenta en nuestro imaginario social la idea de que la historia es homogénea, única y oficial. De modo que es impensable, para ese imaginario, ver a la historia como un campo de luchas, de elecciones, de combates, en donde el sujeto intervenga y produzca su propio tiempo de existencia. Por este motivo, nos resultan pertinentes los aportes de Pilar Calveiro^{xii} acerca de que la memoria puede adquirir toda su potencialidad de ser un instrumento de resistencia, en tanto y en cuanto pueda establecer una presencia del pasado en el presente visibilizando las formas de dominación que se constituyeron en el ayer y continúan siendo hoy.

No obstante, es importante decir que no se trata de una guerra por la representación de la historia, sino de una batalla cuyo campo es la historia misma. A su vez, en esta disputa cobran relevancia los atributos de los discursos y las políticas de la memoria, que son capaces de trazar las asimetrías respecto del poder. Por eso, nos parece central ligar los conceptos de historia, memoria y política, ya que es a través de las memorias, entendidas como territorios, que se producen intervenciones (formas de práctica política) que las configuran como campos de batalla de las representaciones simbólicas de nuestros pasados en la historia. En este sentido, la historia es un relato institucional de un proyecto político; relaciones de poder instituidas, que convalidan el proyecto dominante hacia el pasado, pero también en el presente y hacia el futuro.

Llevar a cabo la desnaturalización del sentido común de la historia oficial nos revelaría la importancia de la concepción de una historia otra. Jameson^{xiii} nos propone pensar la existencia del inconsciente político de la historia oficial. Este implica otra temporalidad y otro sujeto, contrapuestos a la violencia basada en la idea del progreso^{xiv}, que anula nuestra historia y la posibilidad de intervención en ella para transformarla.

Uno de los obstáculos más destacados para una mirada crítica sobre la historia, al decir de Walter Benjamin, es como tratar los momentos invisibles que en ella se encuentran, que no se ven y no se narran, simplemente se los desconoce. De igual modo se desconoce la violencia que los anuló, que los hizo no visibles. El escritor, ligado a la Escuela de Frankfurt, plantea la necesidad de evidenciar el conflicto, la lucha por la historia, la pregunta acerca de la relación entre visibilidad y no visibilidad^{xv}.

La *concepción a contrapelo de la historia*, de Benjamin, nos invita a interpretar los discursos y las políticas de la memoria como si fueran una señal de alarma en la normalidad. En esta línea no se trata de reclamar por un pasado que ya quedó trunco, que es irrecuperable, sino de reclamar por la violencia que se ejerció e impidió la realización de ese pasado en el presente, y que permite la continuidad de la dominación en él. La violencia que se visibiliza instituye y cosifica una versión de la historia como oficial y reinante. Quisiéramos concluir este párrafo con una cita de las tesis de Walter Benjamin, texto tan hermoso y al mismo tiempo tan contundente.

"...Quien hasta el día actual se haya llevado la victoria, marcha en el cortejo triunfal en el que los dominadores de hoy pasan sobre los que también hoy yacen en la tierra. Como suele ser costumbre, en el cortejo triunfal llevan consigo el botín. Se le designa como bienes de cultura."... "Jamás se da un documento de cultura sin que lo sea, a la vez, de barbarie." (Tesis VII)^{xvi}

Hasta aquí mencionamos el vínculo entre memoria e historia; ahora bien, podríamos agregar que resulta indispensable hablar de la dimensión política que las atraviesa. Los discursos y las políticas de la memoria, como otras expresiones contestatarias de la década de los noventa, se pueden concebir, a través de su derrotero político, como políticas en movimiento. Acciones colectivas que derrumban los límites de la repetición mediante la in(ter)vencción. Creemos que estas experiencias políticas (o por lo menos gran parte de ellas) provocaron, en su tiempo, la ocasión para una apertura del presente, entendida ésta como una grieta en el tiempo, una brusca expansión del instante que significó un nuevo punto de vista, un ensanchamiento del horizonte político.

Estas prácticas políticas nacieron al calor de una nueva idea de temporalidad, que involucra un encuentro entre el pasado trunco y el presente. Este pasado que aparece en el presente como un relampagueo fugaz, un instante de peligro y es tarea de nuestro tiempo dar cuenta de este síntoma, devolviéndole las voces a este doble silencio. En primer lugar, darle voz a ese vacío, "el grito" y en segundo lugar, levantar el silencio violento que pesa sobre esas voces o gritos olvidados y anulados. Por eso, podemos ver en esos discursos de la memoria una forma de pensar al tiempo, ya no en su linealidad, sino dando a conocer que toda historia de los vencedores se sostiene sobre las voces silenciadas, por la violencia y el terror que actuó sobre ellas, de aquellos que construyeron ese pasado que no fue. En ese sentido, esos discursos pueden ser una herramienta política que ayude al conjunto de la sociedad en la tarea de escuchar aquellas voces y lograr su redención.

Al respecto, sería bueno recordar otra cita de Walter Benjamin, de su texto "Tesis de la Filosofía de la Historia"

*"Hay un cuadro de Klee que se llama *Angelus Novus*. En él se representa a un ángel que parece como si estuviese a punto de alejarse de algo que le tiene pasmado. Sus ojos están desmesuradamente abiertos, la boca abierta y extendidas sus alas. Y este deberá ser el aspecto del ángel de la historia. Ha vuelto el rostro hacia el pasado. Donde a nosotros se nos manifiesta una cadena de datos, él ve una catástrofe única que amontona incansablemente ruina sobre ruina, arrojándolas a sus pies. Bien quisiera él detenerse, despertar a los muertos y recomponer lo despedazado. Pero desde el paraíso sopla un huracán que se ha enredado en sus alas y que es tan fuerte que el ángel ya no puede cerrarlas. Este huracán le empuja irreteniblemente hacia el futuro, al cual da la*

espalda, mientras que los montones de ruinas crecen ante él hasta el cielo. Ese huracán es lo que nosotros llamamos progreso.” (Tesis IX)^{xvii}

Los relatos de la historia nunca son inocentes, por eso escuchar lo que tienen para decirnos es primordial para comprender lo que aconteció. Discutir esas diversas narrativas implica actuar políticamente y, de alguna manera, disputar el poder. De ello que resulte imprescindible el pasaje del lugar de víctima hacia una imagen del hombre que se pone de pie, que permite un mundo nuevo de posibilidades, que antes se encontraban clausuradas.

ⁱ Agrupación fundada por hijos de desaparecidos, detenidos-desaparecidos y fusilados en la última dictadura militar Argentina. La sigla H.I.J.O.S. significa Hijos por la Identidad y la Justicia contra el Olvido y el Silencio.

ⁱⁱ ZUKERFELD, F. (2008): “Continuidad de la línea en el trazo: de la Silueta a la Mancha” en *El Siluetazo*, Comp. Longoni, A. y Bruzzone G. Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2008, 435-452.

ⁱⁱⁱ Esta práctica apela a la construcción de una justicia participativa y colectiva, una condena moral que implica un compromiso y un control ciudadano cotidiano. Una denuncia y a su vez, una respuesta social a la continuidad de la impunidad en la violación de los derechos humanos de ayer y hoy.

^{iv} Ver GARGARELLA, R. (2005): *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2005.

^v MATE, R. (2006): *Contra lo políticamente correcto. Política, memoria y justicia*. Buenos Aires, Altamira, 2006.

^{vi} SVAMPA, M. (2009): “Comun/idad”, en *Muerde*, Buenos Aires, Ediciones La tribu, 2009, 89-91.

^{vii} BORON, A. (1997): “Réquiem para el neoliberalismo”, en *Revista Periferias* N° 3, Buenos Aires, 1997, 101-122.

^{viii} Entendido éste en el sentido común como un consenso inevitable, naturalizado, como forma monopólica hegemónica de la política.

^{ix} Nombre con el que se designó, en la década del setenta, a un plan de inteligencia y coordinación entre los servicios de seguridad de los regímenes militares del Cono Sur. El mismo se constituiría en una organización clandestina internacional para la práctica del terrorismo de Estado con la cooperación de los Estados Unidos.

^x FEIERSTEIN, D. (2007): *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura económica, 2007, p.121.

^{xi} Al tener en cuenta las reformas políticas económicas que traería el neoliberalismo como modelo, no podemos dejar de mencionar las transformaciones que ocasionó en la estructura social del país. Se reestructuraron las relaciones entre Estado y mercado, modificando el mundo del trabajo y por consiguiente su tradicional vínculo con el proceso de movilización social.

^{xii} CALVEIRO, P. (2008): “La memoria como futuro”, en *Actual Marx /Intervenciones* N° 6, Chile, Ediciones LOM, 2008, 59-74.

^{xiii} JAMESON, F. (1989): “Sobre la interpretación”, en *Documentos de cultura, documentos de barbarie*, Madrid, Visor, 1989.

^{xiv} Refiere a la idea de una temporalidad lineal, homogénea y vacía.

^{xv} El autor refiere a una historia tartamuda, en donde hay que construir la historia entre lo que se dice y lo que se calla, entre las palabras y los silencios. Pensar en una relación de necesidad entre sus monumentos y sus ruinas. Sobre esto podemos enfatizar la importancia de las fuentes orales como parte de la construcción de una historia a contrapelo.

^{xvi} BENJAMIN, W. (1940): *Sobre el concepto de historia. Tesis y fragmentos*, Buenos Aires, Editorial Piedras de Papel, 2007, p. 28.

^{xvii} *Ibíd* 14, p. 29.

EL DERECHO DE PROPIEDAD COLECTIVA DE LAS TIERRAS INDÍGENAS EN VENEZUELA: ALCANCE, REALIDAD Y EXPECTATIVAS.

Por Ninoska Laya Pereira

RESUMEN

Desde una perspectiva de derechos humanos se analiza el panorama de la cuestión territorial indígena en Venezuela, a partir del reconocimiento del derecho de propiedad colectiva de las tierras indígenas en la Constitución sancionada en diciembre de 1999 y de la declaración del Estado venezolano como multicultural y pluriétnico. En primer lugar se establecen los antecedentes de este derecho en la legislación venezolana, los conceptos básicos y específicos que lo constituyen como un derecho humano fundamental, base para la existencia de los pueblos originarios dentro del Estado Nación, y finalmente la necesidad de la real implementación del mismo más allá del discurso político, principalmente la importancia del otorgamiento de los títulos de propiedad colectiva de acuerdo a los parámetros legítimos establecidos en el postulado constitucional y en la normativa que lo desarrolla, como condición indispensable de su garantía y justiciabilidad.

PALABRAS CLAVE

Propiedad colectiva, tierras indígenas, Venezuela.

THE RIGHT OF COLLECTIVE PROPERTY OF INDIGENOUS LANDS IN VENEZUELA: SCOPE, REALITY AND EXPECTATIONS.

By Ninoska Laya Pereira

ABSTRACT

In Venezuela, territorial indigenous issues are analyzed from a human rights point of view. Starting from the fact that collective property rights have been recognized by the 1999 Constitution and the State Declarations confirming their multicultural and pluriethnic nature. First, this article will review previous works analyzing this right in the Venezuelan legislation. The second part will investigate basic and specific concepts in which this right has been established as fundamental human right and as a base for the existence of original people within a state-nation. Finally, we shall look at the need for the real implementation of the same right going beyond mere political rhetoric. The importance of granting community land titles according to legal parameters is a constitutional postulate according to which rules a need to be essentially fair.

KEY WORDS

Collective property, indigenous lands, Venezuela.

EL DERECHO DE PROPIEDAD COLECTIVA DE LAS TIERRAS INDÍGENAS EN VENEZUELA: ALCANCE, REALIDAD Y EXPECTATIVAS.

Por Ninoska Laya Pereira[□]

Introducción

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sancionada en diciembre de 1999, se inscribe en la nueva tradición del constitucionalismo latinoamericano, albergando amplios catálogos de derechos humanos y más específicamente de los derechos de pueblos indígenas. La semejanza en estos ordenamientos jurídicos nace en parte de los reclamos similares que han hecho en estos Estados los movimientos indígenas organizados, representando a su vez significativos avances en la transformación del derecho internacional de los pueblos indígenas, ya que finalmente la situación que históricamente han vivido estos pueblos tiene aristas comunes en todo el continente americano. Según Postero y Zamoc (2005): *"El ascenso de los movimientos indígenas implica cambios visibles en países donde los gobiernos se han visto forzados a considerar un nuevo abanico de nuevas reivindicaciones relacionadas con temas como la territorialidad, la autonomía y la diversidad cultural"*.

Al menos discursivamente, el proceso bolivariano que tiene como aval jurídico primordial la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, partió de ciertas premisas, tales como la participación democrática y directa de los sectores populares y excluidos, el control democrático sobre la creación y distribución de las riquezas económicas, y el control gubernamental y subordinación de las fuerzas del mercado, además de colocar a los derechos económicos, sociales, culturales y de los pueblos indígenas con los civiles y políticos en situación de igualdad, en cuanto a mecanismos de garantía y protección, venciendo las barreras de las teorías de las generaciones de derechos, pero principalmente lo que es más latente en el proceso venezolano es la visibilización de los sectores marginados, de las minorías, revalorizando a las culturas criollas, negras e indígenas como elementos definitorios de la nación venezolana (KUPPE, 2005).

El contexto político en Venezuela así contemplado, se corresponde con el reconocimiento específico de los derechos de los pueblos indígenas. Lo que se pretende entonces con este trabajo es realizar un esbozo por el camino que han transitado los pueblos indígenas venezolanos en la historia constitucional republicana, en cuanto al reconocimiento y disfrute del derecho a la propiedad colectiva de sus territorios, y así dejar sentadas las bases para mirar con una perspectiva más ajustada a la realidad en la que se encuentra actualmente la cuestión territorial indígena venezolana.

[□] Abogada. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid. Estudiante de Maestría en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Trabajó durante algunos años en temas

Antecedentes republicanos a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Resulta importante, a fin de ilustrar el lugar en donde se encuentra la cuestión indígena venezolana, partir de las referencias de la primera República que nace con la Constitución de 1811, en donde se establecen los elementos para proclamar la existencia de un estado: un territorio, una población y un orden jurídico regido por una autoridad.

Pero numerosos antecedentes que datan de la época de la colonia determinaban que ya existían en Venezuela distintas naciones indias cada una con sus lenguas, patrimonio cultural, formas de vida y organizaciones económicas basadas en la propiedad colectiva de tierras y bienes.¹ De esa época datan la figura de los Resguardos, creados por una Ley dictada por la Corona el 19 de febrero de 1560. La forma de organización y gobiernos de estos Resguardos fue establecida en la Ley del 10 de octubre de 1618, en donde el indígena continuaba con su tradicional relación con la tierra, sus mismas formas de producción, y en general con sus formas tradicionales de vida, lo que proporcionó mano de obra ventajosa y de inmediato acceso para los colonizadores, así como facilitó el censo y el pago de impuestos. Según lo sostenido por algunos autores, esta no era más que una manera de controlar desde todo punto de vista a los pueblos indígenas y facilitar su evangelización (COLMENARES, 2001).

El concepto criollo de la nueva sociedad se reveló en la Constitución Federal de Venezuela de 1811, fuertemente influida por la de los Estados Unidos, escrupulosamente federal, con un poder ejecutivo débil y jerárquico en sus valores sociales (LYNCH, 1989). Esta Constitución establecía como bases la libertad, igualdad, propiedad y seguridad, aunque los derechos del voto y de la ciudadanía estaban limitados a los propietarios. Aún así se rescata que fue la primera Carta Magna de América Latina en reconocer la ciudadanía a los pobladores originarios del continente, disponiendo el reparto en propiedad de las tierras que les estaban concedidas y que poseían, según lo establece el artículo 200 del mencionado texto constitucional.

Durante la vigencia de la Constitución de 1830, luego de la separación de la Gran Colombia, se promulga la Ley que ordena el Repartimiento de los Resguardos Indígenas, en las que se faculta a los indígenas a proceder a la división de sus resguardos como propietarios absolutos de ellos. Luego de la Guerra Federal entre conservadores y liberales, se sanciona la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864, en la que se hace una referencia indirecta a los territorios indios, regulándolos como territorios que se encontraban en situación especial al dominio del Ejecutivo de la Unión.¹ En 1884 fue promulgada una Ley sobre Reducción, Civilización y Resguardo de los Indígenas, que reconocía los antiguos territorios indígenas con base documental, dando la oportunidad de suplir esta en caso de ausencia, de acuerdo a la legislación vigente, y reconoce como indígenas a los descendientes legítimos o naturales en línea recta o colateral de los aborígenes de esta parte de América. (COLMENARES, 2001)

Pero no fue hasta el 8 de abril de 1904, cuando la legislación venezolana extinguió definitivamente la validez de estos títulos al promulgar la Ley sobre Extinción de los Resguardos Indígenas, imponiendo la obligación de presentar el título de la Corona de constitución del Resguardo, para ser protocolizado en la Oficina Subalterna de Registro del Distrito respectivo; en su defecto se podía registrar un título supletorio, en caso de que no fuera posible la presentación de alguno de estos documentos, las tierras pasarían a formar parte del dominio de la Nación. Los efectos fueron devastadores al ser promulgada la Ley sobre Tierras Baldías y Ejidos, del 27 de junio de 1910, que impuso que las tierras indígenas pasaban a ser ejidos de los Municipios, en donde se establecieron requisitos para

relativos a la defensa, promoción, educación y capacitación en derechos humanos de pueblos indígenas en la Amazonía Venezolana.

1 Artículo 43, numeral 22.

reconocer títulos individuales, los cuales fueron casi imposibles de cumplir por parte de estos pueblos; en 1915 por reforma de esta ley se declaran inalienables e imprescriptibles estos ejidos, pudiendo ser afectados solo a efectos de la Ley de Reforma Agraria.

En la Constitución Nacional de 1947, se regula la situación jurídica de las poblaciones indígenas a través del principio de su incorporación a la vida de la nación, pero tomando en cuenta por primera vez las características culturales y las condiciones económicas de la población india, ordenando en su artículo 72 que se dicte la legislación especial sobre la materia, aunque perduró en ella el carácter integracionista, al pretender incorporar al indio a la vida nacional.

Y finalmente el antecedente más inmediato y nefasto para la vida de los pueblos originarios dentro de la historia republicana lo constituyó la Constitución de 1961, que incorpora al indígena dentro de la población campesina como un grupo de ciudadanos que merecen una protección especial, procurando su incorporación a la vida nacional, sin tomar en cuenta su especificidad cultural y económica. Dicha situación se regula solo a través del artículo 77, norma programática que establece un régimen excepción de la siguiente manera:

"El Estado propenderá a mejorar las condiciones de vida de la población campesina. La ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades de indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la nación"

Según Luis Bello (1999): *"partiendo de lo establecido en Constituciones anteriores, como la Constitución de 1811, que consagraba de forma expresa el derecho de propiedad sobre las tierras ocupadas por los indígenas, o la Constitución de 1947, que reconoce su especificidad cultural y económica, es evidente que la Constitución de 1961 constituye un retroceso constitucional, en relación al contenido y al reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas venezolanos."*

Cabe resaltar que a pesar de la precaria protección constitucional, este artículo fue interpretado en varias oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la República, a fin de otorgar protección sobre derechos colectivos de los pueblos indígenas.ⁱⁱ Un hito jurisprudencial importante, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, lo constituye la sentencia del 5 de diciembre de 1996, que cataloga de inconstitucional e ilegal a la Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas, aprobada sin tomar en cuenta la participación de los pueblos indígenas, que conforman el 50 por ciento de la población de ese estadoⁱⁱⁱ. La declaratoria de nulidad parcial de la mencionada ley constituye el primer precedente de declaración de derechos constitucionales de los pueblos indígenas, particularmente su derecho a la participación política y a ser consultados sobre las decisiones que los afecten, indicando la prelación del artículo 77 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, por su naturaleza protectora de derechos humanos, sobre otras normas constitucionales orgánicas como el artículo 229, de índole presupuestaria referida al situado de los municipios (BELLO, 1999).

Por último, en el marco de la vigencia de la Constitución de 1961, el 28 de junio de 1989 la comunidad Kariña de Aguasay del estado Monagas, intentó una acción conjunta de nulidad por inconstitucionalidad y amparo constitucional, en contra de la Ordenanza de Delimitación de Ejidos del Municipio Autónomo Maturín del Estado Monagas, que negaba la existencia de la comunidad indígena, y el título de propiedad del que gozaban, de conformidad con la Ley de Resguardos Indígenas del año 1904. El 6 de octubre de 1998, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia declara con lugar el recurso de inconstitucionalidad y dictamina la nulidad de la Ordenanza. En dicha sentencia la Corte hace un análisis detallado sobre la existencia de la comunidad, sus derechos históricos y ancestrales sobre las tierras.^{iv}

Derechos originarios de propiedad colectiva sobre el hábitat y las tierras de los pueblos y comunidades indígenas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Los derechos de los pueblos indígenas en la Venezuela están contemplados en el Capítulo VIII, Título III Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conformado por 8 artículos que garantizan y consagran su existencia como pueblos y comunidades, su organización social y económica, cultura, usos y costumbres, así como sus idiomas y religiones. Dentro de este capítulo el derecho a la propiedad colectiva se establece en el artículo 119 en los siguientes términos:

“El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley”

El artículo 119 además de reconocer la existencia de los pueblos indígenas y la autonomía de sus organizaciones políticas, sociales y económicas, contempla el reconocimiento a los hábitats y derechos originarios sobre las tierras que ancestralmente ocupan. Esta norma se encuentra íntimamente relacionado con el artículo 181, que habla de la excepción de las tierras de las comunidades y pueblos indígenas como ejidos, así como también con el artículo 327, de la protección de los hábitats de los pueblos indígenas en la frontera y con la Disposición Transitoria Décimo Segunda, que ordena la demarcación de las tierras indígenas en el lapso de dos años luego de promulgada la Carta Magna, entre otros.

Diversos sectores de de la Asamblea Constituyente de 1999, manifiestamente contrarios a las demandas indígenas, catalogan estos derechos como discriminatorios, basando sus argumentos en que porcentualmente los miembros de estos pueblos no superan el 1,5 % de la población venezolana. Así mismo partiendo de que el territorio es un elemento esencial del estado, y por el concepto de autonomía presente en el reconocimiento de espacios indígenas, sostienen el riesgo que pueda traer para la integridad territorial en un futuro, por una posible aspiración de constituir un Estado dentro de otro Estado (BREWER, 2004).

En el fondo la resistencia a reconocer que la autodeterminación implica derechos para literalmente todos los pueblos, se basa en el equívoco que la autodeterminación equivale al derecho a la formación de un estado independiente. Según Anaya (2006, 151), *“mientras que los elementos sustantivos de la autodeterminación se predicen genéricamente de todos los sectores de la humanidad, es decir de todos los pueblos, la autodeterminación se refiere en su sentido restringido a sus aspectos reparativos. Las prescripciones y los mecanismos reparativos desarrollados por la comunidad internacional benefician necesariamente sólo a aquellos grupos que han sufrido violaciones de su derecho sustantivo a la autodeterminación. Los pueblos indígenas forman parte de esta categoría reducida de beneficiarios de la autodeterminación que incluye grupos con derecho a medidas de reparación, pero el régimen de reparación que se está desarrollando en el contexto de los pueblos indígenas no fomenta la formación de nuevos estados.”* La realidad es que los pueblos indígenas siempre han buscado autonomía, pero dentro de los estados, *“una esfera separada e intocable en donde en la cual puedan desarrollar sus culturas sin interferencias”* (LEE VAN COTT, 2001, 13).

En este sentido aún cuando en la propuesta de la Comisión Nacional de Pueblos Indígenas de la Asamblea Constituyente se empleó el concepto de derechos originarios y propiedad colectiva sobre los *territorios* indígenas, en el texto definitivo aprobado en diciembre de 2000 este término fue sustituido por las expresiones hábitat y tierras, sustitución que fue parte de las negociaciones para lograr el acuerdo y la aprobación del artículo.

Luis Bello (2005) considera que más allá de las diferencias conceptuales y de las implicaciones de cada término, para los pueblos indígenas el hábitat y las tierras forman parte de una misma unidad territorial, en donde se realiza la totalidad de la vida física, cultural, social, económica, espiritual religiosa y política de los pueblos indígenas. Así mismo que la Constitución inspirada en el artículo 13 del Convenio 169^v, no hace diferencias de significados entre un término y otro, y que para los pueblos indígenas el hábitat (territorio) y las tierras son una misma cosa, y forman parte de una misma unidad territorial, más allá de las diferencias terminológicas, jurídicas o de extensión territorial. Contrariamente Ricardo Colmenares (2001) sostiene que la eliminación del término territorio fue un error, dado que hábitat es un término netamente ecológico, referido al entorno o medio ambiente en el que se desarrollan los seres vivos, mientras que para los indígenas el concepto sociológico de territorio está más apegado al sentido de pertenencia, esencial para su supervivencia, el escenario para las relaciones entre los miembros de un mismo grupo, que los unifica histórica y geográficamente.

Naturaleza jurídica del derecho de propiedad colectiva de las tierras indígenas.

La propiedad, como figura jurídica del derecho civil, definida en el artículo 545 del Código Civil Venezolano vigente, es la capacidad de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva con las restricciones y obligaciones establecidas por la Ley.

Se hace preciso distinguir esta situación jurídica del derecho de los pueblos indígenas, en el sentido de que la Constitución reconoce la propiedad colectiva de las tierras indígenas como una propiedad específica, con características propias: originaria, porque el estado reconoce que les corresponde con anterioridad a la formación de los estados nacionales, y a la aprobación de las normas o actos constituyentes que las reconocen, más no los otorgan; colectiva, ya que pertenece a los pueblos indígenas como sujetos colectivos; indivisa, dado que el territorio indígena pertenece a todos los integrantes de cada pueblo o comunidad, y se reconoce en un mismo título; y con limitaciones a la libre disposición, al consagrarse como inalienable, imprescriptible, inembargable e intransferible, limitaciones que tienen como objetivo la protección de este derecho, como indispensable para garantizar la supervivencia y el futuro de los pueblos indígenas como sujetos colectivos (BELLO, 2005) .

Así mismo los conceptos correspondientes a la propiedad en el ámbito de derecho civil como la posesión, la ocupación y el usufructo debe ser distinguidas en lo que respecta a la propiedad especial indígena, dado que esta última no implica una simple posesión, en el sentido de la simple tenencia de una cosa² si no una verdadera propiedad, adquirida mediante la ocupación originaria, ancestral y tradicional, diferenciándose de la ocupación en el ámbito civil, que se considera como la manera de adquirir la propiedad derivada de la inmediatez material de la cosa³. El derecho de propiedad indígena entonces se deriva de la ocupación originaria, que es un derecho en sí, y que implica además el uso de las tierras y hábitats. Bello (2005: 119) finalmente resalta que: “*la propiedad colectiva de las*

2 Artículo 771 Código Civil Venezolano.

3 Artículo 797 Código Civil Venezolano.

tierras y hábitats indígenas en Venezuela es un verdadero derecho constitucional que puede ser objeto de aplicación directa e inmediata por todos los órganos de poder público y de protección por vía jurisdiccional^{4vi}.

Demarcación territorial de las tierras y hábitats de los pueblos indígenas.

El artículo 119 establece una obligación constitucional para el Estado venezolano, en el sentido de que corresponde al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas. A fin de llevar a cabo el proceso de demarcación, el 12 de enero de 2001 se publica la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras Indígenas, siendo sustituida por la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, que entró en vigencia el 27 de diciembre de 2005 y desarrolla la normativa constitucional ampliamente, según lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda de la Carta Magna. Los movimientos indígenas reivindican además que la demarcación y titulación de las tierras indígenas es un derecho constitucional fundamental y directamente exigible al Estado, dado que la protección del derecho a la tierra y hábitats no es posible sin la demarcación y titulación de los mismos.⁴

Este procedimiento se lleva a cabo de manera conjunta entre los pueblos indígenas y el Ejecutivo Nacional, a través de la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas, coordinada por el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente y de los Recursos Naturales y conformada por miembros de ocho ministerios con competencia en la materia y por ocho representantes indígenas de los estados Amazonas, Anzoátegui, Apure, Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Sucre y Zulia. Posteriormente se conformaron las Comisiones Regionales que tendrán la tarea de diseñar, coordinar y llevar a cabo la demarcación de tierras en sus regiones, conjuntamente con los pueblos y comunidades. El fin último de la demarcación es la expedición de títulos de propiedad colectiva, en los términos establecidos constitucionalmente, que serán inalienables, inembargables e intransferibles, como garantía de los derechos originarios sobre las tierras.

La realidad es que actualmente el proceso de demarcación territorial en Venezuela no ha cumplido con los mandatos constitucionales y legales establecidos. En Informe de la Comisión Nacional de Demarcación del mes de mayo de 2008, se habían culminado la demarcación de 38 comunidades indígenas de los pueblos pumé, jivi, warao, barí y kariña, y se han otorgado la titularidad a 32 pueblos y comunidades, faltando la titulación de las 5 comunidades barí. A la fecha existían 67 solicitudes de demarcación, indicando que 59 de ellas no cumplen con los requisitos exigidos, y en las 8 restantes se han iniciado los correspondientes expedientes. Así mismo declaran la existencia de 23 casos de conflictos territoriales, en los estados Amazonas, Anzoátegui, Apure, Bolívar, Delta Amacuro, Monagas y Zulia, sin detallar su naturaleza.

Según el Informe Anual del Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos PROVEA 2007-2008 la cifra de títulos otorgados corresponde solo al 1,6 por ciento de la totalidad de las comunidades indígenas existentes. Las comunidades beneficiadas corresponden a los pueblos pumé, jivi, kariña y warao,

4 Conclusiones de las Jornadas de Demarcación y Titulación de Tierras Indígenas. Balance y Perspectivas. Puerto Ayacucho, agosto de 2007. Mimeografiado.

5 Informe de la Comisión Nacional de Demarcación de Tierras y Hábitats de Tierras Indígenas, Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, Caracas, mayo de 2008. Mimeografiado.

establecidos en los estados Apure, Anzoátegui, Monagas, Sucre y Delta Amacuro. Como un fracaso además se dibuja el proceso de demarcación de tierras del pueblo barí, llevado a cabo por la Comisión Regional del Estado Zulia, al otorgarles títulos de propiedad en espacios muy reducidos y que no corresponden a los territorios reivindicados por este pueblo en el proceso de auto demarcación.

El pueblo yukpa a su vez impugnó la demarcación de los hábitats y tierras de su propiedad mediante un recurso por abstención o carencia contra la Ministra del Ambiente y de los Recursos Naturales y la Procuradora General de la República ante el Tribunal Supremo de Justicia en fecha 6 de junio de 2002, solicitando a su vez que se declarara mediante medida cautelar la condición de posesión actual sobre las áreas ocupadas por el pueblo Yukpa como elementos materiales válidos y suficientes para decidir la demarcación mientras durara el proceso, a fin de mantener la paz y armonía dentro de dicha colectividad. Fundamentaron la solicitud de medida cautelar en las constantes perturbaciones de que son objeto por parte de los hacendados que ocupan el territorio yukpa, documentada en denuncias presentada ante organismos competentes y notas de los diarios de circulación nacional y regional, además de poseer títulos agrarios emanados del Instituto Agrario Nacional sobre las tierras de uso colectivo. La solicitud de medida cautelar fue declarada sin lugar en sentencia del 29 de mayo de 2003.

Al respecto Hortensia Caballero (2007), al estudiar ampliamente este proceso, plantea un interrogante totalmente pertinente en el sentido de cuestionar la ineficacia del Estado venezolano en el proceso de demarcación. La contradicción se evidencia al contraponer la existencia la legislación reconoce plenamente los derechos indígenas y las condiciones políticas idóneas para que los indígenas participen en la demarcación de sus tierras, frente al panorama poco alentador del proceso, ubicando la problemática de la demarcación de tierras en distintas paradojas legales y conceptuales, como la evidenciada en el hecho de que se reconocen los derechos originarios de los indígenas sobre sus tierras, pero el subsuelo siempre le pertenecerá al Estado. También se establece que la demarcación debe realizarse conjuntamente entre el Ejecutivo nacional y los pueblos indígenas, pero en realidad muchos de los títulos que han sido otorgados surgieron de demarcaciones rápidas y poco consultadas con las comunidades indígenas. Resalta la situación de los pueblos o comunidades habitantes de los estados fronterizos de Amazonas, Bolívar y Zulia, los cuales tienen la mayor población indígena y son considerados tradicionalmente como regiones indígenas, y hasta ahora no ha sido merecedor de títulos de tierras.

Otra paradoja en las que se sustenta el cuestionamiento a la demarcación de tierras indígenas en Venezuela, es la situación del otorgamiento de títulos de propiedad colectiva a pueblos y comunidades indígenas. Aún cuando se contempla el otorgamiento para ambos, hasta ahora los títulos que se han entregado han sido sólo a comunidades indígenas, ninguno ha sido otorgado a un pueblo indígena. Esto pareciera indicar que el Estado no está en disposición de entregar grandes extensiones de tierra colectiva a grupos minoritarios, y que a pesar de la correspondencia directa contemplada en las leyes, entre la definición de pueblo indígena y grandes extensiones de tierras, esta entrega no resulta viable para el Estado venezolano (CABALLERO, 2007).

Existe igualmente gran controversia igualmente en lo referente a los términos utilizados en los títulos de propiedad. Al respecto las comunidades indígenas del Estado Amazonas se pronunciaron en agosto de 2007, al señalar que los títulos entregados a la fecha no reflejan las verdaderas aspiraciones de los indígenas, dado que el texto pareciera más bien un documento declarativo, acordando solicitar a la Procuraduría General de la República que no

entregue más títulos con esas características, proponiendo que se elabore un título que verdaderamente transcriba los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.⁶

Panorama actual, diez años después del nacimiento de la República Bolivariana.

Contrariamente a lo que se esperaba con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a casi diez años de su entrada en vigencia, las expectativas llevadas a la Asamblea por los movimientos indígenas organizados siguen a la espera de su realización. La situación de inseguridad territorial de los pueblos indígenas ha permitido, sin duda, que se agudicen los conflictos territoriales existentes, resaltando la situación de los pueblos barí, yukpa y wayuu, ubicados en la sierra del Perijá del estado Zulia, en donde se contraponen los derechos de originarios de los pueblos indígenas con los intereses de ganaderos de la zona y las explotaciones mineras. Estos pueblos históricamente han venido sufriendo hostigamientos por parte de los terratenientes, con el propósito de despojarlos de las tierras recuperadas, tal como lo refleja el caso de ataques de grupos armados a la comunidad yukpa de Chaktapa, ocurridos en los meses de abril y mayo de 2008, que resultaron en la muerte del padre del líder indígena Sabino Romero, el anciano José Manuel Romero, de 109 años de edad.⁷

Así mismo el pueblo barí reivindica tierras de la Sierra de Perijá que el Estado quiere destinar a la explotación de carbón o mantener en manos de ganaderos. La zona que marca parte de la frontera norte entre los dos países, contiene depósitos de carbón, de los que se explotan 48 millones de toneladas anuales. Carbozulia, empresa del Estado venezolano, en asociación con la brasileña Vale do Rio Doce y la estadounidense Peabody Energy, proyecta ampliar la producción de la sierra en otros 10 millones de toneladas anuales y construir dos puertos, uno en el Lago de Maracaibo y otro en el golfo de Venezuela, para la exportación del mineral, proyectos que se enmarcan en el programa Integración de Infraestructura Regional Sudamericana apoyado por el gobierno venezolano. Los barí, insisten en que se reconozca como su territorio el auto demarcado, se rescindan las concesiones carboníferas que alcanzarían 90.000 hectáreas de la totalidad de las que reivindican y que se compren las mejoras de los ganaderos sobre las haciendas que los indígenas usan para prácticas de caza y actividades propias.⁸ Estos espacios saneados de terceros serán los verdaderos territorios que aspiran los pueblos indígenas Barí y Yukpa.⁹

La experiencia venezolana con respecto al proceso de demarcación de los territorios indígenas a la luz de las nuevas constituciones y en base al nuevo ordenamiento jurídico internacional pareciera no ser un hecho aislado. Roque Roldan (2005) indica que el crecimiento de los sistemas de producción capitalista, inmersos en el fenómeno de la globalización empuja a los Estados de esta región a adoptar macro proyectos que afectan sus territorios, con el fin de explotar recursos naturales, por sí mismo o mediante concesiones de sus derechos a compañías transnacionales más poderosas que los Estados. Aparte de los casos emblemáticos señalados, las tierras de los pueblos indígenas del estado Bolívar y Amazonas están siendo amenazados constantemente por proyectos de gran envergadura, como la creación de un Territorio Federal con fines de desarrollo en tierras habitadas por comunidades yanomamis y yekuanas del municipio Alto Orinoco, proyecto anunciado en el marco de la reforma constitucional, que en el caso de implementarse afectaría territorios con ecosistemas muy frágiles y de abundante biodiversidad; así

6 Conclusiones de las Jornadas de Demarcación y Titulación de Tierras Indígenas. Balance y Perspectivas. Puerto Ayacucho 17 de agosto de 2007. Mimeografiado.

7 Informe Anual del Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos PROVEA 2006-2007 en http://www.derechos.org/ve/publicaciones/inanual/2006_07/pdf/06puebloINDIOS.pdf

8 En <http://www.biodiversidadla.org/content/view/full/27227>

mismo el pueblo pemón viene denunciando el otorgamiento sin consulta de concesiones mineras en su territorio y la actuación de la minería ilegal.

Un caso emblemático, claramente ilustrativo de esta situación, es la decisión al recurso de amparo contra la República Bolivariana de Venezuela y la empresa de Electrificación del Caroní, C.A. ejercido el 19 de mayo de 2000 ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por representantes del pueblo pemón, denunciando la violación de los artículos 119, 120, 121, 123 y 129 constitucionales, por la construcción del denominado tendido eléctrico a Brasil y los efectos que producía en las comunidades indígenas. La acción fue admitida, en lo concerniente al interés colectivo de los accionantes en la tutela de los derechos ambientales, pero sin considerar la violación de los derechos de los pueblos indígenas. En esta sentencia se puede observar como privaron los intereses de la empresa eléctrica sobre los derechos indígenas establecidos a nivel constitucional. Esta posición se puede concluir de los fundamentos de la decisión, en la cual se resaltan las divergencias de opinión entre las diversas comunidades del pueblo pemón para alegar la falta de representatividad de los recurrentes de la acción, y no reconocer los derechos indígenas específicos, cuando podría haberse priorizado, a fin de determinar la admisión de la totalidad de la acción de amparo, los perjuicios que a todas luces trae un proyecto desarrollista de esta envergadura en la vida comunitaria de los pobladores originarios, reconociendo la legítima posición de los recurrentes que representaban bajo esta óptica los intereses de los pemones.

Otra situación que amenaza con resquebrajar la frágil situación de los pueblos indígenas venezolanos, es la reforma a la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. Dicho proyecto, impulsado desde el Ministerio del Poder popular para los Pueblos Indígenas, ha sido rechazado por diversos movimientos indígenas por considerar que *“ los proyectos de reforma adelantados por el Ministerio del Poder Popular para los Pueblos Indígenas y por el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente y Recursos Naturales se observan criterios clara y abiertamente violatorios de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente, a sus formas originarias de organización social y política, a sus tierras, hábitat, aprovechamiento de recursos naturales, creación de ABRAE en hábitat indígenas entre otros. Que dicha reforma ha sido adelantada sin la debida y legítima participación y consulta a los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas, vulnerando el derecho a la consulta previa e informada previsto expresamente en el art. 11 de la LOPCI^{xxii}.*

A modo de conclusión

Como se pudo observar a lo largo de estas páginas, en Venezuela existe un marco jurídico e institucional amplísimo, constituido por el reconocimiento de los derechos de estos pueblos y las correspondientes garantías judiciales e instituciones públicas facultadas para protegerlos. La República Bolivariana, sin duda, significó un avance; sin embargo la falta de otorgamiento de títulos adecuados a las exigencias constitucionales, como garantía del derecho de propiedad colectiva y la persistencia de los conflictos que tradicionalmente han acechado la subsistencia de los pueblos indígenas, solo refuerza la idea de que el proceso de cambio necesario para afrontar estos retos ha sido insuficiente hasta ahora.

La realidad es que los problemas y retos que los pueblos indígenas enfrentan, a nivel mundial, son producto de largos procesos históricos y de causas estructurales, y parece claro que no se resuelven solamente con la adopción de una ley, la creación de una institución pública o la judicialización de los procesos de reclamos y luchas sociales. Se hace necesario un enfoque multidimensional, de voluntad política y de activa participación de los propios pueblos

indígenas con base en el respeto a la diferencia y con sensibilidad intercultural, que se concrete en una acción real de transformación al interior de los estados y las sociedades multiétnicas, pluriculturales y plurinacionales.

Bibliografía.

Libros:

- ANAYA J. (2004) *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005.
- BELLO L. (1999) *Derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*, Copenhague, IWGIA, 1999.
- BELLO L. (2005) *Los derechos de los pueblos indígenas en el nuevo Ordenamiento jurídico venezolano*, Copenhague, IWGIA, 2005.
- BREWER A. (2004) *La Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2004.
- COLMENARES R. (2001) *Los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1999*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001.
- LYNCH J. (1976) *Las revoluciones hispanoamericanas*, Barcelona, Editorial Ariel, 2001.
- ROLDAN R. (2005) *Manual para la formación en derechos indígenas. Territorios, recursos naturales y convenios internacionales*. Quito, Ediciones Abya-Yala, 2005.
- PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACIÓN-ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS (2008), *Informe Anual 2006-200*, http://www.derechos.org.ve/publicaciones/infannual/2006_07
- PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACIÓN-ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS (2009), *Informe Anual 2007-2008*, http://www.derechos.org.ve/publicaciones/infannual/2007_08/

Artículos

- CABALLERO H. (2007) "La Demarcación de Tierras Indígenas en Venezuela". En *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Caracas, 2007, vol.13, no.3, 189-208.
- KUPPE R. (2005) "Prefacio". En Bello L. *Los derechos de los pueblos indígenas en el nuevo Ordenamiento jurídico venezolano*, Copenhague, IWGIA, 2005, 12-16.
- POSTERO N. y ZAMOC L.(2005) "La batalla de la cuestión indígena en América Latina". En *La lucha por los derechos indígenas en América Latina*, Abya-Yala, Quito, 2005,11-52.

Notas

ⁱ Libros Cuarto y Quinto, Título II de la Recopilación de las Leyes de Indias. En la Ley 7 de la Ordenanza del 30 de junio de 1646, se ordenó que no se admitieran a composición las tierras que hubiesen pertenecido a indios. La Ley 14 dispuso que en caso de adoctrinamiento, estos continuaran habitando su medio natural, y no perdían la propiedad de las tierras que cultivaban, en la Ley 18 se ordenó, además que se les dejaran las tierras que fueren suyas, prohibiendo la venta de las mismas, sin ser agraviados en los repartimientos de tierras.

ii El 4 de agosto de 1984 fue interpuesto el primer amparo a favor de los piaroa de Valle Guanay por ante el Tribunal de Primera Instancia del entonces Territorio Federal Amazonas. Este recurso estuvo fundamentado en los atropellos y amenazas que los piaroa venían sufriendo por parte de un terrateniente de nombre Herman Zingg Reverón, y fue declarado con lugar en el año 1985. Así mismo, en 1996 la Organización Indígena Piaroa del Sipapo, conjuntamente con la Oficina de Derechos Humanos del Vicariato Apostólico de Puerto Ayacucho, solicitaron una investigación penal en el Tribunal Penal de Primera Instancia de Puerto Ayacucho, denunciando la introducción de expediciones turísticas en su territorio y al profanación de sus lugares sagrados, con la anuencia de la Gobernación del Estado Amazonas y en violación del decreto Presidencial No. 625, que regula y prohíbe las actividades turísticas en la zona. El Tribunal, invocando la protección del artículo 77 constitucional, conjuntamente con normas de índole legal relativas al caso (Ley de Reforma Agraria, Ley Penal del Ambiente, Ley de Turismo, Ley Aprobatoria del Convenio 107 de la OIT, Constitución del estado Amazonas), dictó una serie de medidas judiciales precautelativas, mediante las cuales prohibía la entrada del turismo en territorios sagrados de los piaroa y ordenaba al Gobierno regional no otorgar permisos para entrar al área. Lo particularmente relevante de este fallo es la fundamentación de normativa internacional, valorando especialmente el derecho consuetudinario indígena, al tomar en cuenta las deliberaciones del Consejo de Ancianos. (BELLO L. 1999).

iii En fecha 24 de abril de 1997 los recurrentes solicitaron la ejecución forzosa de la sentencia, dictando la Corte un mandato de ejecución. El 8 de mayo de 2002 la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia emite un orden de estricto cumplimiento de esta sentencia, ordenando la aprobación de una nueva Ley, dado que el anterior mandato de ejecución no había sido cumplido por el Gobierno Regional.

iv Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de octubre de 1998. Expediente No. 392.

v En dicho artículo se establece que la utilización del término tierras deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan, cabe resaltar que el Convenio 169 de la OIT al que se hace referencia fue ratificado en 2001, con posterioridad a la aprobación del texto constitucional.

vi Una de las actuaciones jurisdiccionales más recientes el sentido de la protección que otorgan al derecho de propiedad originario de tierras indígenas, lo constituye la admisibilidad del recurso de amparo constitucional a favor de la comunidad Santa Rosa de Tacata, iniciada el 1 de marzo de 2006 por integrantes de esa comunidad indígena ante la Sala Constitucional del TSJ contra la Registradora Subalterna del Municipio Autónomo Freites del Estado Anzoátegui, la Procuradora Agraria Nacional de la Región del Estado Anzoátegui y el ciudadano Pedro Segundo Piamo Pérez, en su carácter de Presidente de la Asociación Civil Comunidad Indígena Santa Rosa de Tacata, por la presunta violación de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, a la propiedad y a la existencia de los pueblos indígenas, consagrados en los artículos 26, 115 y 119, respectivamente, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Mediante sentencia N° 06-0283 del 11 de mayo de 2006 la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró procedente la medida cautelar innominada, declarando a la comunidad Indígena *Santa Rosa de Tacata* como *"la propietaria colectiva de los terrenos sobre los cuales se encuentran realizando actos de afectación que pudieran causar eventualmente daños y perjuicios de difícil reparación a los miembros de la Comunidad Indígena de Santa Rosa de Tacata, por cuanto dicha extensión constituye el hábitat de la referida comunidad indígena donde desarrollan su vida física, cultural, espiritual, social, económica y política que garantizan su forma de vida.*

vii Declaración realizada en el marco de la XII Asamblea de Solicitud de Auto de Apertura del Expediente de Demarcación de Tierras y Hábitat de los Pueblos Huottöja y Jojodö que se desarrolló entre los días 29 y 30 de abril 2008 en el Estado Amazonas Venezuela, en apoyo a la resolución No. 0108-07 emitida por los representantes y autoridades legítimas de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas del Estado Amazonas el 17 de agosto del 2007, así como la resolución de la Asamblea Legislativa del Estado Amazonas 2007 y la resolución de la Organización Regional de los Pueblos Indígenas de Amazonas ORPIA 2007. Disponible en <http://www.aporrea.org/poderpopular/n113442.html>

EL ESTADO ARGENTINO Y LOS PUEBLOS ORIGINARIOS. EL RESPETO POR LA PROPIEDAD COMUNITARIA

Por Malena Rocío Maceira

RESUMEN

En el año 1994 se reforma la Constitución Nacional argentina, otorgando jerarquía constitucional a los Instrumentos Internacionales que versaran sobre derechos humanos. Este cambio radical cambia la mirada hacia una política orientada al respeto por los derechos humanos, pero no es así a lo largo de todo el país ya que los pueblos originarios, se ven desprovistos de sus tierras, necesarias para continuar con su cultura. Este derecho a la propiedad es el que analizaremos y como lo entienden los jueces de la nación y si la aplicación del art. 75 inc 17 es realmente posible. Además analizaremos la relación de los pueblos originarios con la tierra y si encontramos alguna forma alternativa para que se respeten sus derechos.

PALABRAS CLAVE

Pueblos Originarios – Propiedad Comunitaria colectiva – Derechos Humanos - Reforma Constitucional – Indígena

THE ARGENTINIAN STATE AND THE NATIVE PEOPLE. THE RESPECT FOR COMMUNITY'S PROPERTY

SUMMARY

In the year 1994, the argentinian constitution was reformed, giving constitutional rank to the International Instruments that were about human rights. This radical change turned the eyes into a new politics oriented to the human rights, never the less this isn't the same all around the country, because the native people are devoid of their lands, that are necessary to continue with their culture. This property right ist what we'll analyze y who the national judges understand it; and if the article 75. 17 in possible to be aply. As well we'll analyze the relation of the native people with their lands and see if wee can find any alternative way to make the state respect their rights.

KEY WORDS

Native people – Community property – human rights – Constitutional reform- native-

EL ESTADO ARGENTINO Y LOS PUEBLOS ORIGINARIOS. EL RESPETO POR LA PROPIEDAD COMUNITARIA

Por Malena Rocío Maceira*

Introducción.

Cinco siglos atrás, el territorio que actualmente se conoce como Latinoamérica, estaba poblada desde su origen por diferentes comunidades indígenas con sus propios ritos y creencias. América, en ese momento no era la que es hoy y el territorio de la República Argentina tampoco. En nuestro territorio podíamos encontrar diversos pueblos que realizaban diferentes actividades, tanto como la caza, pesca, recolección, agricultura de subsistencia, entre otras cosas.

Cinco siglos más tarde, luego de ríos de sangre derramada, de matanza indiscriminada y de intolerancia injustificada, vivimos en una nación plural, el "crisol de razas" dicen otros. Pero en el caso que podamos hablar de razas, ¿cuáles son estas "razas"? La mayoría de nosotros tenemos muy en claro nuestra ascendencia europea, ya que nuestros abuelos, y hasta bisabuelos descendieron de barcos que atravesaron el océano buscando mejores rumbos. Pero ¿cuántos de nosotros podemos afirmar que nuestro origen no deviene de ningún barco, sino de estas mismas tierras? Muy pocos. Gracias a nuestros antepasados de "la Europa" que dejaron luego nuestros abuelos y bisabuelos, hemos barrido de historia nuestro territorio, por decir menos.

Fue justamente desde principios del siglo XIX hasta hoy la que hizo que fuéramos olvidando a estos pueblos, y que se negaran a los pocos que permanecían luchando por el reconocimiento de su existencia, al punto tal del abandono y la marginación actual. En el año 2004 y 2005 el INDEC relevó la Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas (ECPI) con el objetivo de cuantificar y caracterizar la población que se reconoce perteneciente y/o descendiente de pueblos indígenas. De acuerdo a los resultados de la ECPI, hay 600.329 personas con estas características.

La pérdida de la identidad cultural de los pueblos indígenas es un proceso complejo, que tiene raíces históricas, sociales, políticas y económicas, y fue calificado por distintos foros internacionales como "etnocidio", haciendo su comparación con el genocidio. (DECLARACIÓN DE SAN JOSÉ SOBRE EL ETNOCIDIO Y EL ETNODESARROLLO, 1982).

Será tarea de este trabajo abocarnos al análisis de la normativa vigente que protege a estos pueblos, el valor de la tierra, y la relación con el derecho actual. Trataremos de entender el porqué del fracaso a la hora de aplicar los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional y analizar una manera posible de avanzar por sobre los conflictos actuales.

* Estudiante de Derecho (UBA).

1- Reforma constitucional. El Bloque de Constitucionalidad Federal.

Para poder entender un poco de la operatividad del derecho a la propiedad y su alcance hay que empezar por la reforma a nuestra constitución del año 1994. Esta reforma tuvo un carácter que nos interesa para el estudio de los pueblos originarios y el derecho a la propiedad ya que permitió la incorporación de dos incisos al artículo 75 (atribuciones del Poder Legislativo) que son de gran importancia.

En primer lugar tenemos el art. 75 inc. 17, el cual vale la pena transcribir:

"Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones".

En segundo lugar, en la reforma del año 1994 también la Constitución misma incorporó el art 75 inc 22 en el cual enumera once instrumentos internacionales que pasaron a formar parte de la Constitución y hoy gozan de jerarquía constitucional (PIZZOLO, 2006). De esta manera se constituyó el Bloque de Constitucionalidad Federal, en el cual la Constitución no puede dejar de lado la legislación internacional y su jurisprudencia así como su obligación de respetarla.

Dentro de este conjunto de instrumentos internacionales se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos o también llamado Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por la Argentina en el año 1984 conjuntamente con su competencia contenciosa. Esto es importante para nosotros ya que frente al incumplimiento por parte del Estado de algún derecho protegido en esta Convención, la víctima podrá demandar al Estado argentino, argumentando esta ratificación.

En tercer lugar tampoco hay que olvidar el Convenio de la OIT número 169 que fue ratificado en el año 2000. El referido Convenio es uno de los instrumentos jurídicos internacionales más actualizados sobre la materia, que ha contribuido a un avance sustancial en el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas: como el reconocimiento de su carácter de pueblos, el respeto a sus formas de vida y de su desarrollo económico, el derecho sobre sus tierras y territorios.

De esta forma, nuestro nuevo Bloque normativo llevó a que nuestra jurisprudencia vire en torno al carácter primordial de los derechos humanos, y a la consideración obligatoria de la jurisprudencia de órganos internacionales con competencia contenciosa como por ejemplo la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante, sólo la Corte). Luego del caso "Simón", la Corte Suprema de Justicia de la Nación -analizando la incidencia de la sentencia de la Corte Interamericana al respecto del caso "Barrios Altos" y las leyes de auto amnistía-, entendió que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos tiene fuerza obligatoria respecto de la aplicación de instrumentos internacionales en la región, y que los jueces argentinos deberán interpretarlos a la luz de esas sentencias. De esta forma, fue otorgada la operatividad a los derechos enunciados en la Convención a la que hace referencia. A partir de este quiebre en la forma de entender estos órganos internacionales podemos analizar el derecho a la propiedad (enunciado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – en adelante, sólo la Convención-) y cuál es el alcance que le da la Corte para aplicarlo a nuestras comunidades.

2-El rol de la tierra para los pueblos indígenas.

2.1¿Qué es la "tierra"?

La tierra es un concepto que de acuerdo a la cosmovisión indígena no puede ser analizado como un ente aparte, ya que aglomera muchos otros, como por ejemplo la religión, cultura, indianidad, historia, política, economía, entre otros. Y la tierra también fue el punto de lucha entre los indígenas y los "blancos", ya que los segundos buscaban quitarle las tierras a los primeros para su aprovechamiento capitalista, mientras que esas tierras siempre fueron el sustento y un medio de producción vital para ellos. "La tierra constituye a la vez la condición de la seguridad individual y la cohesión de grupo, al contrario de lo que sucede con los no indios que la utilizan como instrumento de dominación, como medio de producción capaz de producir una renta". (BARRE, Marie Chantal 1982).

La lucha por la tierra toma un tono político ya que se busca la reivindicación territorial que reviste entre algunos movimientos radicales una dimensión "nacional" y se expresa en términos de "liberación nacional" (Bolivia, Perú). La reivindicación de la tierra se convierte en la de todo un pueblo oprimido y colonizado.

Debido a las diferencias entre los pueblos originarios y la sociedad occidental, no se puede aplicar el concepto de "propiedad civil" a las tierras. Este concepto tiene una raíz capitalista, del liberalismo en el que cada cual posee algo que no comparte con su comunidad, sino que la explota para sí con el objetivo de obtener beneficios económicos. Es por esto que no debemos confundir el concepto capitalista de propiedad de la tierra cuando son los pueblos originarios los que hacen uso de este término pero acompañado de la palabra "colectiva". Ellos buscaron una expresión que encajara en nuestro sistema occidental de derecho y poder reclamar por sus tierras como "propiedad colectiva", ya que es una actitud de defensa del comunitarismo frente a la creciente privatización de la tierra. Si se aplicaran los términos occidentales al uso de la tierra indígena sería tal el cambio que traería aparejado que desintegraría el sistema comunitario porque aparecería el interés, la competencia y, con ellos, la formación de clases sociales dentro de las comunidades que estén en proceso de "descomunitarización" (BARRE, 1981). La tierra es el elemento de cohesión de los indígenas que aún los mantiene unidos, por más que el avance del individualismo sea muy grande entre los pueblos originarios.

La posesión comunitaria de la tierra es la base que sustenta la reciprocidad. De esta manera, las tierras son explotadas de forma familiar enfocadas al cultivo de subsistencia a diferencia de la explotación en busca de una renta productiva.

A modo de ejemplo, históricamente, la reciprocidad -conjuntamente con la redistribución y el control vertical de la ecología- fue el principio fundamental de la organización socio económica de las sociedades andinas. Así, mientras que los miembros de las comunidades rurales unidos por vínculos de parentesco tenían relaciones recíprocas entre sí, sobre todo en las relaciones de producción, el Estado Inca se vinculaba con ellos por intermedio de la reciprocidad asimétrica y la redistribución. El Inca, como centro de convergencia y de emergencia de toda actividad en el mundo andino, recibía de sus súbditos prestaciones de trabajo en las tierras directamente controladas por él; les retribuía asegurando la paz del imperio, redistribuyendo productos en casos de necesidad, cumpliendo funciones religiosas, etc. (ALBERTI, 1974).

2.2. Los indígenas y la explotación de las tierras.

La tierra constituye el marco indispensable de la cultura, con sus variables étnicas. Estas variantes entre las comunidades de diferentes lugares del territorio americano convergen en la estrecha relación que existe entre el hombre y la naturaleza, a la inversa de los occidentales que cada vez se alejan más de ella; la visión totalizadora del universo y el sentido del equilibrio entre sus diferentes elementos. El occidental quiere cambiar la naturaleza según su propio interés, plegarla a sus normas para hacerla entrar en su racionalidad. El indígena, por el contrario, no trata de dominarla, sino que se adapta a ella, se impregna de sus leyes y vive en armonía con ellas sin tratar de imponerle otras. Tratará siempre de buscar el equilibrio entre el medio ambiente y él mismo. Es la tierra, el medio ambiente natural, lo que le permite reproducir su cultura, y ello a pesar de las relaciones a que le ha forzado la sociedad no indígena con respecto a la tierra. Por esto, cuando se ve desprovisto de su tierra, la reivindica. (BARRE, Marie Chantal. 1982)

3- Los pueblos originarios y los derechos humanos.

Los pueblos indígenas de América Latina que han sufrido el "etnocidio" mencionado anteriormente, han sufrido la negativa para ejercer sus derechos a "disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua" (DECLARACIÓN DE SAN JOSE). Una de las causas que ha llevado a la pérdida de la identidad cultural fue la pérdida de la tierra. En la Argentina son varios los casos de comunidades a lo largo del todo el país, que han perdido sus tierras en manos de empresas que han comprado los terrenos al Estado, y que éste no les proporcionó las tierras aptas que debe proporcionar -art 75 inciso 17 CN-. Como dice Pedro García Hierro en su artículo "Territorio indígena: tocando las puertas del derecho", "Las colonias se acabaron pero cualquier gobernante de turno puede decidir qué tierras indígenas pasarán al servicio de las multinacionales del petróleo. El mundo globalizado facilita la libertad empresarial pero a los pueblos indígenas se les cierra cualquier posibilidad de controlar y manejar con libertad sus medios productivos". No hay coherencia entre la realidad y lo que en teoría tiene completa operatividad como debería tenerlo el art 75 inc 17 de la Constitución Nacional, siguiendo la doctrina de Bidart Campos.

Desde los tiempos de la "conquista", el "indio" fue tratado como cosa, como algo que había que domesticar, evangelizar, explotar, y porque no eliminar. Consideraban que las tierras eran "mal usadas", que no las aprovechaban de forma suficiente por lo que había que tomar sus tierras y ponerlas a producir, convirtiéndolos a los pobladores en mano de obra esclava. (SEELSTRANG, 1977)

Conjuntamente con la iglesia y la evangelización se trató de "integrar" al indígena. Darle una nueva identidad que sea común a la de los "conquistadores" ya que la propia era bárbara e inadaptada, similar a la de los animales. De acuerdo con Marcelo Lagos y su análisis del Gran Chaco entre los años 1870 y 1920, los indígenas constituían ante todo el "otro cultural". Eran la imagen de la barbarie, del Desierto, de las fronteras interiores, en síntesis representaban un problema serio para el Estado-nación en conformación para el cual se elaboró desde la sociedad dominante un discurso que se fue modificando con el tiempo a medida que las campañas militares terminaban cruentamente con el aborígen y dejaban sólo las palabras para ver qué hacer con los sobrevivientes. El indígena representaba el atraso, la barbarie, la inercia histórica opuesta a lo moderno, lo civilizado y el progreso. Era preciso "integrarlos", pero eliminando sus "pautas naturales", ya que eran las responsables de la pobreza y el

estancamiento en que se encontraban. Para ellos el indio representaba (y para alguno aún hoy representa) la imagen de la Argentina retrasada, era el exponente más claro del estadio de barbarie que se necesitaba superar, y esto sólo se lograría imponiendo los valores de la parte más desarrollada y moderna sobre los sectores retrasados.

Mediante la entrega de la propiedad de las tierras a los indios se buscaba integrarlos de forma autoritaria imponiéndoles un modelo de identidad único. Buscaban hacer del indio un propietario. El argumento era más o menos similar a una sociedad con claros caracteres capitalistas. Eran que por derechos ancestrales el indio era dueño de la tierra, pero su ocupación en forma extensa impedía el avance de la civilización, una vez integrado el aborigen, era dueño de su tierra, pero reducida. (LAGOS, 2000)

Al negarles las tierras por tantos años y el derecho de poder ejercer el uso comunitario de ellas, se les impidió a su vez ejercer otra serie de derechos que están íntegramente ligados con la tierra. Como por ejemplo el derecho a su religión, a su lengua, a la salud, a la educación bi-cultural y bilingüe, a la vida. Todos estos derechos están establecidos tanto en Constitución Nacional como en los Instrumentos Internacionales con jerarquía constitucional.

Dentro de la protección a los derechos humanos, el órgano que más jurisprudencia ha generado con respecto al tema de las tierras indígenas fue la Corte Interamericana nombrada más arriba. En estos casos, ella analiza el artículo 21 de la Convención que le dio origen:

"Derecho a la propiedad privada.

- 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*
- 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*
- 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley".*

El tema a debatir es si la propiedad colectiva de los pueblos originarios está contemplada en este artículo, ya que pareciera que sólo se refiere a la propiedad individual. Veamos que ha dicho la Corte sobre este tema:

"Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales". (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001).

La Corte entendió que el derecho a la propiedad privada apunta a la protección de los bienes privados, ya sean muebles, inmuebles, o cualquier cosa susceptible de adquirir valor. Y, analizando conjuntamente el artículo número 29 de dicha Convención, que dice que ningún artículo de la Convención podrá ser interpretado en desmedro del ejercicio y goce de ningún derecho o libertad, entiende que si la propiedad privada no contemplara a la propiedad comunitaria, estaría desmereciendo los bienes de los pueblos originarios y discriminándolos frente al resto de la sociedad, lo que iría en contra del artículo 1.1 que establece que los estados partes se comprometen a respetar los

derechos y libertades establecidos en la Convención, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, o de cualquier otra índole. Por esto, entendemos que el alcance del artículo 21 no puede dejar de amparar también el uso y goce de las tierras comunales, y no permite la violación al mismo.

Respecto de la operatividad del derecho, la Corte nos deja un párrafo excelente y muy aclaratorio, estableciendo que:

"El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro".(Caso Comunidad Mayagna (Sumo)).

Por lo que las comunidades indígenas deben conseguir el registro de sus tierras con la mera posesión de ellas.

3- El avance normativo: la posición de los pueblos originarios.

Luego de la reforma constitucional de 1994 analizada más arriba, pareciera que los pueblos originarios del territorio tuvieran más protección, y encontrarán más herramientas para reclamar sus tierras. Pero aquí surgen varias cuestiones. Una de ellas es cómo consideran los jueces actualmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ya que muchos no opinan que deben seguir su criterio a la hora de fallar, y otra de las cuestiones es como ve el estado argentino a estas comunidades.

Aparentemente, los jueces argentinos tienen problemas para entender las cuestiones indígenas que estos plantean, argumentando que la norma de la Constitución, es "ilusoria", "no operativa", "confusa", "compleja", "oscura", etc. (HUALPA, Eduardo. 2009). Pero este análisis del artículo es muy aislado y pasan por encima del artículo 75 inc 22 que otorga jerarquía constitucional a los Instrumentos internacionales como la Convención a la que nos referimos y también al Convenio 169 de la OIT. A raíz de la reforma del '94, no se deberá realizar un análisis de los artículos que figuran en la Constitución sino que ahora deberán interpretarlos a la luz de los instrumentos. La misma Corte Suprema de Justicia se refirió al tema en el caso *Eben Ezer c/ Salta*.

Otro problema que resulta clave para los jueces es tratar de adaptar los criterios de propiedad del Código Civil a un asunto que poco tiene que ver con él, ya que la tierra comunal surge de una cosmovisión muy ajena a lo que Vélez Sarsfield pudo entender como propiedad; y la aplicación de criterios occidentales a los pueblos indígenas puede desnaturalizar su cultura. El concepto de tierra y propiedad de los indígenas "desborda" nuestro ordenamiento. Estas dificultades deben superarse con una correcta mirada constitucional, que reconozca algo bastante obvio pero muchas veces inadvertido: el Código Civil es una norma de inferior jerarquía tanto de la Constitución como de los Tratados de Derechos Humanos como el Convenio 169 de la OIT, al que debe agregarse la reciente Declaración de los Derechos Indígenas de las Naciones Unidas, y las decisiones tomadas por los tribunales internacionales de Derechos Humanos (por ejemplo y muy especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos). (HUALPA, Eduardo. 2009).

En materia de prueba de posesión tradicional, este "quiebre" que requiere la Constitución a Juez, resulta especialmente relevante. En algunos casos exitosos para las comunidades indígenas, los fundamentos de los jueces que admitieron sus reclamos, hicieron alusión explícita al problema:

"Tal lo acontecido en la especie, si tenemos en cuenta que la prueba testimonial receptada se afianza con otros elementos probatorios, tales como la inspección ocular que efectuó el tribunal pudiendo constatar en forma directa la posesión comunitaria que se alega. Es verdad, como se sostiene en la demanda, que para nuestra cultura occidental, es difícil aprehender el concepto de propiedad comunitaria, más aún para nosotros los abogados, formados por juristas imbuidos del dogmatismo decimonónico, que influyó en nuestro Código Civil, cuyo norte es la protección de la propiedad privada individual." ("Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochinoca v. Provincia de Jujuy", voto de la Dra. Caballero de Aguiar, Cámara Civil y Comercial de Jujuy, sala 1ª, 14/9/01.)

Pero la judicialización del conflicto trae aparejado un problema: la expropiación del conflicto por parte de los abogados, y los tiempos y modos del sistema jurisdiccional son muy diferentes a los de las comunidades originarias, y obligan a las comunidades a adaptarse a nuestro sistema. La consecuencia inmediata es el debilitamiento de la organización de los pueblos. Igualmente no desechamos la vía judicial, ya que es la más efectiva a la hora de proteger derechos.(RAMIREZ, Silvina. 2008).

Aún así, con todas estas herramientas, la realidad está muy lejos de ser lo que pretenden los instrumentos y la Constitución Nacional. El problema de las tierras sigue vigente y también conlleva a la violación de otros derechos fundamentales. La jurisprudencia no encontró una manera de realmente respetar las decisiones de los pueblos y sumarlos a la vida política de la sociedad. El estado argentino mantiene cierta distancia frente a los pueblos. Busca que se respeten sus derechos pero no los considera parte de sí, por lo que hay un estado dentro de otro, cuando debería existir un estado pluricultural y tolerante.

4. El problema de la representación.

El principal problema que enfrentan los pueblos originarios es pertenecer al debate político. Pero esto no es solucionable con la representación de partidos políticos que los incluyan en sus plataformas políticas, porque aunque lo hagan no serán su prioridad. Es por esto que los pueblos a lo largo y a lo ancho de América han buscado otras formas de organización, como consejos, movimientos de liberación, entre otros que son mucho más flexibles y se adaptan más a su visión del universo. Muchos pueblos también han declarado que se sienten oprimidos políticamente. Así, terminan sumándose a la lucha del campesinado, que puede tener un vínculo común con los indígenas, pero deja desprotegidos otros derechos que los campesinos no reclaman(BARRE, 1982). En países latinoamericanos donde ha existido -o existe- la reforma agraria, ésta suele chocar con el concepto de propiedad comunitaria, ya que suelen insistir en la productividad, noción muy extraña al mundo indígena, que si bien trata de equilibrar la producción, no intenta producir excedentes con miras a un beneficio(BARRE,1981). De esta forma, un vocero de la unidad indígena decía: "Queda claro entonces que debemos luchar por formar cooperativas autónomas que organicen nuestra economía y contribuyan al desarrollo de la organización" (UNIDAD INDIGENA,1976).

Los partidos políticos no suelen reconocer la etnicidad de los pueblos, por lo que éstos no encuentran su expresión en el seno de las organizaciones políticas tradicionales, y tienden a organizarse en sus propios movimientos políticos, que sí defenderán sus intereses. Según Barre, el origen de los partidos políticos modernos es capitalista, por lo que nunca va a poder representar a los pueblos originarios que no comparten los mismos objetivos ni reclaman lo mismo.

De esta manera, no hay quien represente realmente a los indígenas a la hora de hacer las leyes, por lo que éstas son muy abstractas y de poca aplicación real. Sumado el problema de la interpretación por parte de los jueces, no hay una vía efectiva de solución de conflictos indígenas. Los jueces no saben como aplicar la norma, y los partidos políticos no los consideran como parte importante en su agenda política.

Además las propuestas de los partidos políticos para solucionar la falta de tierras o el desapoderamiento de las mismas son propuestas que funcionan para la sociedad occidental, que no coinciden con las propuestas que puedan traer al debate los mismos integrantes de las comunidades, y hasta pueden poner en peligro la cultura de los pueblo, al desnaturalizarla y "occidentizarla".

Las estrategias de los pueblos que buscan unirse para lograr la reivindicación es fuertemente criticada tanto por la derecha como por la izquierda. Los primeros los califican de movimientos "racistas", porque se fundan en la indianidad; de "divisionistas", "conservadores", "paseistas", "ultra-izquierdistas" o "comunistas"; los segundos de "reaccionarios". Como podemos ver, el problema indio no encaja en los análisis occidentales que sólo se ocupan de las masas de campesinos explotados y no de los pueblos oprimidos. Los partidos políticos rechazan aquí la diferencia, que se explica ciertamente por el colonialismo teórico de que son víctimas la mayor parte de los partidos políticos de América Latina.

A su vez, los indios quieren elaborar sus propias teorías, seguir su propia ideología en sus propias organizaciones políticas, para no depender del paternalismo de los partidos políticos.

Además, el propio sistema de partidos políticos concebido por los occidentales no corresponde a su realidad, como lo afirma el Primer Parlamento Indio de América del Sur. En efecto, los partidos se "construyen en función de las clases sociales, es decir, según criterios económicos" (BARRE, 1982). Y esta visión económica de la sociedad no tiene que ver con los indios ya que lo económico no es lo más importante. La importancia que le da el indígena a la cultura, a la etnicidad, a su organización comunitaria no cuenta para los partidos políticos, por lo que el indígena está en todo su derecho de considerar a los partidos como una forma de colonialismo.

La única solución que encontramos a este problema es una reorganización del estado plural que permita la existencia de un consejo o comisión provincial conformado por los representantes de las comunidades del territorio, elegidos por la comunidad, que sean los encargados de llevar los reclamos de su gente a un ámbito donde realmente tengan voz y voto. Y el estado argentino debe garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos enunciados tanto en la Constitución Nacional como en los instrumentos internacionales. Además, el estado no debe entrometerse en la forma de organización de las comunidades, sino que las debe dejar existir, pero asegurándose que agentes externos no violen sus derechos fundamentales, por ser individuos que permanecen bajo su jurisdicción. Y que el "no entrometimiento" no sea una excusa para no escuchar sus reclamos.

Debido a todo lo antes expuesto puedo llegar a la conclusión que el problema del derecho a la propiedad comunitaria está tan cuestionado porque quienes lo hacen no pueden entender completamente el asunto, ya que no pertenecen a estas comunidades, y entonces estas siempre tendrán desventajas. Por lo que a menos que cambie quien proponga la forma de solucionar el conflicto, es decir en vez que sea una persona ajena a la comunidad que sea la comunidad misma la que, de forma conjunta busque una solución al conflicto de la tierra, para evitar la ambigüedad en la norma, y la dificultad de aplicación.

Bibliografía

- 1) ADORNO, L, (2005) "Comunidades indígenas. Posesión y propiedad de tierras por los pueblos indígenas. El artículo 75 inc. 17, Constitución Nacional" LA LEY2005-C, 685
- 2) ALBERTI, G, (y otros) (1974) "Reciprocidad e intercambio en los andes peruanos" Lima, Editorial Instituto de Estudios Peruanos. 1974
- 3) BARRE, M (1982), "Políticas indigenistas y reivindicaciones indias en América Latina 1940-1980" Publicado en "América Latina: etnodesarrollo y etnocidio", BONFIL, Guillermo (y otros). Ediciones FLACSO 1982.
- 4)HUALPA, E, (2009), "Jueves, Pueblos indígenas y Derechos", Sup. Const. 01/01/2009, 9 - LA LEY 2009-A, 1223.
- 5)LAGOS, M, (2000) "La cuestión indígena en el Estado sociedad nacional. Gran Chaco 1870-1920" Universidad Nacional de Jujuy 2000.
- 6)MAYER, C (y otros) (1985) "Estado y administración. Regularización de la situación ocupacional del lote fiscal 55 provincia de Salta. Tomo 1". Buenos Aires, 1985.
- 7)PZZOLO, C, (2006), "La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal", Sup. Const. 10/07/2006 LA LEY 2006-D
- 8)RAMIREZ, S. (2008) "Derechos de los pueblos indígenas: Protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales" en "Teoría Crítica del Derecho Constitucional" Roberto Gargarella, Coordinador, T. II, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2008, pags. 922/923.
- 9)SEELSTRANG, A (1977), "Informe de la comisión exploradora del Chaco". Buenos Aires. Editorial Eudeba 1977.

CUESTIONES DE GÉNERO Y EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO

Por Elodia Almirón

RESUMEN

En el campo de los derechos humanos se podrían distinguir, en general, tres niveles jerárquicos para la variación cultural: la sustancia de los derechos humanos, la interpretación que ellos reciben y la forma en que son implementados, y en estos elementos es sumamente importante la visión de género a los efectos de hacer aplicable el contenido del precepto legal del artículo 1 de la CEDAW.

La variabilidad de la naturaleza humana obliga a desarrollar en el campo de los derechos humanos una significativa flexibilidad para las variaciones interculturales. Pero si se admite que todos los derechos dependen de la cultura y de los roles que ella define, como sostiene el relativismo cultural, entonces se podría poner en cuestión la existencia misma de los derechos humanos, derechos que los seres humanos, sin distinciones de ninguna naturaleza tienen por su condición de tales.

PALABRAS CLAVE

Discriminación – relativismo cultural – acceso a la justicia

GENDER ISSUES AND ACCESS TO JUSTICE AS A HUMAN RIGHTS

By Elodia Almirón

ABSTRACT

In Human Rights field, we can distinguish three hierarchical levels for cultural variation: human rights substance, the interpretation of human rights and the implementation of them and in these three elements is very important the gender vision to be possible the application of article 1 of CEDAW.

The variability of human nature, compel to development in the human rights field, flexibility to the cultural relativism. But if we can admit that every right depend of culture and the roles that it is accepted by it, and then it could be questioned the existence of human rights, and these rights belongs to humans, because of their nature.

KEYWORDS

Discrimination – cultural relativism – access to justice

CUESTIONES DE GÉNERO Y EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO

Por **Elodia Almirón**

La teoría de género, ha enseñado que no se puede comprender ningún fenómeno social si no se lo analiza desde la perspectiva de género y que esta generalmente implica reconceptualizar aquello que se está analizando. Así para hablar del acceso, o mejor dicho, del no acceso de las mujeres a la justicia jurisdiccional desde una perspectiva de género, se tendría que reconceptualizar tanto lo que se entiende por "acceso a la administración de justicia" como lo que entendemos por "justicia jurisdiccional", con todo lo que ello conlleva, es decir, tomar el concepto tradicional de "acceso a la justicia", que es un acceso androcéntrico, siempre tomando en consideración la figura masculina con el consiguiente empoderamiento en el requerimiento de los derechos y una clara posibilidad de poder enervar la instancia jurisdiccional, y en consonancia con esto, no debe olvidarse el relativismo cultural puesto en práctica principalmente en lo que hace al ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, y que es defendido como el respeto al principio de autodeterminación de los pueblos, pero frente al principio *pro personae*, este derecho pierde toda ponderación de primacía.

El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental en un sistema democrático que tenga por objeto garantizar los derechos de todos y todas por igual, de hecho y de derecho es uno de los derechos por antonomasia que hacen a un régimen democrático. Cuando estos derechos son violados, se configura la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y garantizar así la igualdad ante la ley.

El derecho humano establecido en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ya no se puede considerar como el simple deber del Estado de proveer en abstracto un recurso ante los tribunales sino de proveer uno efectivo, eficiente y eficaz, como bien lo dice el propio artículo 8: *Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.* Así el acceso a la justicia, aún cuando se analiza desde una perspectiva androcéntrica y no de género, no es ya entendido como una mera declaración de la posibilidad de toda persona de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada país. El acceso a la justicia se entiende ahora como un derecho humano fundamental que involucra tanto el deber estatal de proveer un servicio público, como el ejercicio de un derecho. Visto así, el acceso a la justicia debe ser un servicio público que el Estado debe garantizar a todos y todas las habitantes de su territorio, sin ningún tipo de distinciones.

Se debe decir entonces, que este derecho humano debe ser garantizado a todas y todos por igual, precisamente por ser eso, por ser un derecho humano básico tanto para la protección y acceso a los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales. Si conjugamos este derecho humano con el derecho a no ser discriminada en razón de nuestro sexo, el goce del derecho humano al acceso a la justicia en igualdad, no quiere decir que la obligación del Estado reside en garantizar un servicio público exactamente igual para todas las personas, sino que el Estado debe, como lo establece la CEDAW, dejar de hacer o no permitir todo aquello que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el ejercicio por la mujer, del derecho humano al acceso a

la justicia. El Estado está obligado a eliminar todas las barreras físicas, económicas, culturales, lingüísticas, etc. que obstaculicen o impiden el acceso a la justicia de las mujeres en un plano de igualdad con los hombres. El Estado no sólo está obligado a garantizar que el acceso a la justicia lo puedan gozar por igual hombres y mujeres, sino que debe velar porque las mujeres tengamos igual acceso a ejercer la instancia jurisdiccional en los más altos niveles de la judicatura y a la puesta en práctica de todos los recursos posibles para la defensa de sus derechos.

En el Paraguay, la Constitución Nacional de 1992 no sólo consagra este derecho de acceso a la justicia sin discriminación, sino que otorga jerarquía cuasiconstitucional a los tratados internacionales de derechos humanos (artículos 137, 141 y 142), es decir, consagra la jerarquía constitucional del Derecho internacional sobre el Derecho interno, dándole así primacía al Derecho internacional de los derechos humanos.

En ese sentido, se puede decir que se ha consagrado en la Constitución, lo que el autor Carlos Santiago Nino denominó *concepción liberal-igualitaria*, que encuentra su encaje en el Estado Social de Derecho (artículo 1 de la Constitución Nacional), caracterizado por un compromiso activo del Estado con el bienestar de los/as ciudadanos/as. En este sistema las personas no quedan abandonadas a su propia suerte, sino que, desde este punto de vista, además de crear el marco adecuado para el libre ejercicio de los derechos individuales y castigar todas las violaciones de esos derechos, el Estado está obligado a proveer a los y las titulares de los derechos, las condiciones necesarias para su ejercicio y a obligar a los particulares a contribuir con tal provisión.

La Constitución de 1992, no sólo amplió los derechos y las garantías con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, -entre otros el acceso a la justicia-, sino que creó herramientas de acción para hacer efectivos esos derechos.

Ha quedado así incorporada al texto supremo, la obligatoriedad del Estado de actuar con políticas funcionales, que incidan en el sistema de Derecho interno, para erradicar las discriminaciones, y hacer efectiva la igualdad para todos y todas, y erradicar la discriminación de género. Debe tenerse en cuenta, que los componentes del sistema legal, no se agotan en las leyes, regulaciones de diverso rango o jerarquía, instituciones y procedimientos. Como sostiene Alicia Ruíz *"El derecho es un discurso social y, como tal, dota de sentido a la conducta de los seres humanos, y los convierte en sujetos, al tiempo que opera como el gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley"*. El discurso jurídico entrelaza y criba, al mismo tiempo otros discursos. A un concepto reduccionista del Derecho, que lo presenta como pura norma, debe oponérsele la concepción que lo caracteriza, como una práctica discursiva social, que excede las palabras de la ley.

El acceso a la justicia para ejercer los derechos y defender las libertades es el principal derecho -el más importante de los derechos humanos- en un sistema legal, moderno e igualitario, que tenga por objeto garantizar y no simplemente proclamar, los derechos de todas y todos. Así lo considera la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTE IDH), al establecer que los Estados tienen el deber de organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales, se manifiesta el ejercicio del poder público, para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos para todos y todas. Si una persona pretende ejercer los derechos que las Convenciones le garantizan y, por su posición económica está imposibilitada de pagar la asistencia legal, o cubrir los costos del proceso, queda discriminada y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley, como ocurre en la mayoría de las situaciones, cuando la mujer es la justiciable.

Como todo derecho fundamental, el acceso a la justicia requiere de un sistema de garantías, que posibilite su pleno ejercicio, más aun cuando la justiciable es una mujer. En el Paraguay, este derecho supone la obligación del Estado de crear las condiciones jurídicas y materiales que garanticen su vigencia en condiciones de igualdad (artículo 17). En otros términos, no sólo el Estado debe abstenerse de obstaculizar el goce y el ejercicio de acceder a la justicia, sino que debe adoptar acciones positivas y remover los obstáculos materiales que impiden su ejercicio efectivo por parte de las mujeres, a través de acciones como la creación de una defensoría pública para mujeres víctimas de violencia y discriminación, albergues provisorios para mujeres víctimas de violencia, sensibilizar y especializar a los y las agentes de policía que reciben las denuncias por violencia contra la mujer, entre otras acciones que debería adoptar el Estado paraguayo, y las obligaciones de abstención que serían abstenerse de la práctica de la discriminación institucional y estructural del Estado, principalmente en materia de acceso a la justicia.

El derecho a la asistencia legal se ve frustrado por discriminación, por condición económica, cuando no se provee asistencia gratuita jurídica, al/a acusado/a indigente. Así sostuvo la CORTE IDH, en la Opinión Consultiva Nro. 11, al establecer que esa violación existe, aun cuando se trate de un proceso no penal, en el que la persona necesita representación legal y no puede acceder a ella, por falta de recursos. La Corte entendió que, para garantizar la igualdad y la no discriminación por razones económicas, el Estado debe organizar todo el aparato gubernamental para asegurar el acceso a la justicia, que contribuya al libre y pleno ejercicio de todos los derechos humanos.

Las normas constitucionales y legales de origen nacional, y otras contenidas en tratados y convenciones internacionales, acentúan la importancia de la jurisdicción como mecanismo de solución de conflictos y la asistencia legal como garantía de los derechos. Sin embargo, esta preocupación por las normas ha sido insuficiente, para enfrentar el acceso a la administración de justicia y evitar la victimización en aquellos casos de violencia contra la mujer, donde la mujer violentada al realizar su denuncia se siente nuevamente avasallada en su dignidad como ser humano, debiendo dar explicaciones **ella** del porqué su compañero de vida ha sido violento con ella, como si fuera **ella** quien ha provocado la práctica de tal violencia, en lugar de invertirse la carga de la prueba, debiendo aplicarse el principio *pro personae* que se denominaría **principio pro mujer violentada**, de rango constitucional el mismo.

El acceso a la justicia supone la consideración de obligaciones, que comprometen a los tres poderes del Estado: al Poder Judicial le corresponde administrar justicia, mientras que el Poder Ejecutivo y el Legislativo son responsables en el ámbito de su competencia de dotar al Poder Judicial, de los recursos necesarios para garantizar el acceso a la justicia y la resolución de los conflictos en tiempo razonable, y a un coste que no implique privación de justicia, además de la obligación del Poder legisferante de sancionar cuerpos normativos con visión de género.

El acceso a la justicia, tiene un doble significado: en un sentido amplio se entiende como garantía de la igualdad de oportunidades para acceder a las instituciones, a los órganos o a los poderes del Estado, que generan, aplican o interpretan las leyes, y regulan normativa de especial impacto en el bienestar social y económico. Es decir, igualdad en el acceso sin discriminación por razones económicas o de género. Esto se vincula al bienestar económico, la distribución de ingresos, bienes y servicios, el cambio social, incluso a la participación en la vida cívica y política, existiendo por ejemplo en el Paraguay, notorias asimetrías en estos aspectos entre hombres y mujeres. Se relaciona por un lado con los derechos humanos y con los derechos económicos, sociales y culturales, pues el ejercicio de los derechos civiles y políticos, requiere de un cierto nivel de vida digna (artículo 22, Declaración Universal de Derechos Humanos).

Por otro lado, el acceso a la justicia también incluye el conjunto de medidas que se adoptan para que las personas resuelvan sus conflictos y protejan sus derechos ante los tribunales de justicia.

Ambas perspectivas no son excluyentes. De ahí la necesidad de analizar el acceso a la justicia en el marco de la intervención social del Estado, es decir, del conjunto de las políticas públicas que afectan las condiciones de vida de la población y el orden social, como el gasto público, el sistema tributario, las políticas demográficas, de población y de familia.

Para las personas con escasos ingresos, como ser las discriminadas por género (las trabajadoras precarias e informales, las desocupadas, mujeres cabeza de familia, entre otras), la posibilidad de conocer y comprender el ordenamiento jurídico, que regula su vida cotidiana, determinará en gran medida su ejercicio de la ciudadanía, y las consecuencias de sus decisiones: podrán vivir como residentes legales o ilegales; accederán o no a los beneficios que se derivan de la ciudadanía; se respetarán o no sus derechos como consumidoras, inquilinas, madres, etc.; recibirán un trato justo en situaciones de separación o divorcio, o ante el régimen de alimentos o de tenencia de los/as hijos/as.

El acceso a la justicia no se limita a los casos sometidos a resolución de los organismos de administración de justicia, sino que comprende por ejemplo, el control de las políticas públicas estatales, la actuación de la Defensoría del Pueblo, y de los/as Defensores/as Públicos, que son funcionarios del Estado.

La pluralidad de organismos de la sociedad civil dedicados a la promoción del acceso a la justicia, prestan importantes servicios de asistencia jurídica gratuita a los sectores de escasos recursos (especialmente mujeres), principalmente en el aspecto de conocimiento de sus derechos y como defenderlos en caso de avasallamiento.

Por su cercanía respecto de las potenciales usuarias del sistema, la sociedad civil está ubicada en una posición privilegiada, para desempeñar la importante función de reconocer las necesidades jurídicas de la población y de los grupos con necesidades específicas. Sus organizaciones tienen la posibilidad de difundir sus derechos humanos y facilitar el acceso a la justicia. Sin embargo, no debería perderse de vista que el Estado, es el que debe garantizar el efectivo acceso a la justicia, a través de políticas públicas eficaces que brinden asistencia jurídica gratuita y servicios sociales de apoyo. Si bien existen servicios gratuitos de patrocinio y asistencia jurídica, estos se encuentran organizados como una actividad de carácter asistencial y no de empoderamiento de derechos. No se ha avanzado en el reconocimiento de este tipo de prestaciones como una actividad obligatoria emprendida o regulada por el Estado, que tienda a satisfacer los derechos de los individuos, y que debería organizarse según la lógica de los demás servicios públicos, como educación o salud.

La vinculación entre el acceso a la justicia como garantía de igualdad y el acceso al sistema internacional de derechos humanos no implica una duplicación de la cuestión de fondo en dos contextos distintos –uno de los cuales es necesariamente internacional- sino todo lo contrario, en el sentido de conocer la posibilidad de acceso al sistema internacional de justicia, pues realmente en la práctica ya no podemos hacer una distinción entre Derecho interno y Derecho internacional, pues el orden interno resulta permeado por el Derecho internacional de los derechos humanos, y este al incorporarse al Derecho interno, pasa a formar parte del mismo, por lo que se trata de un *corpus iuris* único.

En lo que respecta a las cuestiones de género, cuando estas no obtienen un tratamiento apropiado en los ámbitos judiciales, en el marco del sistema interno de un país –lo que resulta una violación del derecho a la igualdad-

o tiene lugar un retardo manifiesto o una denegación de justicia –lo que supone no sólo lo anterior, sino también del derecho a la jurisdicción-, existe un sistema internacional –universal o regional- que tiene a su cargo el contralor del cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

Los derechos humanos reposan sobre una noción de igualdad, porque la sola pertenencia a la especie humana da titularidad a estos derechos. De allí que el principio de no discriminación sea consustancial a esa noción, esto es: la proscripción de las conductas que tiendan a lesionar, obstaculizar o impedir, el ejercicio de un derecho, sobre la base de criterios que a la persona no le es dado modificar, o que no encuentran fundamento racional ni razonable.

La noción de derechos humanos, supone la existencia de un conjunto normativo internacional, que establece con criterios mínimos los derechos protegidos, su alcance, las restricciones legítimas, la vigencia de los Estados de Excepción, además de las normas que fijan instancias internacionales de control de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados.

Sin perjuicio de ello, los derechos humanos están previstos para ser ejercidos por las personas en sus ámbitos naturales, los Estados. Las normas nacionales –se entiende por tales, las que se elaboran en el seno de un Estado- complementan los esquemas internacionales, que solo señalan los lineamientos o ejes de cada uno de los derechos. La interacción, por lo tanto, es evidente.

Toda la regulación jurídica de los derechos humanos, basada en el eje de género, supone regular la protección en un ámbito, en el cual no debería darse ninguna referencia de autoridad pública. Sin embargo, para superar las desigualdades e inequidades de género, se han adoptado múltiples normas internacionales en ese sentido.

La Asamblea General de la ONU, adoptó la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), también llamada la Convención de la Mujer, en diciembre de 1979. Este Tratado entró en vigor en septiembre de 1981. A pesar de que más de 150 países, han suscripto el documento, muchos lo han hecho en forma condicional, al introducir una serie de reservas sobre disposiciones específicas, que desnaturalizan el contenido normativo del instrumento internacional.

El aspecto más importante de lo dispuesto en el artículo 1º de esta Convención, es que se aplica tanto a la discriminación intencional como a los actos que tienen un efecto discriminatorio. A diferencia de otros tratados la CEDAW, exige la eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres, y no sólo las de *discriminación sexual*. En otras palabras, en lugar de demandar una neutralidad de género (es decir, un trato igualitario para hombres y mujeres) la Convención prohíbe cualquier práctica que perpetúe la desigualdad de las mujeres.

La Convención para la Eliminación de toda la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), fue adoptada por la República del Paraguay por Ley Nro. 1215 del año 1986 (sin reserva alguna por parte de Paraguay), el Protocolo Facultativo a la Convención para la Eliminación de toda la Discriminación contra la Mujer, adoptado por la República del Paraguay por Ley Nro. 1683 del año 2001, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), adoptada por la República del Paraguay por Ley Nro. 605 del año 1995, son los cuerpos legales internacionales más exhaustivos, hasta ahora adoptados en relación con la perspectiva de género.

La CEDAW tiende a concretar en términos materiales, las igualdades formales que todos los tratados, y las normas consuetudinarias (*jus cogens*) en materia de derechos humanos, tienen consagradas, y que favorecen la

adopción de medidas de acción afirmativa, y generaliza criterios de distinción en igualdad. La segunda por su parte, es la normativa internacional más completa, respecto de la violencia que tiene a la mujer como víctima.

Todo Estado tiene la responsabilidad primordial de velar por la protección de los derechos humanos de los y las componentes de la sociedad, que se hallan dentro de su territorio. Los Estados que se resisten a promover los derechos humanos de las mujeres, han argumentado que estos derechos implican *obligaciones de abstención*, es decir, que tales derechos sólo prohíben las acciones gubernamentales con las que se violan derechos específicos. Pero también se ha demostrado, que la mayoría de los derechos implican *obligaciones positivas* y *obligaciones de abstención*, pues al firmar y ratificar una Convención, los Estados deben comprometerse, a nivel nacional y local, a evitar cualquier acción u omisión que viole o conduzca a una violación de los derechos humanos de las mujeres.

Además, estos tratados obligan a los Estados a dar pasos decisivos en la adopción de medidas positivas, con el fin de asegurar el disfrute de estos derechos específicos. También es posible que se requiera la promulgación y aplicación de leyes, o la adopción de otras medidas adecuadas, para asegurar que individuos y otras entidades respeten los derechos humanos de las mujeres.

Existen varios mecanismos a nivel nacional, regional e internacional para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos. A nivel internacional, la mayoría de estos mecanismos cuentan con medios para supervisar dicho cumplimiento. Algunos cuentan con procedimientos de petición, que permiten al individuo reclamar cualquier incumplimiento en que incurra el Estado.

En algunos casos, tales mecanismos están vinculados a la Constitución y a las leyes nacionales; en otros, a tratados sobre derechos humanos, y en otros, a órganos especializados de las Naciones Unidas, encargados de hacer valer derechos específicos, como los laborales, de refugiados o sanitarios. Los procedimientos y mecanismos de reparación, contemplados en la amplia gama de mecanismos de derechos humanos, varían notablemente, entre el sistema internacional y el sistema interamericano.

Las Constituciones y legislaciones nacionales podrían ofrecer mecanismos de reparación concretos y aplicables, y es necesario agotarlos como regla general, antes de recurrir a los procedimientos de petición internacional, salvo en algunos casos de excepción claramente definidos, donde la jurisdicción nacional ha perdido credibilidad para el o la justiciable, ya sea por un retardo injustificado de justicia, o por la ineficacia e ineffectividad del sistema y por la discriminación sufrida, en el caso que una mujer sea la justiciable. A nivel nacional, puede recurrirse al propio sistema legal, para hacer valer los derechos humanos de las mujeres, de tal manera que la víctima dirija su queja y solicite una petición obligatoria, ante los Tribunales del Estado, donde ocurrió la violación. Cuando este no sea el caso, puede resultar necesario, solicitar un reclamo fuera de las fronteras nacionales.

Desafortunadamente, los mecanismos internacionales tienden a ser menos directos que los nacionales, pues el sistema legal internacional e interamericano y el Derecho internacional de los derechos humanos, dependen de la buena fe de los Estados o de su sensibilidad ante las críticas internas o externas hacia sus prácticas de protección de derechos humanos –respeto al principio *pacta sunt servanda*. Por lo tanto, los mecanismos internacionales tienen poco poder para llevarlos a cumplir con sus obligaciones.

Con el fin de lograr un mejoramiento efectivo, en el ejercicio de los derechos de las mujeres, es importante entender los mecanismos de reparación existentes, y sus posibilidades. Así, su utilización cuando se solicita el desagravio por violaciones específicas, ejerce presión para que los Estados cumplan con las obligaciones adquiridas.

La mayor parte de los Estados, cuenta con algún tipo de ley para proteger y garantizar los derechos humanos, pero no sucede así con los derechos humanos de las mujeres. Los países ratificantes de los tratados regionales e internacionales, en este campo, están obligados a cumplir con sus compromisos. Así, es posible que un Estado opte por estipular más, pero no menos, derechos de los que establece una Convención internacional.

En ocasiones, las leyes nacionales, hacen referencia directa a los derechos humanos; aún mas, muchos países prácticamente copian las garantías regionales e internacionales, palabra por palabra al introducirlas en las legislaciones internas, principalmente a nivel constitucional; en otros casos los países insertan en la legislación contenido en derechos humanos, pero con una denominación diferente.

Nuestras Constituciones Nacionales -del MERCOSUR- reflejan cada vez más, un compromiso con los derechos humanos; en ocasiones tales derechos se enumeran en una sección aparte, llamada Carta de Derechos. Las Constituciones recientes, a menudo toman en consideración el lenguaje de las normas regionales e internacionales, al consignar sus garantías, y con una visión de género.

A continuación se enumeran algunas disposiciones constitucionales de la Carta Magna de la República del Paraguay, y legales de diferentes cuerpos normativos -en materias diversas-, en relación con los derechos humanos de las mujeres: **CONSTITUCION NACIONAL**. Capítulo I: De la Vida y del Medio Ambiente. Sección I: De la Vida. Art. 4 Del derecho a la vida. Capítulo III: De la Igualdad. Art. 46 De la igualdad de las personas. Art. 47 De las garantías de la igualdad. Art. 48 De la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer. Capítulo IV. Art. 49 De la protección a la familia. Art. 50 Del derecho a constituir familia. Art. 51 Del matrimonio y de los efectos de las uniones de hecho. Art. 52 De la unión en matrimonio. Art. 53 De los hijos. Art. 55 De la maternidad y la paternidad. Art.59 Del bien de familia. Art. 60 De la protección contra la violencia. Art. 61 De la planificación familiar y de la salud materno infantil. Capítulo VIII: Del Trabajo. Art. 88 De la no discriminación. Art. 89 Del trabajo de las mujeres. Art. 92 De la retribución del trabajo. Capítulo X: De los Derechos y de los Deberes Políticos. Art. 117 De los derechos políticos. **CODIGO CIVIL PARAGUAYO, LEY 1/92 MODIFICATORIA PARCIAL AL CÓDIGO CIVIL**. Principio de la Ley - Art. 1. Igualdad/Función social de la familia - Arts. 2, 6. Paternidad responsable - Art. 9. Economía familiar/Trabajo y aporte económico de los cónyuges para el sostenimiento del hogar/Manutención de hijos de uniones anteriores. Arts. 7, 8, 15, 16. Nombre de la mujer casada y la familia Arts. 10, 11, 12. Número de hijos Art. 13. Del domicilio familiar Art. 14. Régimen patrimonial del matrimonio Art. 22, 23, 24, 28. Bienes propios Arts. 31, 37. Bienes gananciales Arts. 32, 34, 35, 36. Administración de la comunidad Arts. 40, 41, 42, 45, 46, 48, 49. Cargas de la comunidad Arts. 50, 51, 52. De los bienes reservados Arts. 75, 83, 84, 85, 86, 87, 94. **CODIGO LABORAL**. Libro primero Título III Capítulo II Sección II: Del Trabajo de las Mujeres - Arts. 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136. **CODIGO PENAL PARAGUAYO**. Título I: Hechos punibles contra la persona Capítulo V: Hechos punibles contra la autonomía sexual Art. 128 Coacción sexual. Capítulo III: De la igualdad Art. 129 Trata de personas. Art. 133 Acoso sexual. Título IV: Hechos punibles contra la convivencia de las personas Capítulo I: Hechos punibles contra el estado civil, el matrimonio y la familia. Art. 224 Bigamia, Art. 226 Violación del deber de cuidado o educación, Art. 228 Violación de la patria potestad, Art. 229 Violencia familiar. **LEY Nro. 1600/00 (CONTRA LA VIOLENCIA DOMESTICA)**.

Es importante mencionar que a pesar de haberse ratificado, los dos instrumentos internacionales específicos en materia de derechos humanos de las mujeres, y de contar con toda la disposición legal interna ya mencionada -y que internaliza lo estipulado en los tratados internacionales de derechos humanos generales y específicos-, no es

abundante el precedente judicial nacional con el que contamos en esta materia; debiendo la administración de justicia aplicar estos tratados al momento de estudiar y analizar posibles violaciones de derechos humanos de las mujeres, a los efectos de dar plena vigencia a estos preceptos jurídicos y de cumplir con los compromisos internacionales asumidos por el Paraguay.

A continuación se detalla a través de un **Cuadro Comparativo de Legislación**, la internalización realizada por Paraguay, de normas internacionales de derechos humanos al texto constitucional de 1992, en algunos de los derechos allí consagrados.

Abreviatura a ser utilizada:

CN	Constitución Nacional
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos (Ley Nro. 1/89)
PACADH	Protocolo Adicional a la Convención de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley Nro. 1094/97)
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley Nro. 5/92)
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley Nro. 4/92)
CBDP	Convención de Belem do Pará (Ley Nro. 605/05)
CEDAW	Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Ley Nro. 1215/86)
PFCEDAW	Protocolo Facultativo a la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Ley Nro. 1683/01)

Del derecho a la vida

Art. 4	CN
Art. 4	CADH
Art. 6.1.	PIDCP
Art. 4	CBDP

De la igualdad de las personas

Art. 46	CN
Art. 24	CADH
Art. 26	PIDCP
Art. 4	CBDP

De las garantías de la igualdad

Art. 47	CN
Art. 24	CADH
Art. 26	PIDCP
Art. 4	CBDP

De la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer

Art. 48	CN
Art. 24	CADH
Art. 3	PIDCP
Art. 5	CBDP

De la protección a la familia

- Art. 49 CN
- Art. 17 CADH
- Art. 23 PIDCP

Del derecho a constituir familia

- Art. 50 CN
- Art. 17 CADH
- Art. 23 PIDCP

Del matrimonio y de los efectos de las uniones de hecho

- Art. 51 CN
- Art. 17 CADH
- Art. 23 PIDCP

De la unión en matrimonio

- Art. 52 CN
- Art. 17 CADH
- Art. 23 PIDCP

De los hijos

- Art. 53 CN
- Art. 24 CADH
- Art. 26 PIDCP
- Art. 5 CBDP

De la maternidad y la paternidad

- Art. 55 CN
- Art. 24 CADH
- Art. 26 PIDCP
- Art. 5 CBDP

De la protección contra la violencia

- Art. 60 CN
- Art. 5 CADH
- Art. 10 PIDCP
- Art. 3, 4 CBDP

Si el acceso a la justicia es un servicio público que debe brindar el Estado a través de su Poder Judicial principalmente, uno de los principios que deben regir este servicio es el de ser adaptable a los cambios que se producen en la sociedad. Pero si no se hace un diagnóstico de esa realidad desde una perspectiva de género, no se podrán detectar todos los cambios que se han producido en la misma y por lo tanto, el servicio será defectuoso, ineficiente, ineficaz y discriminador.

Por eso es importante entender que de poco sirve mejorar el acceso a la justicia si la justicia que se imparte es sesgada a favor de los hombres. Es obvio que el contenido que el derecho tiene, responde en gran parte al que se

va creando en los tribunales ya que es en ellos donde los ciudadanos y las ciudadanas pueden constatar si sus derechos son realmente tales.

Es lógico pensar que un acceso sesgado hacia los hombres produce un derecho androcéntrico, pero que también un derecho androcéntrico es una barrera más que impide a las mujeres un acceso igualitario a la justicia.

Desde esta nueva postura, el Derecho se entiende como compuesto por las disposiciones legales formalmente promulgadas (componente formal normativo), las surgidas del proceso de selección, interpretación y aplicación de las leyes (componente estructural), y las reglas informales que determinan quién, cuándo y cómo se tiene acceso a la justicia y qué derechos tiene cada quien (componente político cultural.)

Sin embargo, todavía no se puede decir que exista en esta región una igualdad substantiva entre hombres y mujeres. Creo importante que todas y todos empecemos a imaginarnos todas las derogaciones y nuevas leyes, todas las políticas y nuevas instituciones que habría que crear en la administración de justicia, en las universidades y en las escuelas judiciales para que el derecho humano al acceso a la justicia sea una realidad para todas y todos.

g. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALBANESE, S. (1992) Promoción y protección internacional de los derechos humanos. Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1992.
2. ALBANESE, S. (2000) Garantías Judiciales. Buenos Aires, EDIAR, 2000.
3. ALEXY, R. (2007) Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.
4. BUERGENTHAL, T. (1996) Derechos Humanos Internacionales. México D.F., GERNIKA S.A., 1996.
5. DONELLY, J. (1994) Derechos Humanos Universales en teoría y en la práctica, México D.F., GERNIKA S.A., 1994.
6. GARCÍA RAMÍREZ, S. (2002) Los derechos humanos y la jurisprudencia interamericana, Méjico, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM., 2002.
7. PÉREZ LUÑO, A. (2007) Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid, Tecnos. 8va. ed., 2007.

EL JUICIO PENAL COMO PUESTA EN ESCENA. UNA MIRADA ETNOGRÁFICA DE LOS JUICIOS POR CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN LA ARGENTINA

Por Julieta Mira

RESUMEN

Este trabajo se propone desnaturalizar la mirada de los juicios penales por crímenes de lesa humanidad que se han reabierto en la Argentina. La perspectiva etnográfica aplicada a la celebración de los juicios orales, desde el año 2006 a la fecha, permite visualizar la puesta en escena de un ritual vinculado a la democracia. Así se observan aspectos que configuran la "política pública" en materia de justicia y derechos humanos de modo de procesar la violencia estatal del pasado y cumplir con las obligaciones internacionales. Todo esto da lugar a tensiones y disputas entre el Estado y la sociedad en el marco de la llamada "lucha contra la impunidad". A su vez, los juicios suponen un impacto en la "memoria colectiva" y de allí es posible hablar de la emergencia de una "memoria jurídica".

PALABRAS CLAVE

Crímenes de lesa humanidad, justicia, derechos humanos y memoria.

THE CRIMINAL TRIAL AS A 'MISE EN SCÈNE'. CRIMINAL PROCEEDINGS INVOLVING CRIMES AGAINST HUMANITY IN ARGENTINA FROM AN ETHNOGRAPHIC POINT OF VIEW

By Julieta Mira

ABSTRACT

This paper is aimed at de-naturalizing the view of criminal proceedings involving crimes against humanity, reopened in Argentina. The perspective from the ethnographic point of view applied to oral debates carried out from year 2006 to date, allows the visualization of the staging of a ritual linked to democracy. In this manner, aspects involving the 'public policy' in terms of justice and human rights may be observed, applied to remedy violence inflicted by Government in the past and to comply with international duties. All of the prior, leads to tension and disputes between Government and society within the frame of the so called 'fight against impunity'. Indeed, criminal proceedings suppose an impact in 'collective memory' and therefore, it is possible to talk about 'juridical memory'.

KEY WORDS

Crimes against humanity, justice, human rights and memory.

EL JUICIO PENAL COMO PUESTA EN ESCENA. UNA MIRADA ETNOGRÁFICA DE LOS JUICIOS POR CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN LA ARGENTINA

Por Julieta Mira*

I. Juicios penales como rituales

¿Qué presenciamos cuando estamos frente a un juicio oral por crímenes de lesa humanidad?ⁱ Para responder a esta pregunta más allá del sentido judicial o procesal del evento, se puede recurrir a una mirada etnográfica. En primer lugar un proceso judicial constituye un ritual (FELE, 1997; GIGLIOLI, 1997 y KAUFMAN, 1991), mientras que un juicio penal implica un ritual con características particulares. Pier Paolo Giglioli expresa que los juicios penales, como los celebrados en Italia por el caso denominado *Mani Pulite*, se caracterizan por ser “ceremonias de degradación”ⁱⁱ y expresan una función simbólica que da cuenta de eventos no instrumentales, ya que no remiten a la investigación de los hechos y a su consecuente evaluación de la responsabilidad de los imputados (1997, 31). De este modo “...se celebra la solemnidad de la justicia” y se le recuerda a los participantes y al público “...la separación neta existente entre la vida cotidiana y la actividad judicial” (1997, 31).ⁱⁱⁱ El juicio penal, en tanto ritual, propicia una “reparación catártica” de la violencia sufrida (GARLAND, 1999, 108).

Los juicios penales en la Argentina por las violaciones masivas a los derechos humanos^{iv} pueden considerarse como la puesta en escena de un ritual vinculado a la democracia. El camino judicial materializado en el “Juicio a las Juntas” ha sido la forma elegida para reasegurar la “transición” a la democracia luego del autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional” (1976-1983)^v (NINO, 1993). De esta manera se procuró generar un “ritual de cambio” que marcara un quiebre con el pasado de violencia política y autoritarismo, es decir, a través del cual la sociedad argentina pasaba de un estado de desorden a un Estado de derecho (KAUFMAN, 1991, 20). Los juicios penales contra los militares en la actualidad, luego de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida”^{vi} por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2005),^{vii} podrían vincularse a rituales de consolidación de la democracia.

A su vez, los juicios penales pueden analizarse a través de la óptica de los estudios de memoria social herederos de Maurice Halbwachs (1950). En primer lugar, los juicios propician escenarios de la memoria, en los cuales acontece el ritual. En este sentido, se retoma por analogía el análisis que Claudia Feld realiza sobre la televisión como tecnología, vehículo, emprendedora o escenario de la memoria (2004, 72-73). Los juicios penales como escenario de la memoria constituyen “...un espacio en el que se hace ver y oír a un público determinado un relato veritativo sobre el pasado” (FELD, 2004, 73). En segundo lugar, se plantea como una pregunta abierta la función de los juicios en tanto vehículos de la memoria, que supondría un canal o ámbito de “...transmisión de experiencias del

* Doctoranda UBA.

pasado a las generaciones que no vivieron los acontecimientos" (FELD, 2004, 72). En tercer lugar, los juicios una vez concluido el ritual pueden materializarse en lugares de la memoria cuando, por ejemplo, finalmente personajes significativos son enviados a la cárcel (ROUSSO, 2002).

En tanto sistema de producción de significados, la justicia origina una "*acción judicial*". La cual requiere de interacciones sociales, actores, un lenguaje y un espacio donde desplegarse y celebrar sus rituales. Es por esto que es posible llevar adelante etnografías de los juicios por crímenes de lesa humanidad que han sustanciado y actualmente tienen lugar en la Argentina. En las próximas páginas se presenta una aproximación conceptual y metodológica al abordaje de estos juicios penales desde la etnografía y los estudios de la memoria.

II Escenario de la memoria

La perspectiva de estudio de los juicios orales y públicos en tanto escenarios de la memoria es factible a partir de análisis etnográficos, a través de recurrir al método de la observación (no participante) en el lugar donde tienen lugar. Es decir, se pueden observar los juicios ocupando un lugar en tanto público y realizando registros o diarios etnográficos de una cantidad de aspectos que permiten dar cuenta de la práctica ritual y del escenario que propicia el juicio penal (aspectos que no se traducen en el producto final formal del juicio, es decir, la sentencia).

La idea del escenario permite aprehender "...problemas relacionados con la puesta en escena, la tensión dramática, los dispositivos narrativos puestos al servicio de la construcción de sentidos sobre el pasado, y los mecanismos por los cuales se seleccionan, jerarquizan y reúnen diversas voces o testimonios" (FELD, 2004, 73). A partir de estas premisas, a continuación se desarrollan dos aspectos que configuran al escenario de la memoria, por un lado, el espacio simbólico de la sala del tribunal y, por otro, la puesta en el escenario del juicio.

II.1. Espacio simbólico

La sala del tribunal donde se alberga el debate oral brinda elementos que configuran el espacio simbólico-social donde transcurre el evento judicial. En este caso se describirá la sala que ha utilizado el Tribunal Oral Federal N° 5 en los juicios orales y públicos por causas de lesa humanidad. Entre ellos tuvo lugar el primer debate de la "reapertura" el desarrollado contra Julio Simón (2006),^{viii} mientras que se sustancia actualmente el juicio llamado a "Jefes de Área"^{ix} y en octubre de 2009 se prevé el inicio del primer juicio significativo contra marinos en el marco de la "megacausa" conocida como ESMA.^x

Se trata de un espacio ubicado en el subsuelo del Tribunal sito en la Avenida Comodoro Py 2002 en la zona de Retiro, frente al Estado Mayor de la Armada "Edificio Libertad" y la Catedral Stella Maris (dependiente del Obispado Castrense).^{xi} El recinto tiene una capacidad total para aproximadamente 150 personas y es conocido como "sala AMIA", ya que es el antiguo auditorio remodelado especialmente para la celebración del juicio oral realizado en el año 2001 por el atentado en la mutual.^{xii} Las obras tuvieron en cuenta tanto aspectos relativos a la seguridad como a la flexibilidad del uso de las instalaciones. El acceso del público requiere atravesar el ingreso general del edificio, recorrer los pasillos centrales, descender un piso y pasar controles policiales presentado un documento válido; mientras que funcionarios e imputados pueden ingresar desde el propio interior del edificio.

Por la disposición arquitectónica se distinguen en la estructura funcional de la "sala AMIA" tres espacios principales: el central donde se encuentra el estrado y la ubicación de las partes; el posterior reservado al público de la querrela; y la bandeja superior donde se aloja el público de la defensa y los periodistas (ver imágenes 1 y 2). El estrado al frente de la sala se corresponde al lugar de los integrantes del tribunal y el centro es el puesto reservado al presidente del mismo (ver imagen 1). Al costado derecho del estrado se encuentra el escritorio de los secretarios, mientras que al costado izquierdo es el lugar destinado a los testigos o imputados cuando pueden hacer uso de la palabra (ver imagen 1). Enfrente al estrado y de cara al mismo en dos secciones separadas por un pasillo se despliegan los escritorios de la defensa a la derecha y de la fiscalía a la izquierda, y detrás de ésta se ubica la querrela. Un detalle a considerar es que el sector del público de la querrela se encuentra a continuación del recinto constituyendo estructuralmente el mismo espacio pero dividido por un cristal antibalas que cuenta con una puerta a cada costado. La capacidad del público de la querrela y la defensa es de aproximadamente 60 lugares cada uno.

De este modo queda en evidencia que la sala del tribunal constituye un espacio que responde a las características de un teatro. En el teatro se encuentra, generalmente, un escenario elevado al frente en el cual se desarrolla la escena. En este caso, en el recinto también existe una parte ligeramente más alta que el resto que se corresponde al estrado que ocupan los integrantes del tribunal oral. Sin embargo, la escena judicial se encuentra compartida entre el estrado y los otros subsectores presentes que ocupan la fiscalía, los abogados defensores y los abogados de la querrela. Es por esto que la altura en este caso responde a materializar la asimetría de poder existente entre el tribunal y el resto de las partes que conforman la escena judicial.

La sala también cuenta con elementos que hacen a la decoración del lugar: una bandera argentina ubicada en la tarima correspondiente al estrado y un escudo nacional en el centro del estrado. Se trata de artefactos simbólicos que, como en otros espacios institucionales, buscan dar cuenta tanto de la Nación como el Estado de Derecho. Es la forma de brindar legitimidad simbólica al espacio donde transcurren las escenas del juicio.

La "sala AMIA" es austera y está ambientada con colores sobrios, está rodeada de cortinados y el mobiliario se asemeja al estándar de una oficina moderna. Por estas características, se diferencia notoriamente del estilo y mobiliario de la sala donde tuvo lugar el llamado "Juicio a las Juntas", en el Palacio de Justicia ubicado en la Plaza de Tribunales en una zona central de la ciudad.^{xiii} Por otra parte, la sala cuenta con equipamiento técnico: luces, sonido, micrófonos, equipo de proyección e instalación para filmación. Este equipamiento responde a las necesidades particulares del desarrollo del debate oral y, a su vez, favorece dinámicas de la performance que tiene lugar en el juicio. Así las voces que hacen uso de la palabra se destacan por la utilización del micrófono y pueden verse imágenes en las pantallas a cada costado de la sala, como así también es factible proyectar documentación en gran tamaño.

Imagen 1: "Sala AMIA" vista de la parte central de la planta baja, se aprecian el estrado y los escritorios correspondientes a la fiscalía, defensa y querrella.



Fuente: Foto de Fabián Marelli, Diario La Nación, 19 de septiembre de 2001, http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=207861.

Imagen 2: "Sala AMIA" vista completa de la planta baja desde la zona del público de la querrella, el cristal antibalas y luego la parte central donde se encuentra el estrado.



Fuente: Foto de Fabián Marelli, Diario La Nación, 19 de septiembre de 2001, http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=207861.

II.2. Puesta en escena

La puesta en escena de todo juicio tiene que ver con el desarrollo del ritual hasta una conclusión o desenlace dramático, que tiene por fin generar una solución catártica al conflicto que se pretende dirimir en el Tribunal. En estos juicios se trata de definir las responsabilidades penales en relación a los crímenes imprescriptibles cometidos en el marco del plan sistemático de exterminio, diseñado y llevado a cabo por los militares con complicidades civiles, de sectores y miembros de la Iglesia y del ambiente empresarial.

El espacio escenográfico es una condición necesaria para que la acción dramática tenga lugar. Para que esto sea posible el desarrollo de la institución judicial y de los propios juicios requiere de la existencia de un *lenguaje y discurso jurídico*. Los cuales se retroalimentan con el devenir de la acción judicial. Como cualquier discurso, el discurso jurídico se conforma por un conjunto de reglas, técnicas y determinaciones ideológicas (ENTELMAN, 1982, 91). El

discurso jurídico "...involucra tanto al proceso discursivo de la ciencia jurídica, es decir, el discurso producido por los juristas, cuanto al proceso discursivo de las normas, es decir, el discurso producido por las autoridades sociales u órganos jurídicos" (ENTEELMAN, 1982, 94).

Antoine Garapon destacó que la justicia trabaja "de cuerpo presente" (2002, 95), dado que inviste al espacio judicial en receptor de una pluralidad de voces y valores a través de la *comparecencia* de los protagonistas ante el tribunal y la *co-presencia* del juez, la víctima y el acusado durante el juicio (2002, 95-96). Es esta co-presencia la que permite intercambios y percepciones entre los actores. Como así también esta interacción social pone en juego las "caras" (GOFFMAN, 1959) de los presentes y posibilita observar los trabajos que hacen con ellas. Es decir, en un juicio es factible considerar cómo imputados y testigos presentan sus "caras" y sobre todo atender a los intentos de defensa de sus "caras" en esa situación pública (FELE, 1997, 139-142). Garapon destaca que la presencia física es central en tanto función simbólica que:

"...permite la catarsis judicial; pero también presencia del acusado ante sí mismo, el cual es exhortado a explicar, a asumir lo que hizo, a tener *his day in court*; presencia de una sociedad ante sí misma, como lo ha mostrado -con gran ambigüedad- el juicio contra Papon. Los juristas utilizan, asimismo, la palabra 'confrontación': entre el agresor y su víctima, entre los testigos y el acusado, entre el fiscal y el abogado defensor, y de todos los anteriores con el juez" (2002, 95).^{xiv}

Así en la celebración del juicio participan diversos actores de forma estrictamente pautada y reglada: jueces, fiscales, funcionarios judiciales, abogados, imputados y testigos (actores fijos). Mientras que simplemente pueden estar presentes periodistas y público (actores variables). Cada actor tiene que ocupar un lugar pre-determinado en la sala, mientras que las posiciones se corresponden al tipo de actor (tal como se describió en el apartado anterior). A su vez, el propio ingreso en escena, su permanencia en la sala y el uso de la palabra de los actores depende de su rol en el juicio, respondiendo a pautas de clasificación y jerarquía. Los integrantes del tribunal son los últimos en ingresar a la sala, generalmente con tiempo de demora, mientras que las partes y el público esperan y se ponen de pie para recibirlos. Es el Tribunal quien organiza la participación en el debate y ordena los intercambios verbales, como así también es quien convoca el ingreso y autoriza el egreso de los testigos. Es decir, el Tribunal controla la *routine* y la interacción en la sala.

La reconstrucción de los hechos criminales realizada previamente en la etapa de la instrucción del sumario, se verifica de forma oral y pública en la sala. Para esto el lugar de los testigos y peritos es central. Así se habilita un espacio de escucha para las víctimas-testigos incluyendo a aquellos sobrevivientes de experiencias extremas. Es decir, quienes vivieron en primera persona los hechos y los pueden narrar (GONZÁLEZ BOMBAL, 1995, 210). Sin embargo, la escucha y el testimonio durante el juicio se encuentran condicionados a la obtención de la prueba jurídica requerida por el proceso.

Es propicio recordar a Paul Ricoeur cuando convoca a desnaturalizar al *testimonio*, ya que por un lado este se genera en una dinámica de escucha, diálogo y construcción (2000, 208-270). Para el autor se trata de un relato oral (luego escrito) situado que, a su vez, se dirige a un interlocutor. Así el testimonio jurídico constituye uno de sus usos y remite a posiciones como el hecho de estar frente a un juez en una sala de tribunal (lo que equivale a sus condiciones de producción). Los testimonios que son encuadrados en los parámetros de la acción judicial se orientan

a la producción de evidencia para el esclarecimiento del crimen y el posterior castigo de los culpables (GONZÁLEZ BOMBAL, 1995, 210-211 y OBERTI y PITTALUGA, 2006, 17). Cada deposición judicial sigue un *protocolo*^{xv} estandarizado orientado a destacar el peso simbólico de la ley ante la cual se declara, a preservar aspectos formales del procedimiento y velar por la verdad de los dichos vertidos en la sala. Es por estos motivos que el tribunal le comunica al testigo de forma previa a su testimonio el carácter de su acto, las consecuencias en el caso de faltar a la verdad y se toma un juramento por las convicciones que elija cada uno.

También es relevante tener en consideración que cuando se celebra un acto de justicia se trabaja con *el tiempo*, porque como lo ha sintetizado Juan Améry^{xvi} se produce un "proceso de inversión moral del tiempo" (citado en GARAPON, 2002, 91). Garapon analiza la temporalidad en los procesos judiciales donde los hechos se vuelven presentes y así se reconstituyen los tiempos pasados (2002, 93-99). En ese marco, se destaca que es en la representación judicial -constituida de los elementos previamente mencionados- donde la víctima puede "librarse de su soledad moral" (GARAPON, 2002, 96) y realizar un duelo por el daño sufrido. Sin embargo, en relación al tiempo, no se puede dejar a un lado el viejo adagio el cual sostiene que "Justicia demorada es justicia denegada."

El devenir de las audiencias, la continuación del ritual con el pasaje de sus diversos estadios hasta su finalización con la sentencia es el que se da lugar a la emergencia de una "verdad oficial" sobre los hechos que fueron debatidos o, como lo llamó Michel Foucault (1983), a una "verdad jurídica". Enrique Marí confirmó que *la verdad* que emana del sistema jurídico no es metafísica sino una verdad completamente racional, en tanto "...es una verdad producto de una lucha en el seno de una relación de conocimiento-poder" (1993, 282). Así, la sentencia tiene un valor de verdad, una verdad judicial que connota elementos morales que la justicia restituye en la escena del juicio.

El momento de la sentencia en tanto producto jurídico-final concluye el tiempo procesal y genera un "epílogo social" (GARAPON, 2002, 99). El arribo a la conclusión del ritual y el desciframiento de la "verdad jurídica" a través de la práctica judicial permite la asignación de responsabilidad penal por los crímenes que fueron objeto del proceso y, en consecuencia, sancionar a sus culpables. En esperable que la "verdad jurídica" influya en la memoria que se construya durante y posteriormente al proceso judicial sobre esos hechos. La sentencia da lugar a la condena que en el sistema punitivo moderno se salda con la reclusión en la cárcel de los condenados y esto se traduce en improntas en la memoria. Tal como lo ejemplifica Henry Rousso: "Barbie en la cárcel se vuelve propiamente un lugar de memoria al igual que un monumento" (2002, 8).^{xvii}

III. "Memoria jurídica"

Como se ha planteado la justicia a través de estos juicios penales busca establecer una "verdad oficial" sobre las violaciones a los derechos humanos y guiar hacia un cierre del conflicto (GARAPON, 2002). Mientras que en este proceso que busca dirimir el conflicto del pasado, el "discurso jurídico" genera desplazamientos y ocultamientos que tienden a despolitizar los acontecimientos históricos (MARÍ, 1982, 102). Sobre todo se desplaza el conflicto, o bien se oculta en lo simbólico (ENTELMAN, 1982: 17 y 90). En una sentencia se "...refleja la relación de fuerzas de los discursos en pugna" y, generalmente, "...un discurso ausente es el condicionante principal, provenga de razones económicas (modo de organización del sistema productivo), de razones políticas (razón de Estado, etcétera), morales, ideológicas, etcétera" (MARÍ, 1982; 81). En consecuencia:

"...las prácticas judiciales no dejan indemnes las historias que ingresan en su campo; éstas son capturadas por mecanismos clasificatorios complejos que desplazan su entendimiento hacia grupos especializados (los juristas) y que despojan a los hechos narrados del lenguaje político que los hacía accesibles al hombre común y a la generalidad de los actores sociales" (KAUFMAN, 1991, 6).

En este terreno emerge una memoria particular en tanto "memoria jurídica". Tal como lo expresó Garapon (2002), a lo largo del proceso judicial se interpela la rememoración colectiva de modo de reactivar la memoria sobre los sucesos para que ésta recobre su libertad. Con este mecanismo se evita el riesgo de que la memoria permanezca como una "memoria bloqueada" y se abre el espacio al advenimiento de una "memoria apaciguada" –como efecto de una purga de la memoria- (2002, 98-100). En consecuencia, se destaca la "advertencia" que Garapon ha planteado ante la pretensión de búsqueda de memoria por medio de los procesos judiciales porque el juicio "...es, al mismo tiempo, la culminación de un trabajo de la memoria y el punto de partida de un proceso de superación" (2002, 98). Esta "advertencia" también significa una guía o bien un faro en las miradas orientadas a investigar procesos judiciales. Así, el autor deja a la vista la tensión entre memoria y justicia -esta mirada puede fortalecer la investigación etnográfica en este terreno-, por medio de las siguientes preguntas centrales:

"¿Pueden los procesos judiciales ayudar al trabajo de memoria? ¿Tienen la virtud de acelerarlo o, por el contrario, es de temer que lo paralíen? ¿Bajo qué condiciones puede la justicia apaciguar, o bien, agudizar la memoria? En los últimos años, sobre todo en Francia, se ha recurrido mucho a la justicia para que salga en auxilio de la memoria. ¿No se corre el riesgo de desnaturalizarla al asignarle una función pedagógica, no sólo diferente, sino incluso inconciliable con la de juzgar la conducta humana, que es propiamente el fin para el cual fue concebida? La justicia, con su ritual y sus exigencias procesales, ¿podrá hacer frente a semejante tarea?" (GARAPON, 2002, 90).

Aunque en este punto la cuestión relevante es adentrarse a indagar cómo se conforma la "memoria jurídica" emergente de los juicios de lesa humanidad y luego cómo esto se transmite socialmente. Es decir, qué discursos la integran y qué tipo de recortes se producen en su configuración, dado que la suerte de la "memoria jurídica" se encuentra íntimamente vinculada al discurso jurídico. Por los motivos comentados anteriormente, la "memoria jurídica" corre el riesgo de ser despolitizada o de ceñirse al registro testimonial restringido a las necesidades de la prueba (sean los testimonios de sobrevivientes, familiares o peritos). Como ha expuesto Michael Pollak (2006), el testimonio en el marco judicial no permite reconstruir las relaciones sociales generadas al interior de los campos de detención, tampoco da lugar a recuperar lo que fueron las condiciones de la vida en ese tipo de situación extrema ni facilita adentrarse con cautela en las "zonas grises" nominadas por Primo Levi (1986).

Aún más, como plantea Hugo Vezzetti, el ritual judicial puede generar una "memoria capturada por los crímenes y sus ejecutores" (2002, 38). O bien, considerando el análisis de Hannah Arendt (1963) del juicio a Adolf Eichmann, existe el riesgo de reducir o aplanar los hechos históricos al condensarlos en el accionar del acusado en casos concretos, lo cual invisibiliza la trama de complejidades y responsabilidades que hicieron posibles los crímenes. En este proceso de persecución penal se libra, por lo menos hasta la fecha, de cargo criminal al poder económico que también ha colaborado con la dictadura. Mientras que la responsabilidad política y moral de la sociedad ha quedado opacada ante la responsabilidad criminal que se ha traducido en procesos penales (VEZZETTI, 2002, 40).

En estos procesos judiciales es posible que se desplace la política cuando las víctimas –en algunos casos- aparecen escindidas de su conciencia política y su actividad de militancia. Esta situación se puede visualizar, por ejemplo, a través de la lectura de documentos judiciales donde se mencione víctimas y estando atentos a los rasgos

con los cuales son descriptas las víctimas, donde siempre se encuentran sus datos personales tal como los entiende el registro civil. De este modo, la cuestión de la "violencia política" y del proyecto político alternativo propugnado -que ese momento histórico operó en parte como oposición al régimen militar- se posiciona como una discusión en los márgenes del proceso penal. De igual manera, ha quedado fuera del debate judicial el proyecto político de las "Juntas Militares" orientado a reconfigurar las relaciones sociales, económicas y políticas en el país (aunque algunos abogados han incorporado estos elementos en sus alegatos, lo expresado no tiene ninguna implicancia jurídica a los efectos de la tipificación de los crímenes y la fijación de las penas).

Por todo lo expuesto, la "memoria jurídica" presenta el desafío de ser considerada en su complejidad y con sus limitaciones. Los sucesos narrados en los tribunales deben ser contextualizados y puestos a andar en dinámicas que trasciendan el discurso jurídico para ser aprehensibles por el público y lograr efectos positivos en la memoria. Los juicios, con sus audiencias orales y sus sentencias, generan una cantidad enorme y valiosa de materiales que podrían constituir aportes en los procesos de construcción de la memoria. Materiales que, a su vez, podría circular y dirigirse a las nuevas generaciones a través de adecuados "vehículos" de memoria. Con este fin y a modo de ejemplo, se encuentran entre otras las siguientes alternativas: la presencia en la sala -que es sumamente limitada por el espacio disponible y por las distancias en el país-; la difusión masiva por los medios masivos de comunicación aunque el Tribunal Oral Federal N° 5 hasta el momento no ha permitido el ingreso de cámaras de televisión y la filmación corresponde al circuito cerrado del tribunal;^{xviii} o bien el diseño de instrumentos pedagógicos que sirvan para lograr transposición didáctica en referencia a estos contenidos. Esta cuestión merece ser un desafío a tomarse por la política pública en materia de derechos humanos.

Si bien las sentencias pueden constituir lugares de memoria, cabe preguntarse qué ocurre cuando los condenados cumplen su pena en prisión domiciliaria o bien cuando se confrontan los resultados cuantitativos de la justicia. Es decir, al simplemente comparar la cantidad de sentencias obtenidas y el número de condenados frente al universo de crímenes y perpetradores de crímenes de lesa humanidad. Hasta agosto de 2009 en la Argentina han sido condenadas 58 personas (de acuerdo a datos de la página web del CELS, 2009), mientras que la CONADEP ya había identificado en su tiempo a más de 1.000 responsables y existen 39 prófugos de la justicia y 213 imputados fallecidos (página web del CELS, 2009). Por este motivo, se presentan reclamos desde grupos de víctimas y organismos de derechos humanos sobre todo por la "lentitud" de los procesos judiciales.

Para concluir, los juicios penales -más allá de sus limitaciones y desafíos- configuran un soporte para las memorias que se pueden configurar en relación al pasado reciente y a las graves violaciones a los derechos humanos de la dictadura. Desde esta concepción, el abordaje etnográfico de estos juicios penales posee, en primer lugar, la capacidad de: favorecer el surgimiento de nuevas preguntas en relación a los sentidos de la justicia y sus usos sociales. En segundo lugar, la etnografía rescata y visibiliza experiencias de los actores durante la celebración del ritual judicial. Por último, es esperable que un acercamiento a los juicios de esta naturaleza genere elementos significativos que contribuyan a nutrir los análisis críticos sobre la justicia penal por graves crímenes de Estado.

Retomando la pregunta inicial, estamos frente a una forma de hacer justicia por crímenes de lesa humanidad que, en su configuración ritual, alberga la potencialidad de encarnar una forma de "reparación catártica" por crímenes sucedidos hace más de 30 años. Como así también se trata de observar las dinámicas de "la justicia" que,

sin dudas, es tanto una representación social en construcción y disputa, como una expresión de complejas estructuras y prácticas burocráticas. Finalmente, la "justicia" representa una aspiración del movimiento de derechos humanos en la Argentina aún hoy en disputa.

Buenos Aires, agosto de 2009

IV. Bibliografía

- ARENDRT, H. (1963) *Eichmann in Jerusalem. A report on the banality of evil*. Estados Unidos, Penguin Books, 1977.
- CASSESE, A. (2003) *International Criminal Law*. Great Britain, Oxford University Press, 2003.
- ENTELMAN, R. (1982) "Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico". En ENTELMAN, R. y otros, *El Discurso Jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*. Buenos Aires, Hachette, 1982, 83-109.
- FELD, C. (2004) "Memoria y televisión: una relación compleja". En *Oficios Terrestres*, 2004, número 15/16, año X, 70-77.
- FELE, G. (1997) "Strategia discorsive e forme della degradazione pubblica in tribunale". En GIGLIOLI, P. y otros, *Rituali di degradazione. Anatomia del processo Cusani*. Bologna, Il Mulino, 1997, 135-208.
- FOUCAULT, M. (1983) *La verdad y las formas jurídicas*. México, Gedisa, 1983.
- GARAPON, A. (2002) "La justicia y la inversión moral del tiempo". En Academia Universal de las Culturas, *¿Por qué recordar?* Barcelon, Granica, 90-100.
- GARLAND, D. (1999) *Pena e società. Uno studio di teoria sociale*. Milano, Il Saggiatore, Milano, 1999.
- GIGLIOLI, P. (1997) "Processi di delegittimazione e cerimonie di degradazione". En GIGLIOLI, P. y otros, *Rituali di degradazione. Anatomia del processo Cusani*. Bologna, Il Mulino, 1997, 7-77.
- GOFFMAN, E. (1959) *Ritual de la interacción*. Buenos Aires, Editorial Tiempo Contemporáneo, 1970.
- GONZÁLEZ BOMBAL, I. (1995) "'Nunca Más': El juicio más allá de los estrados". En ACUÑA, C. y otros, *Juicio, Castigos y Memorias. Derechos Humanos y Justicia en la política argentina*. Buenos Aires, Nueva Visión, 1995, 193-216.
- HALBWACHS, M. (1950) *La memoria colectiva*. Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2004.
- KAUFMAN, E. (1991) *El ritual jurídico en el Juicio a los ex Comandantes. Desnaturalización de lo cotidiano*. Buenos Aires, Mimeo, 2002.
- JELIN, E. (2002) *Los trabajos de la memoria*. Buenos Aires y Madrid, Siglo XXI, 2002.
- LEVI, P. (1986) *I sommersi e i salvati*. Torino, Einaudi, 2007.
- MARÍ, E. (1982a) "'Moi, Pierre Rivière...'" y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales". En ENTELMAN, R. y otros, *El Discurso Jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*. Buenos Aires, Hachette, 1982, 53-82.
- MARÍ, E. (1982b) "El castigo en el plano del discurso teórico". En ENTELMAN, R. y otros, *El Discurso Jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*. Buenos Aires, Hachette, 1982, 169-202.
- MARÍ, E. (1993) *Papeles de filosofía (...para arrojar al alba)*. Buenos Aires, Editorial Biblos, 1993.
- NINO, C. (1993) *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las Juntas del Proceso*. Buenos Aires, Ariel, 2006.

NOVARO, M. Y PALERMO, V. (2003), *La dictadura militar 1976/1983*. Argentina, Paidós, Historia Argentina 9, 2006.

OBERTI, A. Y PITTALUGA, R. (2006) "Introducción". En *Memorias en montaje. Escrituras de la militancia y pensamientos sobre la historia*. Buenos Aires, Ediciones El Cielo por Asalto, 2006.

POLLAK, M. (2006), "El testimonio". En *Memoria, olvido y silencio*. La Plata, Editorial Al Margen, 2006.

RICCEUR, P. (2000) *La memoria, la historia, el olvido*. Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2008.

RICCEUR, P. (2002) "Definición de la memoria desde un punto de vista filosófico". En Academia Universal de las Culturas, *¿Por qué recordar?* Barcelona, Granica, 2002, 24-28.

ROUSSO, H. (2002) "El estatuto del olvido". En Academia Universal de las Culturas, *¿Por qué recordar?* Barcelona, Granica, 2002, 67-110.

VEZZETTI, H. (2002) *Pasado y presente. Guerra, dictadura y sociedad en la Argentina*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2002.

Sitios en Internet

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), <http://www.cels.org.ar>.

Diario La Nación, <http://www.lanacion.com.ar>.

ⁱ En la actualidad la definición más desarrollada se encuentra en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002), allí se detallan los "crimes against humanity" para la versión en inglés o los "crímenes de lesa humanidad" para la versión en español.

ⁱⁱ Giglioli define a la "ceremonia de degradación" como un acto o un conjunto de actos comunicativos (1997, 23). Como hipótesis Giglioli sostiene que una degradación tendrá más eficacia cuando los hechos del caso se "etiqueten" de modo ejemplar, el acusador logre configurarse como representante de los intereses colectivos y, en último lugar, cuando el público presente guarde las dimensiones necesarias al evento (1997, 23).

ⁱⁱⁱ La traducción es mía.

^{iv} Se trata de juicios penales federales que invocan la jurisdicción ordinaria (territorial). Mientras que la justicia federal tiene en su ámbito de aplicación tanto a las leyes federales como a las normas que emanen del Derecho Internacional Público, teniendo en cuenta que la Reforma Constitucional de 1994 incorpora el inciso 22 al artículo 75, el cual expresa que determinados Pactos Internacionales en materia de Derechos Humanos adquieren jerarquía constitucional. Si bien el extenso debate en la materia excede el presente trabajo, se puede agregar que el derecho internacional a través del *ius gentium* se supone contemplado desde 1853 en nuestra Constitución Nacional.

^v Sobre el período ver NOVARO y PALERMO, 2003.

^{vi} La "Ley de Punto Final" fue sancionada bajo el número 23.492 y publicada en el Boletín Oficial el 29 de diciembre de 1986, la misma consiste en una caducidad de la acción penal lo que equivale a una prescripción. La "Ley de Obediencia Debida" lleva el número 23.521 y fue publicada por el Boletín Oficial el 9 de junio de 1987, estableció la no imputabilidad de mandos medios de las fuerzas armadas y de seguridad invocando su cumplimiento de órdenes. El derecho internacional no acepta la validez de este tipo de legislación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expresado en varias oportunidades en este sentido, declarando a las leyes de amnistía contrarias al derecho regional en materia de derechos humanos. Las mismas también son conocidas como "leyes de impunidad" o "leyes del perdón".

^{vii} Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc." S.1767.XXXVIII, caso N° 17.768, Ciudad de Buenos Aires, 14 junio de 2005; disponible en www.derechos.org/nizkor/arg/doc/nulidad.html. Las causales de esta decisión del supremo tribunal argentino son variadas y exceden el objeto de este trabajo, sin embargo es relevante mencionar como antecedentes: la sentencia del Juez Gabriel Cavallo en el caso Simón del año 2001 fundada en el derecho internacional; la declaración de nulidad de las leyes de "Punto Final" y "Obediencia Debida" realizada por el poder legislativo mediante la ley 25.779 publicada en el Boletín Oficial el 3 de septiembre de 2003; y la sentencia condenatoria de Adolfo Scilingo en la Audiencia Nacional de Madrid en el año 2005 (dos meses de antelación a la decisión de la Corte) a raíz de la aplicación de la "jurisdicción universal".

^{viii} "Simón, Julio Héctor s/inf. arts. 144 bis, inc. 1° y 5° y arts. 144ter, pfs. 1° y 2° del Código Penal". El CELS elaboró el sitio "El caso Poblete-Hlaczik. Bitácora del juicio", disponible en: <http://memoria.cels.org.ar/?p=126>.

^{ix} Causa Olivera Róvere N° 1261 y Causa Primer Cuerpo del Ejército - Elevación Parcial - Jefes de Área, N° 1268. El blog del CELS sobre el juicio: <http://www.cels.org.ar/wpblogs/olivera/>.

x "ESMA. Hechos denunciados como ocurridos en la escuela de Mecánica de la Armada", expediente 14.217/03. Se trata de la elevación a juicio de las siguientes partes de la "megacausa": Testimonios A (Causa N° 1277); Testimonios B (Causa N° 1278), Testimonios C (Walsh) y Donda, Capdevila y Montes (Causa N° 1270). El blog del CELS de la causa: <http://cels.org.ar/wpblogs/ccesma/>.

xi Edificios emplazados en Avenida Comodoro Py 2055 y 1925 respectivamente.

xii El funcionario encargado de la remodelación fue el arquitecto Francisco Toscano, en su momento director general de Infraestructura Judicial (oficina dependiente de la administradora general del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación), quien comentó que: "No había estructura para este tipo de audiencias en el Poder Judicial, sólo las salas generales del Palacio de Justicia". Cita de la entrevista publicada en GARCÍA FALCÓ, M. (2001) "Nueva sala para un juicio oral atípico", en *Diario La Nación*, 19 de septiembre de 2001, http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=207861.

xiii Ver análisis y descripción en KAUFMAN, 1991.

xiv Maurice Papon fue un alto funcionario del régimen de Vichy, acusado de la deportación de judíos a campos de exterminio.

xv Los elementos del protocolo mencionados por Michael Pollak son los siguientes: "...número del acta, carátula de la causa, fecha y hora de llegada del testigo, nombre del secretario del protocolo, nombre, fecha y lugar de nacimiento, profesión, domicilio del testigo, testimonio seguido de una fórmula jurídica del estilo: 'dictado en voz alta, autorizado y firmado', 'estoy dispuesto a repetir esos enunciados delante de un tribunal alemán', 'el abajo firmante... jura que las declaraciones aquí dichas corresponden a la verdad', seguido de la firma del testigo." (2006, 62).

xvi Nombre ficticio del escritor austríaco Hans Mayer (1912-1978), quien participó en la resistencia belga contra el nacionalsocialismo. Fue deportado a los campos de concentración de Buchenwald y Auschwitz.

xvii Klaus Barbie fue un miembro de las SS que en 1942 fue destinado a Lyon - Francia donde fue Jefe de la Gestapo local. Fue acusado de numerosos crímenes entre ellos la deportación de personas a campos de concentración; y asesinatos, arrestos y torturas de combatientes de la Resistencia. Logró escapar a la Argentina y a Bolivia donde vivió hasta ser extraditado a Francia en 1983 para ser juzgado por sus crímenes.

xviii Sin dudas se trata de un tema complejo que no se ha podido abordar en este trabajo. Sobre la materia se ha expedido el máximo tribunal argentino a través de la acordada 29/08 del 28 de octubre de 2008, a través de la cual se buscaba promover la publicidad de los juicios atendiendo a su valor histórico. En este punto de la publicidad entran en tensión intereses sociales y del derecho. Entre otras cuestiones delicadas se podría considerar la protección de la neutralidad en la producción de la prueba.

LOS DERECHOS SOCIALES: DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y SU RECEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Por Ana María Bestard y Laura Royo

RESUMEN

A partir de la reforma constitucional de 1994 se han incorporado numerosos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional a nuestro ordenamiento interno, por lo que se ha ampliado el catálogo de derechos que el Estado debe garantizar. Asimismo, el Estado se ha obligado a adoptar un enfoque de derechos al momento del diseño y ejecución de las políticas públicas. Dentro de este contexto, el trabajo tratará los derechos económicos, sociales y culturales tomando como base la jurisprudencia y doctrina más reciente, en cuanto a su exigibilidad.

Se analizará jurisprudencia nacional e internacional a fin de determinar la recepción en la jurisprudencia argentina de las decisiones, observaciones y recomendaciones de los sistemas internacionales de protección de derechos, en particular el americano.

Por último, se pretenderá dar cuenta de los avances y retrocesos en la adopción de dicho enfoque en la jurisprudencia, los logros, fracasos, y limitaciones del mismo.

PALABRAS CLAVES

Reforma constitucional-enfoque de derechos-derechos sociales-exigibilidad

THE SOCIAL RIGHTS: JURISPRUDENTIAL DEVELOPMENT IN THE INTERNATIONAL FIELD AND ITS RECEPTION IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT

By Ana María Bestard y Laura Royo*

SUMMARY

From the constitutional reform of 1994 some international instruments of human rights have joined with constitutional hierarchy to our internal classification, by what there has been extended the catalogue of rights that the State must guarantee. Likewise, the State has bound to adopt an approach of rights to apply in the design and execution of the public policies. Inside this context, the paper will deal with judiciability and exigibility of the economic, social and cultural rights taking into account new jurisprudence and the most recent doctrine as a base.

There will be analyzed national and international jurisprudence in order to determine the receipt in the Argentine jurisprudence of the decisions, observations and recommendations of the international systems of protection of rights, especially the American.

Finally, the paper will try to realize of the advances and setbacks in the adoption of the above mentioned approach in the jurisprudence, its achievements, failures, and limitations.

KEY WORDS

Constitutional reform-approach of rights-social rights-exigibility

LOS DERECHOS SOCIALES: DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y SU RECEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Por Ana María Bestard* y Laura Royo**

1. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: una discusión casi saldada

A lo largo del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos se han esbozado diversas teorías sosteniendo diferencias entre "categorías" de derechos: por un lado, los derechos civiles y políticos (en adelante DCP) y por otro lado, los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC). Respecto de estos últimos se ha sostenido que no resultan directamente exigibles, y que son meras expresiones de deseo de los Estados, restándoles su verdadera esencia de derechos humanos. Desde esta perspectiva, las diferencias entre DCP y DESC son de grado, y no de sustancia. Puede reconocerse que la faceta más visible de los DESC son las obligaciones de hacer, y es por ello que se los denomina "derechos-prestación". Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos, la existencia concomitante de obligaciones de no hacer (ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., 2006c).

Consecuentemente, es falso que las posibilidades de judicabilidad de estos derechos sean escasas: cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas (ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2006c).

Por lo tanto, de acuerdo a lo expuesto podemos afirmar que la discusión sobre las mal llamadas "categorías de derechos" se encuentra saldada y consecuentemente, los DESC resultan válidamente exigibles.

2. El enfoque de derechos: fundamental para el diseño de las políticas públicas

Al momento de suscribir numerosos instrumentos internacionales, los Estados han asumido un cúmulo de obligaciones provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, adoptando así el enfoque de derechos humanos. Por un lado, se amplió el catálogo de derechos, que implica obligaciones concretas para el Estado, y determina los contenidos mínimos de las políticas públicas y por otro, también se amplió el catálogo de herramientas procesales disponibles para efectivizarlos.

* Ana María Bestard es Abogada Especialista en Sociología Jurídica, Escribana, Profesora Adjunta de Derecho Constitucional, Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", de la Facultad de Derecho de la UBA y Profesional Principal de la Carrera del Personal de Apoyo a la Investigación y Desarrollo del CONICET. Integrante del Proyecto UBACYT D-413.

** Laura Royo es Abogada, graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Tiene un Diplomado Internacional de Especialización en Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Políticas Públicas otorgado por la Fundación Henry Dunant América Latina y el Collège Universitaire Henry Dunant. Integrante del Proyecto UBACYT D-413.

" Sobre este punto, véase Abramovich, V. y Courtis, C., (2002), (2003) y (2006)

Este umbral en el nivel de exigibilidad de los derechos, de ningún modo, restringe la soberanía de cada Estado para decidir sobre el diseño y ejecución de sus políticas públicas, sino que solamente fija los contenidos mínimos que deben ser respetados. “Los Estados tienen un margen importante de autonomía para decidir las medidas específicas que adoptarán con el fin de hacer efectivos los derechos, lo que es esencial para compatibilizar el enfoque basado en derechos con los procesos nacionales de definición de estrategias de desarrollo y de reducción de la pobreza” (ABRAMOVICH, 2006, 43). De este modo, los tratados de derechos humanos, las interpretaciones que realicen los órganos internacionales de supervisión de los mismos, así como la jurisprudencia que los tribunales internacionales emiten se encargarán de vigilar el respeto a dicho “piso mínimo”. Dentro de este marco, respecto a los derechos garantizados, los Estados están obligados a respetar, proteger, garantizar y realizar los derechos humanos.

Por último, si los recursos materiales para llevarlos a cabo son escasos, los derechos quedarían inevitablemente sujetos a algún tipo de priorización. En relación a este punto, es importante mencionar la Observación General N°3 del Comité DESC, en relación al artículo 2° del PIDESC, que aclara que más allá de la discrecionalidad que le corresponde a los Estados al momento del diseño de las políticas públicas y de las restricciones derivadas de la limitación de los recursos, el Pacto impone varias obligaciones con efecto inmediato. Si bien el alcance del ejercicio efectivo de los derechos se encuentra previsto con los límites de la prohibición de regresividad y la obligación de implementar políticas progresivas –que tiendan a aumentar el nivel de protección–, el Comité ha expresado que cada Estado tiene la obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos.

3. La relación entre la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación .Doctrina del seguimiento nacional.

Tomaremos los derechos de la seguridad social como derechos paradigmáticos en materia de DESC, sobre todo, por los avances registrados en la jurisprudencia nacional.

Coincidiendo con el análisis de Néstor Sagüés (SAGÜÉS, 2006, 274) podemos decir que los tribunales nacionales manifiestan tres tipos de dificultades frente a las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos. Estas dificultades serían: la desinformación, el rechazo y la desnaturalización de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana (en adelante “CorteIDH”) como de las recomendaciones de la Comisión Interamericana (en adelante “CIDH”).

La doctrina del seguimiento nacional, por la que nuestros tribunales han comenzado a aplicar los fallos y criterios de los órganos internacionales, se va abriendo paso en la jurisprudencia nacional. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CS”) en los casos “Ekmekdjian c/ Sofovich”², “Giroldi”³, “Bramajo”⁴, “Scilingo”⁵ y “Petric”⁶. Cabe destacar que en el último, la CS alude al concepto de “básica compatibilidad” que predica de los tratados internacionales de derechos humanos (en adelante “TIDH”) incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (“CN”), con la propia CN. Los constituyentes han

2 CS 7/7/1992.

3 CS 7/4/1995.

4 CS 12/9/1996.

5 CS 6/5/1997.

efectuado "un juicio de comprobación"⁷ por el cual han verificado que no se produce contradicción alguna entre los TIDH y la CN, juicio que los poderes constituidos no pueden desconocer y que se conjuga con la jerarquía constitucional otorgada por ellos a los precitados tratados.

No debemos dejar de destacar que la mencionada doctrina judicial sufrió un importante retroceso, con los casos: "Acosta"⁸ y "Felicetti"⁹. Luego esta situación se modifica mediante el caso "Simón"¹⁰, en el que la CS restablece la doctrina del seguimiento nacional: la jurisprudencia de la Corte IDH, así como las directivas de la CIDH constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la CADH. Al respecto la C.S. menciona lo resuelto por la Corte IDH en el caso "Loayza Tamayo", por el cual el Estado Nacional debe realizar los mejores esfuerzos para cumplir las recomendaciones de la CIDH y atender a las mismas¹¹

○ **Desnaturalización de la doctrina del seguimiento nacional**

Caso Chocobar¹²: En este caso, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social – sobre la base de considerar inconstitucional el sistema de movilidad¹³ de los haberes previsionales- decidió que se practicara una nueva determinación del haber inicial de jubilación y fijó nuevas pautas de movilidad de los mismos, de acuerdo con los índices del salario básico del convenio de la industria y la construcción.

Se advierte que si bien la CS introduce las prescripciones de los TIDH (DUDH y CADH), receptados en el art. 75 inc. 22 de la CN, les otorga una interpretación regresiva. Pues, en definitiva, sujeta la movilidad de los haberes previsionales a los recursos disponibles, restringiendo los derechos sociales a niveles casi ilimitados. (Abramovich, V. Pautassi, L, 2009, 16)

3.2 Nuevo impulso de la doctrina del seguimiento nacional. Casos Sánchez, Badaro I y II, Vizzoti, Aquino, Reyes Aguilera.

a. Caso Sánchez¹⁴. En este otro fallo sobre movilidad de los haberes jubilatorios, la CS modifica su postura anterior. Aclara que las prestaciones previsionales poseen naturaleza sustitutiva del salario que se percibía estando en actividad y rechaza toda interpretación restrictiva de su movilidad, de acuerdo con el art. 14 bis de la CN.

"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 1.994, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos". –C. 3-

Resulta interesante el cambio de criterio del tribunal respecto del caso Chocobar en la interpretación de los arts. 22 y 26 de la CADH: "Que los tratados internacionales promueven el desarrollo progresivo de los derechos

6 CS 16/4/1998.

7 Votos de Moliné O'Connor y de Boggiano

8 Fallos 321:3555.

9 Fallos 323:4130.

10 CS 14/6/05.

11 Sentencia del 17/9/97, puntos 80 y 81.

12 "Chocobar Sixto C. c/ Caja Nac. de Previsión para el Personal del Estado" CS. 27/12/96.

13 Establecido por los arts. 49, 53 y 55 de la ley 18.037 (t.o. 1.976)

14 "Sánchez, María del Carmen c/ Anses s/ reajustes varios" CS 17/5/05

humanos y sus cláusulas no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derechos alguno establecido por la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22). La consideración de los recursos disponibles de cada Estado –conf. arts. 22 de la DUDH y 26 de la CADH constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, mas no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes (conf. Art. 29 CADH). Debe suponerse que el legislador ha sopesado los factores humanos, sociales y económicos al establecer la extensión de las prestaciones reconocidas y no corresponde a los jueces sustituir dicha valoración mediante razonamientos regresivos que, en la práctica, sólo conducen a negar el goce de esos derechos en los momentos de la vida en que su tutela es más necesaria”. –C. 6-.

Es importante destacar –en el voto de Maqueda- la aplicación del Protocolo de San Salvador (PSS en adelante) en su art. 9, que dispone que toda persona debe gozar del derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. A tales efectos, el art. 1º del PSS dispone la obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el documento. Correlativamente, cita el art. 19 del PSS que protege el principio de progresividad mediante la obligación de los informes periódicos que dan cuenta de las medidas adoptadas por los estados.

En lo que respecta al alcance de las reglamentaciones en materia de prestaciones previsionales, estima que el mandato constitucional merece ser apreciado a la luz del criterio que la Corte IDH expresó en el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”¹⁵. –C. 12-.

b. Caso Badaro I¹⁶. La CS aplica su precedente Sánchez en el sentido de ratificar “que la movilidad - jubilaria- 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 jubilaria, 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...-C. 14-.

Las leyes que regulen la movilidad jubilaria consagrada en el art. 14 bis de la CN no pueden alterar el derecho a la movilidad, sino conferirle la extensión y comprensión previstas en el texto constitucional. Si hubo cambios en las circunstancias que tornaran irrazonable la reglamentación legal, correcta en su comienzo, “los restantes poderes públicos (...) deberán, dentro de la órbita de su competencia, hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto, dentro del marco que exigen las diversas formas de justicia” (Cfr. Vizzoti) –C. 15-.

Es concreta la directiva hacia los demás órganos del sistema político, a punto que revoca la sentencia apelada con el alcance que surge de la sentencia Sánchez, y notifica la decisión a los órganos ejecutivo y legislativo nacionales a fin de que “en un plazo razonable, adopten la medidas a las que se alude en los considerandos” -sancionen leyes y emitan decretos reglamentarios sobre movilidad que respete las normas constitucionales-, y a la ANSES para que dé cumplimiento a la parte consentida del fallo impugnado y a lo resuelto en la decisión de la CS e informe a ésta al respecto.

15 Corte IDH Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C N° 98.

16 Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/reajustes varios”, CSJN 8/8/06.

c. Badaro II¹⁷. Ninguno de los órganos del poder político cumplimentó el anterior fallo de la CS, y habiéndose agotado el plazo razonable aludido por el mismo, ahora sí la CS se expide sobre las impugnaciones a la ley que prohibía la movilidad de los haberes jubilatorios.

Al respecto dijo que la CN "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..." -C. 15-

La CS rechaza las excusas del estado para concretar la movilidad de los haberes jubilatorios en términos rotundos: "Que no se ha demostrado en la causa la existencia de muy graves circunstancias de orden económico o financiero, que impidan acatar en lo inmediato el mandato constitucional o disponer, cuando menos, una recuperación sustancial del deterioro sufrido por la prestación del actor, y ello tampoco surge de los antecedentes de las normas en juego, lo cual lleva a desestimar por falta de fundamento las invocaciones del organismo previsional referentes a la gravedad institucional del caso y la crisis de las cuentas públicas (...) manifestaciones que no condicen, por lo demás, con la mejora en las cifras de la recaudación y balance fiscal que son de público conocimiento" -C. 18-

Queda claro que los efectos de esta sentencia se aplican sólo al caso concreto y que corresponde al Congreso dictar una ley general que regule las pautas de aplicación permanente que aseguren la movilidad jubilatoria, según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Indec.

d. Caso Vizzotti¹⁸. En este caso se discute la determinación de la indemnización por despido sin causa. La CS declaró la inconstitucionalidad de un artículo de la ley de contrato de trabajo que establece un sistema de topes a dicha indemnización¹⁹. Tal sistema fija como indemnización por año de antigüedad el equivalente a un mes del sueldo, con un límite -para ese mes de sueldo- de tres veces el salario promedio del convenio colectivo de la actividad pertinente. El salario del actor excedía con creces el salario promedio del convenio colectivo. El holding del fallo afirma que "no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado artículo 245²⁰ de la ley de contrato de trabajo, vale decir, la mejor remuneración mensual y habitual percibida durante el último año -o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor-, pueda verse reducida en más de un treinta y tres por ciento, por imperio de su segundo y tercer párrafo". La sentencia de la CS establece que tal parámetro no puede ser inferior al 67 % de la remuneración mensual, normal y habitual. Dicho porcentaje reitera la pauta que la CS aplica en relación a la confiscatoriedad producida por la presión fiscal de igual magnitud. Asimismo, la mayoría resalta que "determinadas diferencias entre la remuneración establecida en el primer párrafo y el máximo previsto en el segundo, (...) podrían tornar irreales las pautas indemnizatorias en juego y, por tanto, censurables con base en la CN" -C.7, 3º pár.-. Además exige la necesidad de un nexo entre la indemnización y la realidad concreta

17 "Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios" CS 26/11/07-

18 CS "Vizzotti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A.", 14/9/04

19 Art 245 Ley 24.013

20 Art. 245: 1. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. 2. Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad.

del trabajador dañado por la disolución contractual sin justa causa “al puntualizarse que la reparación tiene contenido alimentario y se devenga, generalmente, en situaciones de emergencia para el empleado” –C. 7, 2° pár.-.

A la interpretación del art. 14 bis de la CN, sin olvido del art. 28 de la misma –C. 11, 3° pár.-, suma “el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional, a partir de la reforma constitucional de 1.994 (CN, art. 75n inc. 22)”: la DUDH (arts. 23/25), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre –DADDH-(art. XIV), el PIDESC (arts. 6 y 7), a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEFD- (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN- (art. 32). Al respecto, exhibe singular relevancia el art. 6 del citado Pacto pues, en seguimiento de la DUDH (art. 23.1), enuncia el “derecho a trabajar” (art. 6.1), comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste. Derecho al trabajo que, además de estar también contenido en la DADDH (art. XIV) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial-CIFDR- (Art. 5.2.i.) debe ser considerado inalienable de todo ser humano en palabras expresas de la CEFD (art. 11.1.a). –C. 10 -.

La CS se hace cargo de las consecuencias de su decisión, expresando que no desconoce que puedan existir quienes critiquen la decisión alegando perjuicios al propio mercado laboral o aún al mercado económico general. Pero dar cabida a leyes que someten derechos receptados en la CN a las leyes del mercado implicaría la subversión de la legalidad constitucional. Deja en claro que el trabajo humano “no constituye una mercancía” (Fallos 290: 116, 118, C. 4°). –C. 11-.

e. Caso Aquino²¹. En este caso el actor, un trabajador que sufre una discapacidad total y definitiva, recibe la indemnización tarifada de la ley de riesgos de trabajo²². La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ya había declarado la inconstitucionalidad de la disposición de la ley de riesgos de trabajo aquí aplicada por “insuficiente y confiscatoria”²³.

La CS confirma dicha declaración de inconstitucionalidad. Ordena al Congreso -como en el caso Badaro I- la reglamentación -ahora- del infortunio laboral, conforme las reglas establecidas en el fallo, que coinciden con las de las jurisdicciones internacionales en materia de DDHH –C. 9 del voto de la mayoría -.

La fundamentación de la CS se apoya no sólo en normas de la CN y precedentes de su propia jurisprudencia, sino también y primordialmente en normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos. La sentencia comienza por señalar que el art. 19 de la CN resulta la base del principio general de prohibición de perjudicar los derechos de terceros. Sostiene que la LRT se aparta de la concepción de la reparación mediante indemnización integral, que es la indemnización justa. Viola los art. 14 bis (incluye un principio protectorio de los trabajadores y de las condiciones de trabajo, como derechos inviolables), y la especial protección reconocida a toda persona trabajadora en los textos internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional. Resulta gratificante que la CS considere las observaciones del Comité de DESC, en tanto intérprete del PIDESC. Agrega, a su vez, las advertencias y recomendaciones del Comité dirigidas a los países en los que las leyes de seguridad en el trabajo no se cumplen adecuadamente. Menciona la obligación de proteger los derechos humanos –conforme el

21 “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA s/ accidentes ley 9688” CS 21/9/04.-
22 Ley 24.557, Ley de riesgos del trabajo –LRT-, arts. 39 y 15.

Comité de DESC-a cargo de los Estados, porque a ellos les exige que adopten las medidas necesarias para evitar que las empresas o los particulares priven a las personas de los mentados derechos. Recuerda los numerosos antecedentes del derecho internacional de los derechos humanos de "obligaciones positivas" de los Estados para garantizar el ejercicio y disfrute de los mismos. En relación a las personas con discapacidad, (víctimas de los infortunios) cita la Observación General del Comité de DESC N° 5: Las personas con discapacidad. Asimismo, la C.S. remite a pronunciamientos de la CorteIDH reiterativos de su tradicional jurisprudencia, referida a que cuando no sea posible el restablecimiento de la situación anterior a la violación del derecho que corresponda reparar, se impone una "justa indemnización. Y las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial y no pueden implicar el empobrecimiento de la víctima²⁴.

Por otro lado, la CS se encarga de señalar que la LRT, al eliminar la reparación del Código Civil al trabajador, lo que hace es violar los principios de progresividad, dignidad de la persona humana, justicia social y razonabilidad.

En el voto de Highton de Nolasco, previa ratificación de la violación a la normativa internacional antes descripta -C. 9 y 13 de su voto-, se destaca la discriminación negativa que sufre el trabajador: resulta inconstitucional que se prive a los trabajadores de lo que se permite al resto de los habitantes en circunstancias similares (acceso a la justicia para solicitar la aplicación del régimen general del Código Civil en materia indemnizatoria).

f. Reyes Aguilera²⁵. La Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, Sala I, consideró válida la exigencia de acreditar una residencia mínima continuada en el país de veinte años a los extranjeros, como requisito para obtener una pensión²⁶. La actora era una persona boliviana nacida en 1.989, que había ingresado al país en 1.999 y obtenido su radicación en Argentina, con una incapacidad del 100% de carácter congénito. La Cámara sostuvo que la facultad del Congreso de dar pensiones (art. 75 inc. 20) está sometida a la total discrecionalidad del mismo. La CS revierte dicho pronunciamiento, haciendo derivar el derecho de la actora, de la legislación sobre seguridad social, es decir, le reconoce un derecho a pensión, emanado de la legislación sobre seguridad social -que como competencia debe ejercer el Congreso con base en la reforma constitucional de 1.957 (art. 67 inc. 11 actual art. 75 inc. 12)-. La trascendencia del fallo reside en que éste reconoce el derecho a la seguridad social de Reyes Aguilera: la empodera con el derecho a pensión, en contraposición a la Cámara que considera que la pensión (no del régimen de seguridad social sino graciable) es una facultad que el Congreso puede o no conceder (conforme art. 75 inc. 20 CN).

A partir de lo que alega la actora, "la Corte juzga conveniente esclarecer el litigio, de conformidad con el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, a la luz de los arts. XVI de la DADDH..., 25.1 de la DUDH... y 9 del PIDESC..., todo ello en estrecha combinación con el derecho a la vida".- C. 3º voto mayoría-.

"Que los recaudos para acceder al beneficio que han sido puestos de manifiesto, son muestra más que elocuente de que éste fue previsto para cubrir contingencias sociales absolutamente extremas, vale decir, situaciones que ponen en juego, de manera palpable y potente, la "subsistencia" misma de la persona humana, de una persona carente de "recurso o amparo", y que, en cuanto al primero, también emplean las memoradas Declaración Americana y Universal." Asimismo, la C.S. hace referencia a la Observación General N° 5 del Comité: "los

23 "Gorosito, Juan Ramón c/ Riva S.A. y otro s/accidentes de trabajo art. 1.113 Código Civil. Daños y perjuicios. Inconstitucionalidad art. 39 Ley 24.557".

24 Bamaca Velásquez vs. Guatemala Reparaciones, sentencia del 22/2/2.002. Informe Anual de la Corte IDH 2.002, San José, 2.003

25 "Reyes Aguilera, D. c/ Estado Nacional" CS 4/9/2.007.

regímenes de seguridad social y de mantenimiento de los ingresos revisten importancia particular para las personas con discapacidad que, debido a la discapacidad o a factores relacionados con ésta, hayan perdido temporalmente sus ingresos, reciban un ingreso reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo”.

El requisito de los veinte años de residencia para la obtención de la pensión –sumado a las demás condiciones que exige el decreto cuestionado- implican, para el tribunal, un absoluto desconocimiento del derecho a la seguridad social, en los términos de los tratados internacionales citados, de jerarquía constitucional, en grado tal que compromete el derecho a la vida y cuya garantía a través de acciones positivas constituye una obligación impostergable de las autoridades públicas.

A su vez, la CS aplica el fallo de la CorteIDH “Niños de la Calle”²⁷ por el que resultan inadmisibles enfoques restrictivos del derecho a la vida. Y agrega la jurisprudencia de Vizzoti en el sentido de que los derechos constitucionales, en especial, los derechos humanos, deben ser efectivos no ilusorios. La reglamentación no puede hacer más que garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la CN y en los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (CN art. 75 inc. 23 y Fallos 327:3677, 3688, C. 8 de la mayoría).

Los jueces Fayt y Zaffaroni señalan que la pensión no contributiva en juego no es un favor del Estado sino un derecho de la seguridad social, basado en la CN y los TIDH. Siendo la primera consecuencia de lo expuesto el sometimiento del régimen legal que lo regule a los principios mínimos de razonabilidad definida por la finalidad tuitiva del sistema de la seguridad social, que -a su vez- quedan subordinados al pertinente control judicial. (Abramovich Pautassi 2009,32)

Por su parte, los jueces Petracchi y Argibay encuentran el fundamento de la inconstitucionalidad del decreto en la violación al derecho a la no discriminación en razón al origen nacional receptado en el art. 20 de la CN, art. 1.1.CADH, art. 2.2 PIDESC y, especialmente, el art. 26 PIDCyP. La categorización realizada por el decreto es considerada, por este voto, como una categoría sospechosa de discriminación y hace pesar sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad. Lo importante aquí es el juicio de razonabilidad de la norma, que traduce un escrutinio estricto que genera una inversión de la carga de la prueba en quien sostiene la constitucionalidad de la misma. Deberá acreditar que los fines de la misma son sustanciales (significa que no alcanza con que sean convenientes) y que los medios promueven efectivamente esos fines y no existen otros medios alternativos menos lesivos o restrictivos para los derechos en juego.

El voto del juez Maqueda define la cuestión por la inconstitucionalidad del plazo de residencia requerido, y no de la distinción entre argentinos y extranjeros. Para ello, aclara que el art.16 de la C.N. (igualdad formal) se completa con el 75 inc. 23 por el cual se integra sustantivamente el primero, con la expresa prohibición de supuestos o motivos concretos de discriminación que tiendan a impedir diferenciaciones que afecten a colectivos determinados. Cita jurisprudencia de la Corte IDH –Caso Yatama vs. Nicaragua del 23 de junio de 2.005-, del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Alude a la diferencia entre “distinción” y “discriminación”²⁸, que surge de la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte IDH. Aplica la CADH (arts. 26, 30, 32 inc.2). Asimismo el PSS, sobre progresividad de los DESC (arts. 1 y 5). Finalmente, en línea con lo expuesto, y en relación directa con el caso, también aplica el PIDESC (art. 2 inc.3).

26 Art. 1 inc. e) Decreto 432/97.

27 Villagrán Morales y otros- del 19 de noviembre de 1.999, Serie C N° 63, párr. 144

En cuanto a la irrazonabilidad del plazo, expresa que teniendo en consideración los fines perseguidos por las normas que conceden el beneficio, la naturaleza de los derechos fundamentales que se encuentran involucrados y las obligaciones estatales en la materia, en particular respecto -entre otros- de las personas con discapacidad, el plazo de 20 años exigido a los extranjeros para poder gozar de los beneficios de pensión resulta manifiestamente irrazonable en los términos del art. 28 de la CN. Su exorbitancia convierte en ilusorio el derecho a la pensión en un tiempo oportuno y adecuado. No supera los tres escrutinios de razonabilidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

4. El ámbito internacional: el Sistema Interamericano

La mayoría de los países latinoamericanos han ratificado instrumentos internacionales de derechos humanos del Sistema Universal tanto como del SIDH. Dichos sistemas no deben entenderse como dos sistemas desconectados sino que se nutren y se relacionan constantemente. En este acápite se analizará el tratamiento de los DESC por parte del SIDH sin olvidar los importantes avances que se han operado en el sistema universal, en particular por el Comité de DESC, al establecer el contenido de los derechos y de las obligaciones a cargo del Estado. Tradicionalmente, el SIDH se ha abocado a los derechos civiles y políticos y sólo transversalmente ha tenido en consideración la protección de los DESC. Esto no sólo se debe al contexto socio-político de los países latinoamericanos, sino también a las limitaciones normativas para presentar peticiones individuales basadas exclusivamente en derechos sociales.

4.1. Reconocimiento normativo: Límites y desafíos para exigibilidad de los DESC

La protección de los DESC en el sistema interamericano²⁹ puede lograrse a través de distintos instrumentos respecto de los que tanto la CIDH como la CorteIDH tienen competencia, en orden a establecer la responsabilidad internacional de los estados. Entre ellos, la DADDH, la CADH, el PSS, el Protocolo a la CADH Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará- y la Convención Interamericana para la Eliminación de toda forma de Discriminación de las Personas con Discapacidad.

En primer lugar cabe destacar que la DADH reconoce tanto derechos civiles y políticos como derechos sociales, y que, para aquellos países que no son parte de la CADH, es el instrumento fundamental de garantía de derechos. Lamentablemente, los países que no son parte de la citada Convención no aceptan la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH y, por ende, los mecanismos de protección de los derechos sociales se limitan a la CIDH.

Por su parte, la CADH es el instrumento jurídico principal del SIDH, define los derechos y libertades protegidos, principalmente, los DCP. En cuanto a los DESC, al momento de adoptar la Convención, los Estados se comprometieron a "adoptar providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan

²⁸ Distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. Discriminación se utilizará para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable

de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA..., por vía legislativa u otros medios apropiados" (Art. 26). Asimismo, no puede dejar de mencionarse la entrada en vigencia³⁰ del PSS, que en su Preámbulo reconoce la estrecha relación existente entre los DCP y los DESC. Al ratificar el Protocolo, los Estados partes "se comprometen a adoptar las medidas necesarias... hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo"(PSS, art.1). Específicamente el art. 19 del PSS, establece los medios de protección, incluida la posibilidad de peticiones individuales por alegadas violaciones al derecho a la libertad sindical y educación y, asimismo, establece que los Estados parte deberán presentar informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos en él establecidos (OEA, 2008).

Tal como se ha descrito, la justiciabilidad está limitada en el propio instrumento a determinados derechos por lo que para poder hacer exigibles otros habrá que hacer alguna tarea de interpretación con los derechos reconocidos como justiciables.

En esta línea, KRSTICEVIC sostiene que tanto la CIDH como la Corte IDH han protegido de *manera directa* los DESC, como la salud,³¹ la educación³², la propiedad,³³ la asociación,³⁴ a través de la interpretación y aplicación de dichos instrumentos en casos sometidos a ellos, mediante denuncias individuales. Asimismo, la protección de los DESC puede también lograrse a través de *vías indirectas*, y de esta forma lo han hecho en ocasiones los órganos del sistema.

Una primera vía indirecta para la protección de los derechos consiste en interpretar amplia y comprensivamente un derecho civil y político;³⁵ una segunda vía, trata de cuestionar la arbitrariedad de ciertas decisiones a través de violaciones a las garantías del debido proceso o falta de tutela judicial efectiva de los

29Al respecto ver, Viviana Krsticevic, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano", El Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) 30 16/11/99

31Cfr. CIDH, *Resolución N°12/85*, caso 7615, del 5 de marzo de 1985. En este caso se reputó violado el derecho de los indios Yanomami a la preservación de la salud y el bienestar, por la omisión en adoptar medidas oportunas y eficaces por parte del Estado brasileiro en adoptar medidas oportunas y eficaces.

32Cfr. CIDH, "Testigos de Jehová", caso 2137, del 18 de noviembre de 1978. Interesante resulta la conclusión a la que arriba la Comisión pues advierte que, al restringir el Estado argentino las actividades desarrolladas por Testigos de Jehová, se violaron los derechos de sus miembros a la seguridad e integridad (Art. I), de libertad religiosa y de culto (Art. V), a la educación (Art.XII), de asociación (Art.XXI) y el derecho de protección contra la detención arbitraria (Art. XXV), de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

33Cfr. Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrafos 119/131; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrafos 142/155.

34 Cfr. CIDH, *Informe N°31/96*, "Dianna Ortiz", caso 10.526, del 16 de octubre de 1996, párrafo 119. Tanto en este caso como en "Testigos de Jehová", ya citado, la Comisión entiende que los actos violatorios lesionan los derechos a la libertad religiosa y a la asociación. Por su parte, la Corte se ha pronunciado sobre este derecho en *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrafos 153/173.

35 En este sentido, en el caso Villagrán Morales la Corte ha señalado que "[e]l derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna". Cfr. *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 144. Por su parte, el Comité DESC ha interpretado el derecho a la salud ampliamente, entendido como el "más alto nivel posible de salud física y mental" y no limitado al derecho a la atención de la salud (Cfr. *Observación General N°14 (2000)*, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)", párrafo 4°). Así, advirtió la estrecha vinculación de éste con el ejercicio de otros derechos humanos "en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la

derechos³⁶; una tercera vía, pretende identificar prácticas o políticas discriminatorias que afecten el goce de un DESC.³⁷

Asimismo, los órganos del sistema pueden tener en cuenta el alcance de los derechos tutelados a nivel local en el Estado en cuestión. Ello brinda la posibilidad de que la CIDH y la CorteIDH puedan revisar la legislación y la práctica nacional: en ocasiones ello puede servir para informar el contenido de un derecho o garantía (aumentando el umbral de compromiso internacional) o para elevar la protección del derecho a nivel doméstico (al rever la adecuación de la legislación u otras medidas estatales de defensa de los derechos sociales). (KRSTICEVIC, 2006,7)³⁸

Otro modo de hacer exigibles los derechos sociales deviene de la interpretación y aplicación del art. 26 de la CADH. Este artículo hace referencia al compromiso de los Estados para lograr “progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura”. Respecto de su interpretación, Abramovich y Rossi afirman que éste obliga a los Estados Partes a hacer efectivos los DESC derivados de la Carta de la OEA, pues sería contradictorio considerar que sólo reconoce principios como meras guías de conducta. (ROSSI y ABRAMOVICH, 3)

5. CONCLUSIONES

La incorporación de los TIDH a la legislación interna ha constituido un hito para el litigio en derechos sociales, no sólo por el reconocimiento normativo de estos derechos sino también por la inclusión de nuevas herramientas para su protección. Asimismo han coincidido otros factores de carácter político, económico y social para que se genere este fenómeno.

“Así la reforma incorporó nuevos derechos y garantías al sistema constitucional, contribuyó a insertar plenamente al país en un sistema de justicia internacional de derechos humanos, impuso cambios en la administración de justicia; determinó la necesidad de repensar la organización federal; favoreció la creación de una nueva institucionalidad pública encargada de diseñar e implementar políticas de gobierno específicas de derechos humanos; y contribuyó a la consolidación de una disciplina académica que discutió y favoreció la aplicación de estos estándares y principios en los distintos campos del derecho público y privado” (ABRAMOVICH, V., 2006, 3)

libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud”. Cit., párrafo 3°.

36 Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros*, cit. párrafos 119/143. En el párrafo 134 la Corte sostuvo: “No escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana”.

37 En este sentido, la Comisión, en un caso contra el Estado de Guatemala, estableció que el régimen conyugal vigente en el país que atribuye funciones distintas a cada cónyuge dejando a la esposa en situación de inferioridad respecto a la posibilidad de trabajar fuera de su hogar, a representar a sus hijos y a la sociedad conyugal y a administrar los bienes de éstos y de aquélla, violaba el derecho de la peticionario a la igualdad y a la protección de la familia. Se sostuvo que “la discriminación de género dificulta o anula la capacidad de la mujer para ejercer libre y plenamente sus derechos...”. Cfr., CIDH, *Informe N°4/01*, “María Eugenia Morales de Sierra”, caso 11.625, del 19 de enero de 2001, párrafo 50.

38 Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni*, cit. En este caso, la Corte interpreta el derecho de propiedad protegido a nivel internacional teniendo en cuenta las obligaciones adicionales asumidas por el Estado a nivel constitucional; para ello invoca el artículo 29.b, CADH. Sobre este punto se pronunció advirtiendo que si bien la Constitución nicaragüense reconoce el derecho de los peticionarios a la propiedad de las tierras en las que habitan, no se ha delimitado cuáles son los límites sobre los que se ejerce dicho derecho (párrafos 138 y 152/153). En este sentido estimó que la legislación nicaragüense vigente violaba los artículos 21 (derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial) en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención en

Todo este proceso se vio acompañado por desarrollos doctrinarios sobre la inexistencia de diferencias sustanciales entre los DCP y DESC. Para lograr la exigibilidad de estos últimos, se necesita una buena articulación entre ambas categorías de derechos. . A veces se utilizan los DCP para reclamar DESC: por ejemplo el derecho a la igualdad, a la información, al debido proceso pueden funcionar sólo como herramientas para reclamar el derecho a la educación, a la salud, etc.

Asimismo el SIDH, ha avanzado en desarrollar nuevas estrategias para hacer exigibles los derechos sociales desde diversos aspectos: su marco normativo –aunque limitado para realizar peticiones alegando violaciones directas ante el sistema-; herramientas de monitoreo (informes temáticos o de país, relatorías, grupos de trabajo, opiniones consultivas) y por último, cabe mencionar la reciente aprobación por la Asamblea General de la OEA de los “Lineamientos para la elaboración de indicadores”, bajo el que los Estados deberán regirse al momento de presentar los informes periódicos, a fin de incorporar los avances en la realización de los derechos y fiscalizar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones jurídicas que fija dicho instrumento. Este documento implica un gran avance en el diseño de la nueva herramienta de medición cualitativa y cuantitativa que, por cierto será perfectible, pero de la que los Estados, la ciudadanía y la sociedad civil deben adueñarse a fin de controlar el grado de satisfacción de los derechos.

Hemos advertido que, tanto a nivel del SIDH como en el ámbito local, pese a la incorporación de nuevos derechos y su reconocimiento judicial mediante la doctrina del seguimiento nacional, los poderes legislativos y ejecutivos han sido renuentes en cumplir con aquellas sentencias que condenaban al Estado por derechos sociales, así lo describen, por ejemplo, los fallos Sánchez, Badaro, Vizzoti y Aquino arriba analizados.

A su vez, contribuiría a lograr una mayor efectividad de los DESC, la realización de un análisis más profundo de razonabilidad, por parte del Poder Judicial, al llevar a cabo el control de constitucionalidad, tema que se trata en el fallo Reyes Aguilera.

En particular, sobre las sentencias de tribunales internacionales, no se han creado mecanismos de ejecución de sentencias apropiados para este tipo de sistemas.

Si bien los avances han sido significativos todavía queda un largo camino por andar.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. (2006) “Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino” en “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)”, ABRAMOVICH, BOVINO y COURTIS, Compiladores, CELS y Editores del Puerto.
- ABRAMOVICH, V. (2006) “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, en CEPAL, N° 88.
- ABRAMOVICH, V y COURTIS, C (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid
- ABRAMOVICH, V, AÑÓN M.J. y COURTIS, C (2003): *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, Ed. Doctrina Jurídica Contemporánea.
- ABRAMOVICH, V y COURTIS, C (2006): *El umbral de la ciudadanía*, Ed. Del Puerto, Bs. As.
- ABRAMOVICH, V y COURTIS, C (2006): *Los derechos sociales en el debate democrático*, Ed. GPS Madrid
- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2006), “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales” en CELS “La aplicación de los tratados

tanto no establecía un mecanismo para delimitar, demarcar y titular el territorio propiedad de la comunidad indígena afectada (véanse particularmente párrafos 139 y 155).

- de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)", ABRAMOVICH, BOVINO y COURTIS, CELS y Ed. Del Puerto
- ABRAMOVICH, V y PAUTASSI, L (2006): Dilemas actuales en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos. Ponencia presentada en el Seminario "Los Derechos Humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza y la desigualdad", Buenos Aires, UNESCO, Secretaría de Derechos Humanos y Universidad Nacional Tres de Febrero; 12 y 13 diciembre de 2006.
 - ABRAMOVICH, V y PAUTASSI, L (2009): "El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales", en *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Del Puerto, Buenos Aires.
 - ARTIGAS, C. (2003), "*La incorporación del concepto de derechos económicos, sociales y culturales al trabajo de la CEPAL. Reseña de algunas lecturas pertinentes*", CEPAL, División de Desarrollo Social, Santiago de Chile, Serie Políticas Sociales, N° 72.
 - ASBJORN EIDE, (1989), "*Realización de los Derechos Económicos y Sociales. Estrategia del nivel mínimo*" en Comisión Internacional de Juristas, La Revista N° 43.
 - CAVALLARO, J.L. , (2008) "*La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social*" en Revista SUR N° 8.
 - Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), (2008) "*Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho*", Siglo Veintiuno Editores
 - FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ANALIZADOS.
 - HOPENHAYN M.(2006), "*Derechos Sociales, Deudas Pendientes y Necesidad de un nuevo pacto*", CEPAL
 - KRSTICEVIC, V., (2006) "*La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*", El Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)
 - LINARES, J.F. (1970) "*Razonabilidad de las Leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional*" 2º edición actualizada. Astrea.
 - OEA, (2008), "*Lineamientos para la elaboración de indicadores*", OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14 rev. 1.
 - ONU, COMITÉ DESC, (1990) Observación General N°2, "Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto)", Doc. E/1990/23.
 - ONU, COMITÉ DESC, (1998), Observación General N°9, "La aplicación interna del Pacto" Doc. E/1999/22.
 - ROSSI, J. y ABRAMOVICH, V., (2004), "*La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre derechos humanos*", en MARTIN, C., RODRIGUEZ PINZON, D., GUEVARA J., Compiladores "Derecho internacional de los derechos humanos" Universidad Iberoamericana, México.
 - SAGÜÉS, N., (1989) "*Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*" Ed. Astrea Depalma.
 - SAGÜÉS, N., (2006), "*Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*". Ed. K. Adenauer-Ad Hoc.
 - UPRIMNY YEPES,R. (2007) "La judicialización de la política en Colombia: casos potencialidades y riesgos", en Revista Sur N°6

CICLO DE VIDA DO LITÍGIO ESTRATÉGICO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: DIFICULDADES E OPORTUNIDADES PARA ATORES NÃO ESTATAIS

Por Evorah Cardoso

ABSTRACT

Este artigo analisa a prática de litígio estratégico por atores não estatais no sistema interamericano de direitos humanos. Observou-se que mais do que buscar a reparação individual da vítima, tais atores incidem nos procedimentos da Comissão e Corte Interamericanas com o intuito de formar precedentes (estratégia jurídica) e de alterar políticas públicas, legislação e interpretação dos tribunais domésticos (estratégia de impacto social), atividade que eles mesmos denominam litígio estratégico. O artigo sistematiza o que é litígio estratégico para aqueles que o praticam; a partir de entrevistas, reconstrói as dificuldades e as oportunidades de litígio estratégico no sistema interamericano e conclui que especial atenção deveria ser dada à última fase do litígio estratégico, a de incorporação dos *standards* produzidos pelo sistema interamericano no ambiente doméstico.

PALAVRAS-CHAVE

Sistema interamericano, litígio estratégico, sociedade civil, advocacia em direitos humanos.

CICLO DE VIDA DO LITÍGIO ESTRATÉGICO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: DIFICULDADES E OPORTUNIDADES PARA ATORES NÃO ESTATAIS¹

Por Evorah Cardoso*

- **Litígio estratégico, sociedade civil e sistema interamericano**

A principal questão deste artigo é compreender por que os atores sociais participam do sistema interamericano de direitos humanos. Com que finalidade apresentam denúncias de violações de direitos humanos cometidas pelos Estados ao sistema interamericano? O objetivo é a solução de um caso concreto e reparação das vítimas? É denunciar a situação de direitos humanos do país, buscando pressão internacional? É obter medidas dos organismos do sistema interamericano capazes de alterar políticas domésticas de direitos humanos? É tematizar no âmbito internacional e doméstico novas demandas por reconhecimento de direitos? O objetivo dos atores sociais é alcançado com as medidas “favoráveis” adotadas pelos organismos do sistema interamericano? Em outras palavras, como pode ser estudada a participação dos atores não estatais no sistema interamericano, especialmente quanto ao uso que fazem do direito nas demandas que apresentam?

O sistema interamericano mudou muito desde a sua criação, assim como o perfil dos atores sociais participantes e o regime político da maioria dos países latinoamericanos. A mudança do cenário afeta também os tipos de demanda dos atores sociais e a maneira como são levadas ao sistema interamericano. O sistema interamericano teve um papel fundamental na denúncia de violação de direitos humanos nos regimes autoritários na América Latina. Especialmente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CmIDH), que produzia e divulgava relatórios sobre a situação de direitos humanos nos países da região. Ante a ausência de mecanismos domésticos de pressão, as ONGs e ativistas domésticos conseguiram desencadear internacionalmente uma coalizão de atores para exercício de pressão sobre seus governos. A mobilização era pontual, em torno de determinados casos/questões e o objetivo era a denúncia/publicização e ao fim a mudança da política doméstica. Pode-se dizer que o sistema interamericano, a despeito de todas as suas deficiências, colaborou com a democratização dos países da região. Mas o mérito dos resultados bem sucedidos não se deve apenas às ações dos organismos do sistema. Em boa medida ele serviu como um *locus* institucional útil à ação coordenada de *transnational issue networks*, verdadeiros grupos de *advocacy* em torno de *principled issues*. Essa mobilização de recursos e oportunidades por meio de redes

1 Este artigo apresenta trechos da minha dissertação de mestrado “Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos: análise de casos da Corte Interamericana”, defendida em 2008, pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A pesquisa contou com o apoio financeiro da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

* • Mestre e doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; membro do Núcleo de Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap) e da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

transnacionais foi denominada por Keck e Sikkink de *activism beyond borders*. O espaço do exercício político deixa de ser limitado às fronteiras do Estado.

A partir das décadas de 80 e 90, o cenário político dos países da região muda. Surgem novos atores-chave no sistema interamericano ou os que permanecem são reestruturados. A isso se soma uma transformação institucional do ambiente doméstico, com a democratização interna e internacionalização. Com a democratização, ao invés desses atores sociais trabalharem em uma situação de bloqueio ou repressão estatal, passam a combater a falta de reponsividade estatal a partir das próprias instituições domésticas. Há estado de direito e espaços institucionais "permeáveis" às demandas sociais. Algumas delas, no entanto, não ecoam, não obtêm resposta. As instituições internacionais passam a ter outra função, a de complementar o ambiente doméstico, a de provocá-lo a funcionar "melhor" ou a de inserir novos temas no espaço doméstico e não apenas o de servir como espaço de denúncia de violações. Aqui o espaço internacional continua um *locus* útil à ação coordenada de redes transnacionais, mas o objetivo da ação política passa a ser outro, o reconhecimento de um direito e a transformação das políticas domésticas de direitos humanos. Para que essa ação funcione, sistema internacional e doméstico têm necessariamente de estar mais interligados. A internacionalização do Estado, por sua vez, torna-o mais receptivo às decisões das instituições internacionais.

É neste contexto de democratização e internacionalização que os atores sociais, ao recorrerem aos fóruns internacionais, passam a trabalhar com a construção de um processo normativo transnacional, que não se esgota com as decisões adotadas nesses espaços. Os atores sociais ao participarem do sistema interamericano podem ter como objetivo serem agentes de um processo normativo transnacional, por exemplo, para a tematização e reconhecimento de direitos. CmIDH e CrIDH seriam, portanto, um *locus* de mobilização social em torno de direitos. A jurisprudência "favorável" da CmIDH e Corte Interamericana de Direitos Humanos (CrIDH) não seriam o ponto final deste processo, mas sim uma das etapas. A disputa por direitos seguiria no âmbito doméstico, para a efetiva internalização dessa jurisprudência.

A apropriação consciente do processo normativo transnacional pelos atores sociais pode ser traduzida em um discurso-prática, denominado litígio estratégico, comum a muitos dos atores que participam do sistema interamericano. Como o próprio termo "litígio" já denota, trata-se de uma mobilização direcionada a um tipo determinado de fórum, as cortes. O litígio estratégico tem como premissa a capacidade das cortes transformarem a realidade social.

Neste artigo, litígio estratégico é abordado como um ciclo, que envolve desde o momento da escolha do caso até a implementação das decisões da CrIDH. Algumas questões nortearão este artigo: Quais são as principais dificuldades encontradas pelos atores sociais para o litígio estratégico no sistema interamericano? Que tipo de demandas apresentam? Como participam dos procedimentos CrIDH? Como a CrIDH recepciona essas demandas? Mas antes de apresentar os relatos dos usuários do sistema interamericano sobre essas questões, cabe aprofundar o que é o discurso-prática do litígio estratégico, segundo aqueles que o praticam.

- **O que é litígio estratégico? Experiências da sociedade civil**

"Litígio estratégico", "litígio de impacto", "litígio paradigmático", "litígio de caso-teste" são expressões correlatas, que surgiram de uma prática diferenciada de litígio, não necessariamente relacionada ao histórico da

advocacia em direitos humanos. O litígio estratégico busca, por meio do uso do judiciário e de casos paradigmáticos, alcançar mudanças sociais. Os casos são escolhidos como ferramentas para transformação da jurisprudência dos tribunais e formação de precedentes, para provocar mudanças legislativas ou de políticas públicas. Trata-se de um método, uma técnica que pode ser utilizada para diferentes fins/temas².

O objetivo de quem litiga não se limita à solução do caso concreto (justiça individual), como a reparação da vítima. Nesse sentido, o litígio estratégico é bastante diferente da forma tradicional de advocacia. É possível contrapor uma advocacia *client-oriented*³ a um novo tipo de advocacia, *issue-oriented* ou *policy-oriented*⁴. Basicamente a primeira vale-se do direito para atender às demandas e aos interesses do cliente. A segunda busca o impacto social que o caso pode trazer, como o avanço jurídico em um determinado tema, aplicando o método de litígio estratégico. Com esse fim, as entidades de advocacia *policy-oriented* costumam ter um trabalho preliminar de escolha do caso paradigmático, conforme o seu potencial impacto social no tema ou na política tidos como prioritários na agenda da entidade. Este trabalho as entidades *client-oriented* não costumam ter, pois atendem a um determinado público, conforme a demanda ou os limites orçamentários da entidade. Entidades de advocacia *client oriented* também podem exercer litígio estratégico, mas geralmente de maneira *ad hoc*, quando são levadas pelo caso a planejar estratégias de impacto social⁵.

Dentre as múltiplas possibilidades de ação relacionadas ao direito (como campanhas de mobilização e educacionais em torno de direitos humanos, *lobby* legislativo, pesquisas e documentação em direitos humanos, solução alternativa de disputas), algumas entidades de advocacia em direitos humanos apostam no litígio estratégico como uma via hábil para provocar transformações sociais⁶.

2 "Strategic litigation is used in many traditional public interest law fields including civil rights, access to justice, environmental law, personal injury law, labour rights, equality and freedom of expression. However, strategic litigation is also used by organizations that do not share a liberal human rights view of the world. This highlights the fact that successful strategic litigation may not always reflect the views of the electorate or even a significant minority thereof, but rather the views of its sponsors". (ERRC, INTERIGHTS, MPG, 2004, p. 37-38)

3 "Client-oriented organisations focus on helping individuals without regard to the impact of a case on national policy. They concentrate mostly on representing clients in the office's area of specialization. This may be a single issue, such as housing or immigration, a single minority group, such as indigenous groups, or an underrepresented locality. The majority of such organizations are community based and close to the populations they represent. This model results from the needs of a group or locality, available resources, or the objectives and philosophy of the organization. Where such organization decides to undertake litigation with 'strategic' effects, its choices of cases are more determined by constituency needs than potential impact". (ERRC, INTERIGHTS, MPG, 2004, p. 40-41)

4 "Client-oriented organisations focus on helping individuals without regard to the impact of a case on national policy. They concentrate mostly on representing clients in the office's area of specialization. This may be a single issue, such as housing or immigration, a single minority group, such as indigenous groups, or an underrepresented locality. The majority of such organizations are community based and close to the populations they represent. This model results from the needs of a group or locality, available resources, or the objectives and philosophy of the organization. Where such organization decides to undertake litigation with 'strategic' effects, its choices of cases are more determined by constituency needs than potential impact". (ERRC, INTERIGHTS, MPG, 2004, p. 40-41)

5 "Although it [organização *client-oriented*] may not choose the case with a view to strategic impact, organizations when confronted with a good set of facts often approach the case in a strategic way. Because of strong community ties, such organizations often have better community support, input, and understanding than policy-oriented organizations. Client-oriented organizations also often benefit from a greater flow of information from problems centres. This makes framing of goals much easier and also makes it easier to prepare cases". (ERRC, INTERIGHTS, MPG, 2004, p. 40-41)

6 Para um panorama das múltiplas formas de organização de entidades voltadas à advocacia em direitos humanos, conferir a publicação da ONG internacional IHRLG (2001), resultado de um amplo processo de consulta com entidades de vários países. "[T]he term 'human rights lawyering' is intended to convey a traditional concept of poverty lawyering as well as modern conception of lawyering on behalf of universally recognized human rights. It describes a broad range of human rights lawyering for the poor, the powerless and other marginal populations. The action taken by human rights lawyers may be legal - including such actions as impact or test litigation, advice, counseling, referral, or legislative advocacy - but recognizes that many organizations, using a more holistic approach, include community service referrals, education programs, media and other extra-legal approaches in their strategies. 'Human rights lawyering organizations' include traditional legal aid organizations providing legal assistance to those who cannot afford to hire private counsel or cannot access private counsel for political or other reasons,

Não há um conceito definido sobre o que é litígio estratégico, por isso designá-lo como um “discurso-prática”. É possível sistematizar as experiências de litígio estratégico a partir do relato das próprias entidades que o praticam e promovem. Os elementos a seguir foram reunidos a partir de textos produzidos principalmente por ONGs e universidades e que procuram servir como guia ou manual para ação de outras entidades.

Por conta de seu fim último, a transformação e o impacto social, o litígio estratégico, apesar de se dar em cortes, tem como endereçados não apenas os órgãos judiciais, mas também os tomadores de decisão (*decision makers*), os formuladores de políticas públicas (*policy makers*) e a sociedade em geral. Por essa razão, o litígio estratégico não se limita ao trâmite do caso no judiciário. Ele combina uma série de técnicas legais, políticas e sociais desde o início do caso (ou mesmo antes de configurar-se em um caso, quando ainda é apenas um problema) até o seu término, que não é dado pela decisão judicial “favorável”, mas pela sua real implementação. (American University WCL, 2007)

Mesmo quando não há decisão judicial “favorável”, ou quando o caso paradigmático não tem chances de ser implementado, outros objetivos podem manter o propósito de levá-lo adiante, como o de esclarecer a interpretação do direito para casos futuros, treinar juízes e advogados à linguagem de proteção dos direitos humanos, documentar violações de direitos humanos, promover a *accountability* governamental, alterar a opinião pública e proteger grupos minoritários. (ERRC, Interights, MPG, 2004, p. 37) A escolha do caso paradigmático corresponde, portanto, aos interesses e à agenda da entidade responsável pelo litígio. Para cada caso é traçado um plano estratégico, com o emprego de diferentes técnicas judiciais e não-judiciais. Os casos paradigmáticos, por exemplo, podem ser escolhidos segundo a sua capacidade de promover discussão pública, formar coalizões, criar pressão para mudança social e legislativa, fortalecer grupos marginalizados (especialmente quando eles não dispõem de influência em outros ramos do poder, como legislativo e executivo). (Rekosh, 2003)

O litígio estratégico pressupõe um judiciário acessível, independente e criativo, cujas decisões tenham potencial de transformação social, que seja capaz de influenciar a decisão de outros tribunais (formação de precedentes), que dialogue com políticas públicas existentes ou que provoque a sua gestão pelo Executivo, que dialogue com o processo legislativo, por vezes sobrepondo-se a ele ou provocando a promulgação de normas. O litígio estratégico esbarra, portanto, em noções como separação dos poderes e guarda relação com o debate travado principalmente por cientistas políticos sobre a judicialização da política ou sobre ativismo judicial. As objeções em geral são: cortes não podem decidir sobre políticas públicas⁷ e cortes não podem criar direito. Não cabe aqui remontar as diversas críticas ou defesas apontadas por autores do direito e da ciência política sobre esses temas. Prefiro apresentar exemplos de atuação de entidades para a superação dessas objeções, pois tal superação é justamente um dos objetivos de quem litiga estrategicamente.

Quanto a cortes decidirem sobre políticas públicas, o trabalho da ONG CELS na Argentina é ilustrativo. Após a democratização, a entidade concentrou seus esforços principalmente na justiciabilidade de direitos

as well as human rights organizations employing specific legal strategies to promote human rights and justice. Under this definition, governmental and non-governmental organizations can be considered human rights lawyering organizations. The term thus includes, but is not limited to, organizations identified as legal aid organizations, public defender or public interest offices, human rights non-governmental organizations (NGOs), issue-focused NGOs, or NGOs representing a particular constituency.” (IHRIG, 2001, p. 1)

⁷ “La ampliación de las acciones de interés público en sede judicial en varios países de la América Latina en los últimos años ha llevado a plantearse el problema de si corresponde o no a los jueces intervenir y/o formular políticas públicas”. (GONZÁLEZ, 2002, p. 25)

econômicos, sociais e culturais. O trabalho de litígio estratégico envolve a sensibilização dos juízes a esses direitos e a tentativa de criar mecanismos aptos a interferir em políticas públicas dentro do espaço do processo judicial⁸.

Os casos paradigmáticos normalmente envolvem questões jurídicas novas, a busca por reconhecimento de direitos, a formação de um precedente judicial. Explora-se das cortes a sua capacidade de interpretação e produção de direito, a margem criativa da atividade jurisdicional. Isso ocorre especialmente em cortes constitucionais.

Compartilho da percepção de Charles Epp, de que nestes casos citados, não se trata apenas de um ativismo judicial de cima para baixo. Por trás de muitos casos há uma verdadeira mobilização em torno de direitos, que se manifesta na maneira como os casos são apresentados às cortes, uma verdadeira *rights revolution*⁹.

Mesmo em casos em que o judiciário é refratário, restritivo e conservador, o litígio estratégico tem um papel a cumprir. Ele pode servir para sensibilizar a corte ao tema, educando os juízes para a linguagem de determinado direito, ou para adaptar as respostas judiciais aos problemas apresentados, como em casos que envolvem implementação de políticas públicas. Ou, ainda, um caso “perdido” judicialmente, pode ser um caso “ganho” em termos de tematização social. Por vezes, uma resposta judicial negativa pode gerar debate suficiente, a ponto de provocar ações futuras por parte do próprio judiciário, mudando a sua interpretação em outros casos, ou de outras instituições, como criação de uma lei e mudança de uma política pública. Estes resultados independem de qualquer capacidade direta de intervenção do judiciário na esfera de outras instituições, decorrem sim da sensibilização e

8 Em livro a ser publicado sobre a experiência de litígio de CELS nos 10 últimos anos, a ONG destaca os resultados obtidos no caso *Viceconte*, sobre direito à saúde, em que se demandava do Estado argentino a produção de vacinas em quantidade suficiente para prevenir o risco de epidemia de um determinado tipo de febre hemorrágica. Por meio de litígio, CELS buscou forçar o Estado a disponibilizar tal vacina. O caso é ilustrativo de uma série de dificuldades comuns aos tribunais tratamento de políticas públicas que envolvem sobreposição de competências, destinação orçamentária, dimensão coletiva do processo judicial, responsabilização de membros do Executivo etc. “[E]l caso *Viceconte* constituye un precedente fundamental en la jurisprudencia de los tribunales argentinos, tanto por el contenido y la fundamentación de la decisión sobre el planteo de fondo, como por lo relativo a la legitimación activa para la exigibilidad de los derechos sociales. El caso es paradigmático, además, porque plantea la utilización de estrategias diversas para lograr la justiciabilidad de estos derechos. Con relación a la actividad del Poder Judicial, éste se limita a exigir judicialmente medidas de política pública asumidas por el Estado. No cuestiona ni analiza la política, sino que transforma su carácter de mera decisión discrecional en obligación legal. En este sentido, el caso refleja el ‘diálogo’ que puede entablarse entre los poderes políticos del Estado y la judicatura, en el que cada uno ejerce sus respectivas competencias institucionales, en pos del efectivo cumplimiento del derecho a la salud. El caso *Viceconte* muestra además, la importancia del rol judicial en el control de la asignación y ejecución de las partidas presupuestarias. Las sentencias que ordenan al Estado la adopción de acciones positivas en materia de política social llevan incita la necesidad de este control judicial sobre la gestión de los fondos. Por otro lado, la sentencia refuerza el instituto del amparo colectivo como vía de participación y control ciudadano de los asuntos públicos a través de la consagración del proceso judicial como espacio de diálogo entre los ciudadanos y el Estado. Además, reconoce la legitimación de la demandante para solicitar la elaboración de una vacuna cuya producción beneficia a miles de personas. Otro elemento central en la resolución del caso es la aplicación directa, por un tribunal nacional, de normas sobre derecho a la salud, consagradas por los tratados internacionales. Ello enriquece el aparato legal disponible para la lucha por los derechos humanos y reafirma el papel del Estado como garante de su vigencia (...). La respuesta judicial avanzó incluso en la imposición de responsabilidad personal a dos ministros por la fabricación de la vacuna en plazos determinados, con la idea subyacente de que las obligaciones que emanan de los derechos sociales tienen el carácter jurídico y pueden acarrear responsabilidades también jurídicas, excediendo por lo tanto la mera discrecionalidad política.” (CELS, s./d., mimeo, p. 38-39)

9 “The U.S. rights revolution is usually attributed to one or more of the following: constitutional guarantees of individual rights and judicial independence, leadership from activist judges (particularly Supreme Court justices) who have been willing to use those constitutional provisions to transform society, and the rise of rights consciousness in popular culture. Conventional explanations tend to place particular emphasis on judicial leadership as the catalyst for the rights revolution. Constitutional guarantees, judicial leadership, and rights consciousness certainly contributed to the U.S. rights revolution. This book shows, however, that sustained judicial attention and approval for individual rights grew primarily out of pressure from below, not leadership from above. This pressure consisted of deliberate, strategic organizing by rights advocates. And strategic rights advocacy became possible because of the development of what I call the support structure for legal mobilization, consisting of rights-advocacy organizations, rights-advocacy lawyers, and sources of financing, particularly government-supported financing”. (EPP, 1998, p. 2-3) “The basic lesson of this study is that rights are not gifts: they are won through concerted collective action arising from both a vibrant civil society and public subsidy. Rights revolutions originate in pressure from below in civil society, not leadership from above”. (EPP, 1998, p. 197)

mobilização social e da mídia para o tema a partir do caso litigado. Os impactos promovidos pelo litígio estratégico são, portanto, variados¹⁰. O litígio estratégico apresenta diversas vantagens e desvantagens.

Quadro 1: Vantagens e desvantagens do litígio estratégico¹¹

VANTAGENS	DESVANTAGENS
(1) um único caso pode ter efeitos legais e sociais amplos	(1) o resultado judicial não pode ser assegurado
(2) o poder judicial é utilizado para defender e promover direitos de minorias ou grupos marginalizados	(2) a busca por um precedente judicial pode valorizar apenas a decisão da mais alta corte, poucos casos podem preencher esse perfil
(3) cria um precedente que beneficie futuros demandantes	(3) o litígio não necessariamente reflete a opinião pública; qualquer decisão pode ser revertida por outras cortes ou por legislação
(4) tematiza/publiciza determinados temas	(4) litígio de impacto depende de encontrar o cliente "certo"
(5) no caso de cortes internacionais, pode criar pressão política externa	(5) quando proteção jurídica e <i>enforcement</i> são fracos, o litígio estratégico não atinge o impacto desejado
(6) em muitos casos (especialmente para grupos de demandantes por meio, p. ex., de <i>class action</i>) pode ser um meio eficaz e menos custoso de tematizar ou de produzir efeitos políticos reais	(6) onde não há judiciário independente, a tentativa de utilizá-lo pode ser inútil
(7) amplia o acesso à justiça	(7) freqüentemente o litígio estratégico é de difícil controle (especialmente em procedimentos de <i>class action</i> em que o demandante não é determinado)
(8) "testa" e esclarece o conteúdo de leis, fomentando <i>accountability</i> governamental ao estabelecer parâmetros para atuação do governo	(8) litígio estratégico pode não beneficiar a comunidade afetada, pode ser centrada apenas na estratégia definida pelos advogados, pois estratégias <i>policy-oriented</i> não focam nos indivíduos, mas em meios de promover reforma social
	(9) litigar pode ser um método custoso de tematizar; publicidade ou <i>lobby</i> político pode ser mais barato
	(10) uma decisão judicial desfavorável pode reafirmar um direito ou uma prática que piore o problema social, tornando mais difícil responder ao problema no futuro

10 "Litigation has a mixed, but important, impact. It can affect policy in different ways and to different degrees. (...) [A] judicial decision can play an agenda-setting role by highlighting a legal issue and making it a priority for the other branches of government to resolve. In addition, a court can delineate rights and obligations (...) providing bargaining leverage to otherwise politically excluded groups that enhances their ability to secure reform. A court can also give programmatic content to legal norms. Sometimes a judicial decree holds the line and preserves past victories. The success of a litigation strategy on one issue or in one area does not predict success for other groups or at other times. Some factors, however, appear to be crucial prerequisites to litigation success: appropriate and capable institutional mechanisms; adequate funding; dedicated leadership; and broad community support". (HERSHKOFF, HOLLANDER, 2000, p. 117)

• **Ciclo de vida do litígio estratégico no sistema interamericano: desafios e oportunidades na visão de seus atores**

As entrevistas com diferentes atores ligados ao sistema interamericano serviram para mapear o ciclo do litígio estratégico, desde a escolha do caso paradigmático e a definição dos objetivos que se quer alcançar por meio do litígio, até a interação desses atores com os fóruns que interpretam e aplicam o direito, como a CmIDH, a CrIDH e os organismos domésticos estatais, responsáveis pela implementação das decisões. A cada uma dessas fases correspondem dificuldades e oportunidades para o exercício do litígio estratégico.

A visão de que o sistema interamericano é um *locus* de litígio estratégico, para a solução de casos paradigmáticos não é consensual e traz uma série de considerações sobre acesso à justiça e sobre a tensão entre a dimensão coletiva e individual dos resultados esperados do sistema interamericano¹². Além disso, o litígio estratégico pressuporia fatores institucionais que não estão presentes nos países da América Latina¹³. Ao mesmo tempo, a abertura da CrIDH a todas as vítimas, pressuporia uma estrutura e aporte orçamentário que a entidade não dispõe¹⁴.

11 O quadro abaixo sintetiza e adapta os argumentos apresentados em ERRC, Interights, MPG, 2004, p. 43-44.

12 María Victoria Fallon, advogada do Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos, critica os propósitos do próprio sistema interamericano. A CrIDH procura provocar impacto jurídico (à totalidade dos países), político (principalmente dentro do Estado objeto da sentença) e sócio-econômico (às vítimas). Cada sentença da CrIDH tem promovido medidas de não repetição das violações. O principal problema, para María Victoria Fallon, é que nem todas as vítimas são alcançadas pelas decisões da CrIDH, embora tenham um direito irrenunciável de serem reparadas. Segundo ela, apenas 0,1% das vítimas de violações de direitos humanos na Colômbia estão sendo atendidas pela CrIDH. Isso decorreria da dificuldade de acesso ao sistema interamericano e do baixo grau de conhecimento sobre seu funcionamento. A CrIDH precisaria avaliar, em sua opinião, como suas sentenças podem beneficiar o máximo de vítimas na mesma situação, como criar mecanismos para que todas as vítimas possam receber a mesma reparação daquelas que são atendidas pelos casos encaminhados à CrIDH. Por exemplo, poderiam ser estabelecidos mecanismos jurídicos domésticos para aplicação por extensão da reparação, valendo-se do sistema de precedentes.

13 Jomary Ortigón, advogada do Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo", reconhece que no contexto da América Latina, não se consegue resolver futuros casos com apenas um precedente. Apesar de atuar na ONG Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" com o propósito de litígio estratégico no sistema interamericano, entende que na prática a idéia de litígio estratégico e de formação de precedente a partir de um caso não é suficiente na América Latina. São necessários casos reiterados para provocar uma mudança social. Nesse sentido, a estratégia jurídica só tem potencial para gerar impacto quando reiterada. Jomary Ortigón parece querer dizer "reiterada" em relação a um mesmo país, como é o caso da Colômbia, que conta com inúmeros casos no sistema interamericano.

14 Com relação à função desempenhada pela CrIDH, os juizes da CrIDH entrevistados entendem que ela não tem capacidade institucional para lidar com um grande volume de casos. Diego Garcia-Sayán e Sergio Garcia-Ramírez entendem que o sistema europeu de direitos humanos, com o acesso direto das vítimas à CEDH e a supressão da Comissão Européia de Direitos Humanos, é impraticável para o sistema interamericano e tornou-se impraticável para o próprio sistema europeu, por conta do excesso de demandas.

Sergio García-Ramírez aponta que a CrIDH está aberta a casos que buscam a reparação de vítimas e não apenas casos paradigmáticos. Entretanto, a CrIDH não está preparada para receber inúmeros casos individuais. O que a CrIDH espera, o que tem podido fazer e o que considera bom fazer é estabelecer grandes critérios, que transcendam os órgãos domésticos e se traduzam em sentenças nacionais, tendo um efeito multiplicador. A CrIDH teria uma função próxima à de um tribunal constitucional. Sergio García-Ramírez defende que a CrIDH funcione como uma corte que realize um "controle de convencionalidade" (que interprete a Convenção Americana), referindo-se aos valores, princípios e direitos da Convenção. A CrIDH teria uma função de harmonizadora dos sistemas jurídicos da região e é isso o que ela tem feito.

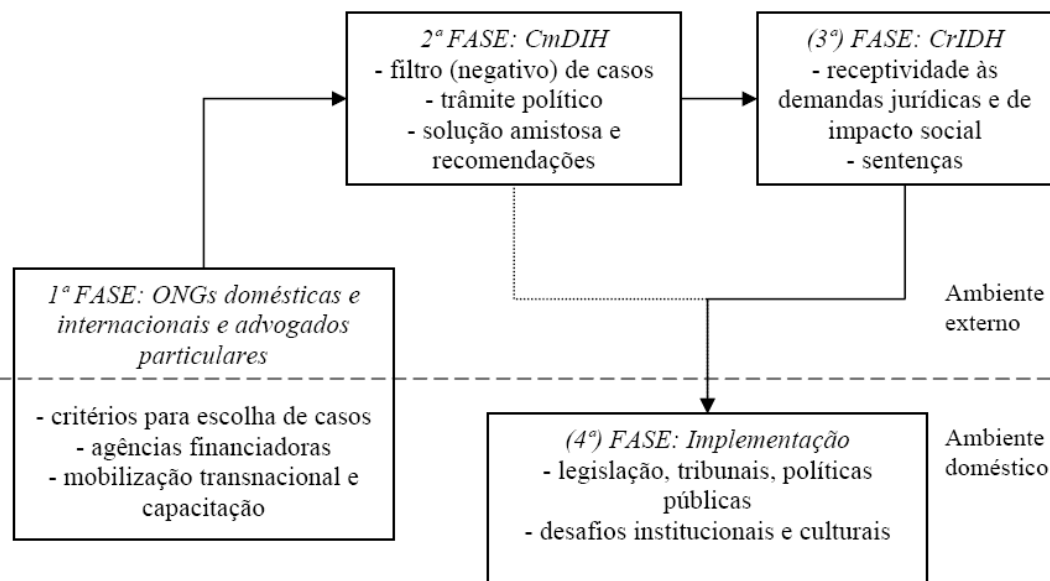


Figura 1: Ciclo de vida do litígio estratégico no sistema interamericano

A primeira fase se dá em boa medida nas ONGs que litigam no sistema interamericano. Os casos são escolhidos conforme os objetivos e as áreas de atuação da entidade. Para muitos dos entrevistados, falta pluralização do acesso ao sistema interamericano, que encontra-se concentrado em poucas ONGs¹⁵. A principal dificuldade dessa fase diz respeito à obtenção de financiamento para o litígio¹⁶. As agências financiadoras, muitas vezes, trabalham com linhas temáticas, que podem restringir a capacidade de escolha das ONGs sobre qual tema consideram relevante para litigar estrategicamente¹⁷. Outro ponto, muitas ONGs locais, por não conseguirem

15 Diego García-Sayán, juiz da CrIDH, reconhece a concentração, embora afirme que hoje há um número maior de ONGs atuando no sistema interamericano. Olger González, advogado da CrIDH, critica o fato de que quase 80% dos casos levados à CrIDH sejam de uma mesma entidade. A advogada Astrid Escobedo, que já trabalhou na CmIDH e hoje representa vítimas na CmIDH, afirma que o sistema interamericano está monopolizado. Pablo Saavedra, secretário da CrIDH, aponta para a necessidade de pluralizar o acesso à CrIDH e sugere que as defensorias públicas dos Estados utilizem mais o sistema interamericano, citando como exemplo a atuação da defensoria pública da Guatemala. Para Diego García-Sayán, juiz da CrIDH, a pluralização do acesso seria importante inclusive para garantir que a estratégia jurídica de conceitos (visando o desenvolvimento da jurisprudência do sistema interamericano) seja realizada por um macrocosmo e não apenas por 3 ou 4 ONGs. A estratégia deveria expressar urgências canalizadas por um coletivo de atores. Todos os entrevistados mencionam indiretamente o trabalho que a ONG CEJIL desempenha no sistema interamericano. O CEJIL é a principal organização que litiga no sistema interamericano e foi criada especialmente para essa função.

16 Sem financiamento as organizações não podem custear o litígio ante ao sistema interamericano, que pode chegar à soma de 80 mil dólares por caso, custos que envolvem litígio no âmbito doméstico e internacional, desde os trâmites para a formação das provas, viagens a Washington e a San José, para as audiências públicas da CmIDH e CrIDH ou audiências de acompanhamento dos casos ante a CmIDH. Nem todos os casos custam tanto, tudo depende de sua complexidade. Para advogados particulares as dificuldades são ainda maiores, pois dependem da determinação dos honorários advocatícios pela CrIDH, ou seja, eles têm possibilidade de receber apenas após o trâmite pela CmIDH, que pode durar anos. Poucas vítimas de violações de direitos humanos têm recursos financeiros para custear o envio de casos ao sistema interamericano sem que alguma ONG os adote. Ademais, nem sempre as vítimas são bem representadas. O juiz da CrIDH, Diego García-Sayán defende a criação de um mecanismo de compensação para essas pessoas, como uma assistência jurídica gratuita ou uma defensoria do sistema interamericano, que poderia ser financiada por um fundo rotativo com doações dos Estados, pois, para o juiz, a criação de um fundo custeado pela OEA não parece factível. Tanto CmIDH, quanto CrIDH sofrem com dotações orçamentárias baixas.

17 Nicolás Espejo, coordenador da clínica jurídica "Programa de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos" da Faculdade de Direito da Universidade Diego Portales, ressaltou o relevante papel que as agências financiadoras desempenham no momento de escolha de casos a serem levados ao sistema interamericano. As agências financiadoras muitas vezes lançam programas de financiamento temáticos, que terminam por limitar a possibilidade das ONGs de apresentarem outros casos que consideram relevantes. Luz Marina Monzón, advogada da Comissão Colombiana de Juristas, relata que em reunião realizada pelo IIDH em 2006 com organizações da sociedade civil para avaliação do funcionamento do sistema interamericano, um dos grandes problemas apontados é a questão das agências financiadoras, que com suas linhas temáticas de financiamento restringem suas agendas de trabalho. Liliana Obregón, que pertence ao CEJIL na época de sua criação, relata que o CEJIL sofria com as linhas

financiamento, dependem de parceria com ONGs maiores para levarem seus casos ao sistema interamericano e eles precisam ser aprovados pelos critérios de escolha da ONG maior, o que depende, por vezes, da agenda temática destas entidades. Advogados particulares também podem litigar estrategicamente no sistema interamericano, porém o número de atores desse tipo e com esse enfoque é reduzido, além do mais, a possibilidade de financiamento nesses casos é bastante restrita, depende do custeio da vítima ou da aposta em receber honorários advocatícios concedidos pela CrIDH. Ao mesmo tempo, em torno dessas linhas de financiamento ou dessas grandes ONGs, mobilizam-se coalizões transnacionais, com a participação de diversos atores governamentais e não governamentais, necessárias para a melhor repercussão doméstica e internacional dos resultados obtidos no caso/tema. Além disso, a parceria entre ONGs que participam sistematicamente do sistema interamericano com ONGs locais transmite conhecimento especializado a essas entidades sobre modo de trabalho, sobre possibilidades de ação estratégica, o que pode ser reproduzido na atuação futura das ONGs locais. A cooperação entre essas ONGs também se revela proveitosa quanto à divisão de trabalho, a ONG maior, com experiência no sistema interamericano, acompanha de maneira mais próxima os trâmites do caso e elabora ou auxilia na elaboração da estratégia jurídica e de impacto social da petição, enquanto que a ONG local cuida do atendimento à vítima, da sensibilização social no âmbito doméstico sobre o tema; ademais, apresentar o caso no sistema interamericano fortalece o trabalho desenvolvido localmente¹⁸.

A CmIDH, que corresponde à segunda fase do litígio estratégico, a despeito de reformas recentes, permanece um organismo politizado¹⁹. Não se sabe ao certo quais são os critérios que determinam quando a

de financiamento, que variavam a cada ano (o ano das mulheres, das crianças etc.). A instituição por muitas vezes tinha de forçar a relação entre um caso que considerava relevante com a pauta da instituição financiadora, para poder levá-lo ao sistema interamericano. Por essa razão muitas entidades buscam financiamento em várias agências, formando um capital que pode ser mais bem distribuído conforme as necessidades da entidade. Nem todos os financiamentos possuem restrição temática. É o caso de parte do orçamento da Comissão Colombiana de Juristas (CCJ), como relata Luz Marina Monzón, e do Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo", conforme Jomary Ortégón, financiadas por agências européias. A CCJ, no entanto, encontra dificuldade para financiamento de alguns casos, como o de descoberta de cemitérios clandestinos, resultantes de massacres promovidos pelo governo colombiano. Depois de exumados, os corpos não são identificados ou conservados. O problema se agrava com o envio de corpos exumados de áreas distintas para um mesmo local, sem uma classificação prévia. Para a CCJ, a responsabilidade do Estado não termina com a divulgação dos cemitérios clandestinos, mas com o reconhecimento das vítimas.

¹⁸ Luz Marina Monzón, Comissão Colombiana de Juristas, diferencia a atividade de litígio estratégico desenvolvida pela Comissão Colombiana de Juristas da atividade de ONGs como CEJIL e CELS. Para estas ONGs, o litígio tem por objetivo o desenvolvimento da jurisprudência, do direito internacional ou de planos de ação da própria instituição. Para as ONGs locais, o objeto do litígio estratégico é a incidência em situações-problema que impedem a vigência dos direitos humanos, como paramilitarismo, *desplazamientos*, desaparecimentos forçados e exumações sem identificação. Esta incidência é algo que se pode obter para as vítimas do caso ou para as demais, representadas pela situação-problema tratada pelo caso. Em outras palavras, generalizando a percepção de Luz Marina Monzón, ONGs locais buscam justiça às vítimas; não somente às arroladas pelo caso, mas também àquelas que podem ser atingidas pela implementação da decisão da CrIDH. Apesar de estarem preocupadas com a reparação individual das vítimas, procuram na decisão da CrIDH uma dimensão coletiva, gere efeitos a outras pessoas na mesma situação. Geralmente as ONGs locais têm uma melhor percepção de quais são as alterações necessárias em termos de políticas públicas, por exemplo. As ONGs internacionais/regionais, por sua vez, tendem a buscar a formação de parâmetros de interpretação do direito internacional (especialmente da Convenção Americana de Direitos Humanos), que possam ser aplicados em outros países da região. Buscam a formação de precedentes, como um objetivo intermediário para a transformação social em casos futuros.

¹⁹ Ainda assim, Luz Marina Monzón, Comissão Colombiana de Juristas, afirma que antes da reforma de 2000 o trabalho com a CmIDH era bastante difícil. Os advogados das vítimas tinham de convencer os advogados da CmIDH a respeito de qual linha argumentativa seguir ou sobre quais provas deveriam ser produzidas na CrIDH. Muitas vezes o bom trabalho com a CmIDH dependia de uma boa relação com o advogado da CmIDH responsável pelo caso. Liliana Obregón, professora de direito internacional da Universidad de los Andes e advogada do CEJIL na época de sua fundação, relata que nem sempre a CmIDH conhecia tão bem o caso quanto os advogados das vítimas. Luz Marina Monzón reconhece que a reforma foi boa não apenas pela independência de argumentação dos representantes das vítimas em relação à CmIDH, mas também para a própria organização interna da CmIDH. Hoje há uma equipe de advogados da CmIDH voltada apenas para o litígio de casos ante a CrIDH. Em parte isso se deve ao aumento do volume de casos contenciosos levados à CrIDH após a reforma. Antes esses advogados acumulavam outras funções na CmIDH, o que atrapalhava o desempenho nos casos contenciosos. A especialização da equipe trouxe à CmIDH uma argumentação jurídica mais consistente, o que, por sua vez, evita uma flexibilidade política. Apesar desses ganhos, Luz Marina Monzón critica o fato de os membros da CmIDH não participarem mais do litígio dos casos contenciosos, apenas os

CmIDH deve tramitar internamente uma determinada denúncia recebida ou sobre quando deve remeter um caso à CrIDH. Além disso, o trâmite de muitos casos depende de um trabalho de sensibilização da CmIDH pelos representantes das vítimas a respeito da importância do caso, geralmente, por meio de audiências com a CmIDH. Nesse sentido, a CmIDH tem trabalhado como um filtro negativo das demandas propostas pelos atores não estatais²⁰. Em última medida, é a CmIDH que molda a jurisprudência da CrIDH, ao selecionar quais casos encaminhar à CrIDH. Em contrapartida, a CmIDH tem oferecido um espaço para a obtenção de soluções amistosas entre vítimas e Estados, adotando medidas de impacto coletivo e por vezes logrando a promulgação de leis ou alterações em políticas de direitos humanos domésticas. Da mesma forma os relatórios de mérito da CmIDH têm recomendado aos Estados a adoção de medidas de impacto coletivo. Isso significa que alguns resultados esperados no litígio estratégico podem ser obtidos já na fase da CmIDH. Ainda que o relatório de mérito da CmIDH não seja cumprido pelo Estado, o simples fato de um caso ser admitido pela CmIDH e de ela atribuir responsabilidade do Estado pela violação de direitos humanos já pode gerar efeitos de *power of shaming* ou de tematização doméstica. No entanto, se o objetivo do litígio for obter a formação de um precedente, de uma interpretação jurídica que possa repercutir em casos futuros ou influenciar outros países da região, então é possível que os representantes das vítimas recusem as possibilidades de solução amistosa e esforcem-se para o caso ser encaminhado à CrIDH.

Na terceira fase, diferentes procedimentos e mecanismos de participação envolvem diferentes estratégias de incidência dos atores não estatais nas decisões da CrIDH. Especificamente em relação aos casos contenciosos, após reformas recentes do regulamento da CrIDH, os atores não estatais podem apresentar de maneira autônoma as suas demandas²¹. Isso possibilita hoje às ONGs uma tematização direta, em termos de estratégia jurídica e de impacto social, nas decisões da CrIDH. O quadro abaixo mostra a pluralização dos atores participantes, bem como o aumento do volume de participação na CrIDH²². A pluralização temática da jurisprudência da CrIDH, no entanto, ainda não aconteceu²³.

advogados. Uma das possíveis explicações que aponta para isso seria proteger os membros da CmIDH da exposição a críticas por suas atuações nos casos concretos.

²⁰ Para Carlos Rafael Urquilla, que atuou como representante de vítimas no sistema interamericano e atualmente compõe o Departamento de Entidades da Sociedade Civil do IIDH, a CmIDH é o grande fórum de tematização da sociedade civil no sistema interamericano. O procedimento de denúncia é direto. São os advogados das vítimas que apresentam o caso à CmIDH e que participam de todas as etapas do procedimento na CmIDH. Na CmIDH existe uma infinidade de casos, com perspectivas inovadoras de interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos (estratégia jurídica), que no entanto não são levados à CrIDH. Um dos temas recorrentes da jurisprudência da CrIDH é a liberdade de expressão, mas casos que tramitam na CmIDH sobre rádios comunitárias ou responsabilidade dos meios de imprensa não chegam à CrIDH. A CmIDH funciona como um filtro dos casos denunciados. Na opinião de Carlos Rafael Urquilla, não se trata de um filtro que potencializa as demandas da sociedade civil, mas de um "filtro negativo". O problema permanece mesmo após a alteração do regulamento da CmIDH (art. 44, que prevê critérios para que os casos sejam encaminhados à CrIDH). Para ele, falta à CmIDH uma agenda de direitos humanos, uma pauta sobre como avançar a jurisprudência da CrIDH.

²¹ Da perspectiva dos juizes da CrIDH Sergio García-Ramírez e Diego García-Sayán, a reforma de 2000 representou um avanço positivo. As vítimas agora podem participar como partes no processo e não como parte da equipe da CmIDH ou como testemunhas, podem apresentar provas, sua própria argumentação. No entanto, o acesso das vítimas ao procedimento contencioso levou a um desequilíbrio processual entre as partes. CmIDH e representantes das vítimas por vezes desempenham o mesmo papel ou um papel muito semelhante. Isso provoca um problema, pois o Estado tem de responder na prática a duas demandas. A CrIDH acomodou a situação nas audiências públicas concedendo um pouco mais de tempo para o Estado se manifestar. Para Sergio García-Ramírez, a CmIDH poderia adotar um papel de vigilante do interesse público interamericano. No mesmo sentido, Diego García-Sayán defende que a CmIDH, uma vez apresentada a demanda, deveria desempenhar um papel mais passivo, de observador e vigilante do processo. Até porque a CmIDH já decidiu sobre o caso e trabalhou como uma "primeira instância". A função da CmIDH deveria ser a de esclarecer a CrIDH sobre determinado aspecto que tenha ocorrido ao longo do procedimento do caso na CmIDH.

²² Esta figura apresenta a participação de atores não estatais apenas em casos em que houve apresentação de *amicus curiae*. As informações foram coletadas da seguinte maneira: (1) Pesquisa da expressão "curiae" em todas as sentenças, decisões e opiniões consultivas da CrIDH (de 1982 a 2006). A CrIDH manteve constante desde os primeiros casos a designação de "amicus

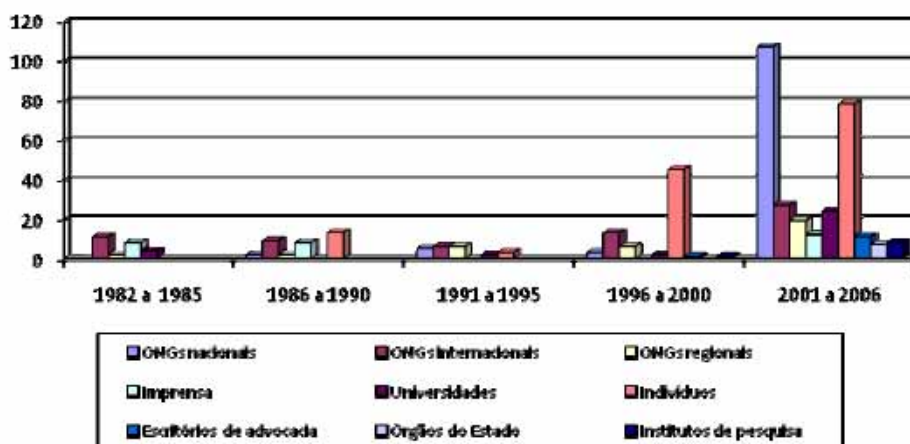


Figura 2: Participação e perfil de atores não estatais nos casos contenciosos e consultivos da CrIDH

A última fase, talvez a mais difícil de se mapear, é a da implementação por parte dos organismos domésticos dos Estados das decisões obtidas na CmIDH e CrIDH²⁴. Há uma série de restrições possíveis ao cumprimento das recomendações da CmIDH e das sentenças da CrIDH, conforme as peculiaridades institucionais dos países²⁵. A incorporação das estratégias jurídicas e de impacto social obtidas por meio das decisões dos fóruns do sistema interamericano é parte fundamental do sucesso do litígio estratégico. Algumas dificuldades institucionais brasileiras,

curiae” aos terceiros que participavam de seus procedimentos. (2) Pesquisa dos atores não estatais que participaram como assistentes ou representantes das vítimas nestes casos. (3) Classificação preliminar dos atores não estatais conforme o seu âmbito de atuação: “comunidade local”, “ONG local”, “ONG local e nacional”, “ONG nacional”, “rede nacional de ONGs”, “ONGs nacionais e regionais”, “ONG regional”, “rede regional de ONGs”, “ONG internacional”, “rede internacional de ONGs”, “atores e empresas de imprensa”, “universidades”, “indivíduos”, “escritório de advocacia”, “ator governamental” e “instituto de pesquisa”. Posteriormente esses atores foram reagrupados para uma melhor apresentação das informações coletadas conforme as categorias da legenda da Figura 2.

23 A percepção dos juízes da CrIDH é de que faltam novos casos e perfis de vítimas na jurisprudência da CrIDH. A CrIDH tem uma jurisprudência reiterada em casos de desaparecimentos forçados, tortura, direito à vida, garantias judiciais, devido processo etc. Na opinião do juiz Sérgio García-Ramírez, faltam casos relacionados a DESCs e direito das mulheres. O juiz identifica que a jurisprudência da CrIDH já avançou em alguns temas antes pouco tratados, como direitos políticos ou direitos de comunidades indígenas. Para a juíza Cecilia Medina, o surgimento de novos casos refletiria uma mudança no continente, significaria que ele está se movendo para uma situação de normalidade e que os direitos considerados mais importantes a serem protegidos não estão relacionados ao rompimento do estado de direito. Novos casos na CrIDH marcariam uma outra etapa no direito interno dos Estados.

24 Um livro publicado por CEJIL (*Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos*) procura apresentar como diferentes países da região têm internalizado as decisões da CmIDH e CrIDH. Compila decisões judiciais domésticas, projetos de lei e desenhos institucionais para a recepção e trâmite dessas decisões no âmbito doméstico. “La experiencia en la región ha mostrado que la ejecución de las sentencias del sistema interamericano depende en buena medida de la estructura institucional y legal existentes en los países; como por ejemplo, la existencia de leyes, estructuras administrativas, políticas estatales, o precedentes jurisprudenciales relevantes. Sin embargo, también influyen – en algunos casos de manera determinante – factores como la capacidad de incidencia de las organizaciones no gubernamentales, la buena voluntad de funcionarios/as de diversos poderes del Estado, el papel de la prensa, el comportamiento de diversos actores políticos en el Estado y en la región, entre otros. (...) Las discusiones sobre la ejecución de las decisiones del sistema interamericano han girado, entre otros, en torno al carácter obligatorio y auto-ejecutivo de las decisiones, la justicia misma de la decisión o del alcance de las reparaciones ordenadas, y la legitimidad de los reclamos de las víctimas, sus representantes o del propio sistema interamericano.” (KRSTICEVIC, 2007, p. 16)

25 Uma das dificuldades encontradas pelo Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” com relação à implementação das decisões da CrIDH contra a Colômbia foi a superação da “coisa julgada” na Corte Constitucional, pois uma das medidas de reparação que a CrIDH costuma propor é a reabertura de casos já finalizados pelo judiciário doméstico para investigação complementar dos culpados. Jomary Ortégón relata que a revisão da coisa julgada foi objeto de uma sentença de constitucionalidade, em 2002, em que a Corte Constitucional decidiu que o princípio da coisa julgada deve ser relativizado em favor das vítimas de violação de direitos humanos. Foram fixadas regras para essa relativização, como a existência de uma

por exemplo, são o sistema federativo, o dualismo jurídico que predomina nos tribunais e o processo de implementação realizado por meio de acordos *ad hoc* entre as autoridades governamentais envolvidas²⁶. Quanto mais o processo de implementação estiver internalizado na estrutura institucional doméstica, mais fácil se torna a interrelação entre o espaço internacional e o doméstico. Ao mesmo tempo, a atuação reiterada do Estado no sistema interamericano, por exemplo, como réu em vários casos contenciosos, facilita este processo de internalização das recomendações e sentenças da CmIDH e CrIDH. A internalização, no entanto, independe do Estado ser réu nos processos. A jurisprudência do sistema interamericano poderia orientar as ações do Estado, mesmo quando ele não é demandado²⁷. Há outras dificuldades, de ordem cultural, como desconhecimento do sistema interamericano ou a sua desvalorização enquanto um sistema válido no âmbito doméstico.

• Considerações finais

Há por trás deste artigo um viés normativo, que só poderia ser explicitado nestas considerações finais. Quanto maior a participação de atores não estatais no sistema interamericano, melhor é o seu funcionamento. A livre tematização, possibilitada por um arranjo institucional do sistema interamericano aberto à participação, aliada à prática de litígio estratégico pelos atores não estatais, permite uma maior interação entre o sistema interamericano e o espaço doméstico dos países da região. Em outras palavras, quanto mais o sistema interamericano se transformar em um fórum propício aos atores sociais para a obtenção de precedentes e para a transformação de políticas públicas, legislação e padrões de interpretação dos tribunais domésticos, maior impacto as suas decisões poderão ter. Este não é o viés normativo apenas deste trabalho, mas também de todos os atores não estatais que têm utilizado o sistema interamericano como um *locus* de litígio estratégico.

Certamente, por trás desse diagnóstico normativo, há uma constatação. O sistema interamericano ainda hoje é fraco e repercute pouco nos países do continente, leia-se países latino americanos. Isso se deve não apenas a um mero desconhecimento do funcionamento do sistema interamericano, mas sim ao desinteresse, principalmente por parte dos Estados, em um sistema interamericano que interfira nas políticas domésticas de direitos humanos. Os atores não estatais nesse contexto desempenham e têm desempenhado um importante papel. Eles são o “motor do sistema interamericano”, o *transmission belt* de um processo normativo transnacional, eles formam *transnational issue networks* em torno dos casos do sistema interamericano. Eles provocam o sistema interamericano a responder de

declaração de tribunal ou organismo internacional (CmIDH, CrIDH, Comitê de Direitos Humanos da ONU) e uma ação de revisão no procedimento penal.

²⁶ A falta de um trâmite institucionalizado do processo de implementação prejudica a formação de uma cultura institucional de observâncias às decisões da CmIDH e CrIDH. Alguns projetos de lei que tramitam no Congresso procuram institucionalizar o processo de cumprimento, tais como Projeto de Lei N° 3214, de 13 de junho de 2000. (Marcos Rolim). Declara o caráter obrigatório das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Decreto N° 4433, de 18 de outubro de 2002. Presidência da República. Institui a Comissão de Tutela dos Direitos Humanos; Projeto de Lei N° 4667, de 15 de dezembro de 2004. (José Cardozo). Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões dos organismos internacionais de proteção dos Direitos Humanos.

²⁷ Diego García-Sayán, juiz da CrIDH, chama a atenção para a importância da interação das decisões da CrIDH com os tribunais domésticos. Não apenas em termos de cumprimento da decisão, mas de utilização dos *standards* produzidos pela CrIDH. Isso é particularmente relevante, pois são os aparatos judiciais domésticos os verdadeiros garantes dos direitos humanos. Isso é algo que já se está realizando, embora em poucos países (Colômbia, Peru, Argentina, Bolívia, Chile, Guatemala). A quantidade de casos de 2007, em que juízes da América Latina decidem utilizando a jurisprudência da CrIDH, é muito maior do que nos últimos anos. Ele cita uma sentença de junho 2007, do Tribunal Constitucional do Peru, que determina que as sentenças da CrIDH são obrigatórias não apenas para o Estado envolvido no caso contencioso, pois os princípios contidos na sentença da CrIDH são de cumprimento obrigatório em todos os países que aceitaram a competência contenciosa da CrIDH, e que os juízes que não os utilizarem estão infringindo a constituição.

acordo com as estratégias jurídicas e sociais traçadas e têm encontrado na CmIDH e CrIDH *loci* potencialmente receptivos.

A questão que então se coloca é quantos países da América Latina dispõem hoje de uma sociedade civil fortemente atuante nestes espaços institucionais domésticos e internacionais. Com quantos centros de “direito de interesse público” se constrói um processo normativo transnacional?

Diante de tantas dificuldades que se impõem ao litígio estratégico no sistema interamericano, especialmente com destaque para a obtenção de financiamento e para o *know how* dos meandros do trâmite dos casos no sistema, seria o sistema interamericano realmente aberto para todos? Ainda que formalmente qualquer pessoa possa encaminhar uma denúncia à CmIDH, todo o processo é muito mais complexo do que isso. O sistema interamericano é hoje destinado de fato a poucos atores. Desse diagnóstico surgem propostas para facilitar o acesso ao sistema interamericano. Ainda assim, que ganhos o acesso desses novos atores ao sistema interamericano traria?

Talvez o enfoque esteja sendo dado ao problema equivocado. Não se trata de garantir maior acesso ao sistema, mas sim maior eficácia às suas decisões. Apesar de todos os obstáculos, o sistema interamericano tem sido receptivo às demandas de litígio estratégico e tem ele mesmo atuado estrategicamente ao buscar a formação de precedentes e medidas de impacto social. O ponto mais complicado talvez esteja na última fase do ciclo de litígio estratégico, a sua implementação e esta se dá no âmbito doméstico. Mais do que novos atores alcançando o sistema interamericano, faltam atores capazes de trabalhar a jurisprudência já produzida pelo sistema interamericano junto às instituições domésticas. O enfoque equivocado pode decorrer da falsa crença de que as decisões da CmIDH e da CrIDH produzem efeitos isoladamente.

A principal deficiência do sistema interamericano hoje está no diálogo surdo que se estabelece entre suas decisões e as instituições domésticas. Quanto mais tais decisões passarem a fazer parte da engrenagem institucional do sistema doméstico, mais eficaz será o sistema interamericano. Esta parece ser a percepção acertada de “centros de direito de interesse público” como o *think tank* DeJusticia e a clínica jurídica “Grupo de Derecho de Interes Público” da Universidad de los Andes, ambos sediados na Colômbia. Ao se constituírem, optaram pela *advocacy* no âmbito doméstico, justamente por considerarem que já havia uma quantidade suficiente de atores bastante capacitados trabalhando para levar casos ao sistema interamericano. O nicho de atuação dessas entidades é a incorporação de *standards* do direito internacional, de modo geral, e especialmente da legislação e jurisprudência do sistema interamericano no âmbito doméstico. Dessa maneira, realizam *lobby* legislativo, elaborando projetos de lei, oferecem expertise para outras entidades apresentarem casos paradigmáticos junto ao judiciário, apresentam *amici curiae* ao Tribunal Constitucional, produzem pesquisa jurídica sobre determinados temas ainda pouco explorados pela “doutrina”. Todas essas ações contribuem para a incorporação do sistema interamericano à cultura jurídica e às instituições domésticas.

Para muitos este pode parecer um trabalho de formiga e, portanto, pouco glamuroso no incipiente campo da advocacia em direitos humanos. Mais do que isso, ele talvez seja muito recente e pouco explorado em muitos países da América Latina. Em alguns, especialmente menos que em outros. Parece ser o caso do Brasil, quando comparado a outros países da região, como Argentina, Chile e Colômbia.

Bibliografía

- AMERICAN UNIVERSITY WASHINGTON COLLEGE OF LAW (2007). Draft: *Impact Litigation Project best practices report 2007: understanding impact litigation*. (mimeo)
- CELS (s.d.) *Diez años de litigio en derechos humanos*. (mimeo)
- COHRE. (2003) *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies*. Geneva: Centre on Housing Rights and Evictions.
- _____. (2006) *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Legal Practitioners' Dossier*. Geneva: Centre on Housing Rights and Evictions.
- EPP, Charles R. (1998) *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago and London: The University of Chicago Press.
- ERRC, INTERRIGHTS, MPG (2004) *Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice. A manual on the theory and practice of strategic litigation with particular reference to the EC Race Directive*. European Roma Rights Centre (ERRC), Interights, Migration Policy Group (MPG).
- FRÜHLING, Hugo. (2000) "From Dictatorship to Democracy: Law and Social Change in the Andean Region and the Southern Cone of South America", In McClymont, Golub (Eds). *Many roads to justice: the law related work of Ford Foundation grantees around the world*. Ford Foundation, pp. 55-88.
- GLOPPEN, Siri. (2006) "Courts and social transformation: an analytical framework", in GARGARELLA, Roberto, GLOPPEN, Siri (Orgs.) *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate.
- GONZÁLEZ, Felipe (Org.). (2002) *Litigio y políticas públicas en derechos humanos*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.
- HANNUM, Hurst (Editor). (1984) *Guide to international human rights practice*. Washington: Procedural Aspects of International Law Institute, International Human Rights Law Group, 2a ed.. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1984, 1a ed..
- HERSHKOFF, Helen; HOLLANDER, David. (2000) "Rights into Action: Public Interest Litigation in the United States", In McClymont, Golub (Eds). *Many roads to justice: the law related work of Ford Foundation grantees around the world*. Ford Foundation, pp. 89-125.
- IHRLG (2001) *Promoting justice: a practical guide to strategic human rights lawyering*. Washington: International Human Rights Law Group.
- JOHNSON, Louis. The new public interest law: from old theories to a new agenda. *Public Interest Law Journal*, pp. 169-191.
- McClymont, Mary; Golub, Stephen (Eds). (2000) *Many roads to justice: the law related work of Ford Foundation grantees around the world*. Ford Foundation.
- MEILI, Stephen. "Latin American Cause-Lawyering Networks" En SARAT; SCHEINGOLD et al. (2001). *Cause lawyering and the state in a global era*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- _____. "Cause Lawyers and Social Movements: A Comparative Perspective on Democratic Change in Argentina and Brazil" In SARAT; SCHEINGOLD (1998). *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*. Oxford: Oxford University Press.
- OACNUDH. (2007) *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico: experiencias de la sociedad civil*. Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

- OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (2004) *Advocacy and Litigation Strategies for Latin American*. Report of a Meeting held in Buenos Aires, Argentina, March 18-19, 2004.
- REKOSH, Edwin. (2005) Who defines the public interest? Public interest law strategies in Central and Eastern Europe. *PILI Papers*, n. 1, jul. 2005, p. 3-16. Tradução publicada em português: Quem define o interesse público: estratégias do direito de interesse público na Europa Centro-Oriental. *Sur: revista internacional de direitos humanos*, n. 2, pp. 175-188.
- _____. (2003) Presentation by Ed Rekosh, Public Interest Law Initiative, Columbia University Budapest Law Center, prepared by Barbara Bedont and Mona Nicoara.
- REKOSH, Edwin; BUCHKO, Kyra A.; TERZIEVA (Eds.). (2001) *Pursuing the public interest: a handbook for legal professionals and activists*. New York: Public Interest Law Initiative in Transitional Societies.
- RODRIGUEZ, J. R.; MACHADO, M. R. A.; PUSCHEL, F. P. (2006) "O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e com a Democracia". En 3o. Congresso Latino-Americano de Ciência Política, 2006, Campinas. 3o. Congresso Latino-Americano de Ciência Política.
- RODRIGUEZ, J. R. . (2002) Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Org.). *Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. 1a. ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 275-307.
- ROSENBERG, Gerald. (1991) *The Hollow Hope: Can Courts bring about Social Change?* Chicago and London: The University of Chicago.
- SANTOS, Marcio André de Oliveira dos. (2005) *A persistência política dos movimentos negros brasileiros: processo de mobilização à 3ª Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo*. Dissertação de Mestrado defendida no Instituto de Filosofia e Ciências.
- SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. (2002) *On Law, Politics, & Judicialization*. Oxford University Press, Oxford, 2002.
- TATE, Neial; VALLINDER, Torbjörn. (1995) *The Global Expansion of Judicial Power*, NYU Press, New York.
- WEISSBRODT, David. (1984) "Strategies for Selecting and Pursuing International Human Rights Matters". En HANNUM, Hurst (Editor). *Guide to international human rights practice*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1984, 1a ed..



Ponencias Política Criminal

**PRIMERAS JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES: SOCIEDAD, DERECHO Y ESTADO EN CUESTIÓN**

DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Por Mauro Benente*

Resulta por demás complejo realizar cualquier introducción. Más cuando los temas son realmente muy diversos. Más cuando, paradójicamente, la introducción se erige como un dispositivo para capturar y así disipar esa diversidad. Lo que sigue es, pues, una suerte de epígrafe de diferentes imágenes: Un disciplinamiento del sentido que podría ofrecer cada una de esas imágenes si carecieran del epígrafe.

Dos de los cinco trabajos, los primeros que reseñaré, apuestan a elementos no tan frecuentes al menos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: el control empírico de los enunciados a través de la contrastación con datos primarios. Esta apuesta podría sentirse como una bocanada de aire fresco en un ambiente muchas veces dominado por un positivismo normativo por momento asfixiante. No obstante, muchas veces –y no digo que este sea el caso- los aires nuevos pueden estar contaminados por un positivismo metodológico similar al impugnado cuando se decide escapar del positivismo normativo. A veces –en insisto en que no me refiero a estos casos en particular- la impugnación al positivismo jurídico termina cayendo en un positivismo metodológico que supone una fluida aprehensión de aquello que suponemos como real y una transparente traducción de aquella suposición en el lenguaje.

El trabajo de Marcelo Fraga “Encierro y Escolaridad: Sujetos de la política penitenciaria o política educativa” propone un análisis de la situación y del nivel educativo de los condenados a prisión perpetua alojados en unidades penitenciarias de la Provincia de Buenos Aires. El trabajo da cuenta del nivel educativo de los internos al momento de ingresar a la prisión y los avances dentro del instituto de encierro, datos recogidos a partir de una de las técnicas de las investigaciones cuantitativas: el cuestionario semiestructurado. Asimismo, el trabajo está atravesado por un relato ficcional sobre el escenario de la educación formal dentro de la prisión. Si bien el relato es ficcional, tiene sustento en entrevistas en profundidad realizadas a los internos, lo que denota una combinación de técnicas cuantitativas y cualitativas para la presentación del trabajo.

El trabajo de Mariela González, Diego Freedman, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni postula que a pesar de las reformas legales y el avance en materia de tratados internacionales, el sistema penal juvenil mantiene el estereotipo de joven delincuente que se concebía con anterioridad a tales reformas. El sustento empírico para realizar la interesante afirmación es producto de un relevamiento de 28 expedientes tramitados ante Juzgados

* Abogado (UBA). Doctorando UBA. Becario CONICET. Docente de la Facultad de Derecho. UBA. Miembro Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”. Integrante de la Comisión de Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales.

Nacionales de Menores, Tribunales Orales de Menores, Cámaras Nacionales de Apelación y Cámara Nacional de Casación Penal.

Los desarrollos de Mauricio D. Balbachan, titulados "La selectividad como mecanismo necesario para la subsistencia del libre mercado" refieren a una temática bastante trabajada dentro del ámbito de la criminología, tal como es la selectividad del derecho penal. Dentro de este ámbito, la apuesta fuerte de Balbachan es postular que la selectividad no es –o no es solamente– un elemento propio del sistema penal, inherente a su funcionamiento como tal, sino que –para el caso argentino desde 1880 hasta nuestros días– se erige como una herramienta para mantener y reproducir las condiciones de funcionamiento del mercado.

Diego Castiglioni, en "Derechos humanos y seguridad" recoge la idea de universalidad de los derechos humanos y explora las capas de fundación hasta encontrar una base en la idea de dignidad humana. En una segunda parte de sus reflexiones, Castiglioni intenta rastrear los presupuestos que se esconden tras los discursos que intentan deslegitimar el discurso de los derechos humanos ubicándolos como elementos "pro-delincuentes"

Finalmente, "Sociedad, norma y persona: observaciones sobre la teoría de Günther Jackobs, desde la teoría de Niklas Luhmann" de Santiago Calise, representa un interesante contrapunto al modo en que ha sido receptada la teoría de Jackobs desde ciertos circuitos jurídicos académicos. Dando un paso atrás respecto de los elogios y las críticas que Jackobs ha despertado en la Argentina tanto en el plano de la dogmática penal cuanto en la justificación del castigo, Calise se propone describir la –cuanto menos– objetable recepción que Jackobs hace de la teoría de Luhmann, sobre la cual intenta construir sus desarrollos sobre el sistema penal. Luhmann es uno de los últimos eslabones, quizá junto con Jürgen Habermas, Anthony Giddens y Pierre Bourdieu, de intentos de conformar una teoría social en sentido sistemática –en el caso de Luhmann a partir de los sistemas autopoieticos, autorreferenciales y clausurados–. Lo que intenta Calise es dar cuenta de la discutible, por momentos errónea, recepción que hace Gunter Jackobs de esta teoría.

LA SELECTIVIDAD COMO MECANISMO NECESARIO PARA LA SUBSISTENCIA Y CONSENSO SOBRE EL LIBRE MERCADO

Por Mauricio D. Balbachan

RESUMEN

El presente trabajo propone evidenciar que la selectividad no sólo es el resultado propio de los procesos de criminalización del sistema penal sino que cumple, además, un rol fundamental para la supervivencia y desenvolvimiento del sistema capitalista, siendo la herramienta más adecuada para la defensa punitiva o sostenimiento consensual del mismo. Para arribar a esta afirmación se elaborará un estudio genealógico de la selectividad penal en Argentina, que demostrará que en los contextos históricos en los que el sistema socioeconómico se vea amenazado, tiende a intensificarse la operatividad discriminatoria del aparato represivo estatal. Finalmente, una vez desarrollada esta relación, se evaluará si la selectividad posee en el presente, una intencionalidad específica que emerge más allá del funcionamiento propio del sistema penal.

PALABRAS CLAVE

Selectividad – Sistema Penal – Capitalismo

SELECTIVITY AS A NECESSARY MECHANISM FOR THE SUBSISTENCE AND CONSENSUS OF FREE MARKET

By **Mauricio D. Balbachan**

ABSTRACT

The purpose of this worksheet is to evidence that *selectivity* is not only the criminalization processes of the *criminal justice system* owns result, but that it also plays a specific roll for the survival and development of *capitalism* as the most suitable tool for it's punitive defense or consensual support. To arrive to this affirmation there will be a genealogical study of criminal selectivity in Argentina which will show that in the historical contexts where the socio-economic system is threatened, the repressive state apparatus' discriminatory operation tends to intensify. Finally once developed this relationship it will be evaluated if selectivity has in the present a specific intentionality which emerges beyond the proper functioning of the criminal system.

KEYWORDS

Selectivity – Criminal Justice System - Capitalism

LA SELECTIVIDAD COMO MECANISMO NECESARIO PARA LA SUBSISTENCIA Y CONSENSO SOBRE EL LIBRE MERCADO

Por **Mauricio D. Balbachan***

I. Presentación

Desde que la criminología adquiere el status de ciencia autónoma bajo el paradigma positivista en las ciencias sociales, estudiando el comportamiento singular y desviado del hombre hasta el estado actual del conocimiento han transcurrido numerosas escuelas revolucionando lo que se presentaba como verdad. El pendular trayecto de "avances" y "retrocesos", fruto del dinamismo propio de una ciencia que no puede ser escindida de su contexto histórico ni de sus impulsores ubicados en diversos centros de poder mundial, encuentra hoy un sistema congruente con el derecho penal y procesal penal en razón del paradigma que denuncia la irracionalidad del poder punitivo.

Este legado es la reformulación del objeto de estudio: se abandonó la exploración del "hombre delincuente" para concentrar su análisis en las estructuras productoras de criminalización, demostrando así, el carácter altamente selectivo que posee el sistema penal.

El nuevo paradigma evidenció la irracionalidad discriminatoria en la imposición de castigo estatal. En razón de esta desigualdad, es que al derecho penal se le asigna la función de proteger al más débil (FERRAJOLI, 1995), mediante la elaboración de un sistema coherente, es decir sin contradicciones lógicas internas, que permita orientar a las agencias judiciales en la toma de decisiones (sentencias) que contengan y reduzcan el poder punitivo, impulsando así, el progreso del estado de derecho (ZAFFARONI, 2002).

La materialización de esta desigualdad consiste en un proceso complejo, por el que intervienen varios actores, en distintos momentos y con diferente alcance, denominado selectividad. Podría sintetizarse en dos etapas: una primera, denominada criminalización primaria, en la que agencias políticas (parlamentos y ejecutivos) sancionan leyes penales materiales, y luego, la acción punitiva en concreto ejercida sobre personas determinadas, a cargo de las agencias de criminalización secundaria (policías, jueces, agentes penitenciarios).

Es en el segundo recorte al programa de *deber ser* donde verdaderamente se efectiviza la selección en manos de las agencias policiales, quienes, "dada su escasísima capacidad operativa para llevar a cabo el programa "escogen" a aquellos individuos que cometan hechos burdos o groseros, fácilmente detectables, y que causen menos problemas, por su incapacidad de acceso al poder político, judicial, económico y mediático" (ZAFFARONI, 2002, 7/9).

Este proceso de selectividad puede ser expresado como una mera ecuación aritmética, neutral, y esto es, justamente, lo que el presente trabajo monográfico pretende poner en crisis. Si bien acepta que el aparato de poder beneficie a algunos, ZAFFARONI entiende que las agencias de criminalización secundaria "no operan selectivamente sobre los vulnerables porque algo (o alguien) maneje todo el sistema penal de modo armónico... semejante concepción desvía del recto camino los esfuerzos por remediar los males" (ZAFFARONI, 2002, 11).

* UBA

Sin pretender desconocer que la selectividad es un resultado subyacente del propio sistema penal (consecuencia intrasistémica), la intuición que da origen a este trabajo es que además pueden identificarse ciertos momentos en donde esta discriminación punitiva se intensifica, y así asignarle una funcionalidad independiente al sistema penal (función extrasistémica), asociada con el desenvolvimiento del libre mercado, expresado en la defensa o el consenso consolidante de la propiedad privada, como manifestación suprema del modo de producción capitalista.

El iniciático trabajo de de RUSCHE (1935) hace ya más de setenta años señalaba que la política legislativa represiva hacia la mendicidad, en plena revolución mercantil, era una expresión directa de la nueva política económica. Hoy la función de ese mismo sistema disciplinante bajo el mismo paradigma político económico parece estar difuminada, disfrazada bajo la apariencia de un programa criminalizante menos clasista y un accionar policial burocrático e irreversiblemente autónomo de una función política. El desarrollo que se presenta a continuación es entonces volver a centrar el énfasis en la intención olvidada del sistema penal, volver a cuestionarse el *por qué* mediante la utilización de su herramienta más efectiva como lo es la selectividad, para entender que se trata de algo más que una consecuencia inherente al engranaje del sistema penal.

II. Marco teórico

Para cumplimentar tal pretensión, será necesario confeccionar una genealogía de la selectividad penal en nuestro país a lo largo del siglo XX. La genealogía es una forma de historia que da cuenta de la constitución de los saberes y de los discursos, buscando advertir los cortes, las continuidades, las dispersiones que produjeron los acontecimientos bajo análisis.

Consiste en la insurrección de los saberes no tanto contra los contenidos, los métodos o los conceptos de una ciencia, sino y sobre todo, contra los efectos del saber centralizador que ha sido legado a las instituciones y al funcionamiento de un discurso científico organizado en el seno de la sociedad (FOUCAULT, 1992). A través de esta herramienta teórica se analizará el sentido de la selectividad como garantía del sistema de producción capitalista, representado por la matriz de su *ser*, la propiedad.

El recorte témporo-espacial obedece a diversos factores. La revolución industrial como fenómeno que abre camino al sistema capitalista puede situarse en el siglo XVIII en Europa. Nuestro continente no sólo no es ajeno a su desenvolvimiento, sino que resulta ser un actor fundamental: la acumulación del proceso capitalista sólo fue posible gracias a los medios de pago de oro y plata y materias primas que Europa obtuvo de América y África. Pero si bien podemos ubicar(nos) en la génesis de este nuevo modelo socioeconómico, lo cierto es que sus consecuencias de desarrollo y de marginación sólo arribaron a fines del siglo XIX y principios del XX.

Esto no significa desconocer los sucesivos procesos de etiquetamiento para la segregación y exterminio que partieron del aparato represivo colonial y post-colonial, sufridos tanto por la población negra¹, como por los habitantes originarios de estas tierras, con basamento en una supuesta superioridad del colonizador en el plano

¹ Ver LANATA, J., *Los primeros desaparecidos*, en *Argentinos*, tomo I, ed. B. Bs. As., 2003, pp. 47/50

teológico (ZAFFARONI, 1988), valiéndose de argumentos teóricos de "progreso" tanto externos como internos². Pero conforme al criterio metodológico esbozado, cualquiera análisis sobre estas etapas históricas resulta innecesario.

Por otra parte, obviando las diferencias con los llamados países centrales, Argentina posee características propias que no comparte con el resto de Latinoamérica, un devenir histórico que impide hacer extensiva esta propuesta: no todos los países recibieron el mismo caudal migratorio entre finales del siglo XIX y principios del XX y no todos los países sufrieron gobiernos dictatoriales en los años '60 y '70 (ej. Venezuela, México). Sí, en cambio se puede establecer una semejanza respecto de los movimientos de mano dura e inflación penal que padece el continente en el presente.

Se observarán tres contextos históricos signados por la relación dialéctica entre selección para el castigo y amenaza al sistema capitalista, ya sea esta real o imaginada, ya que no interesa aquí la evaluación sobre las posibilidades de éxito de movimientos revolucionarios sino únicamente la reacción penal, y sus discursos legitimantes, frente a los mismos.

La primera etapa exhibirá la solución punitiva para contener los primeros conflictos sociales inherentes al libre mercado, y la génesis de un programa de punición clasista. Una segunda etapa tratará sobre la criminalización primaria y secundaria bajo la "doctrina de seguridad nacional", y el fundamento de semejante maquinaria de sangre. Se observará que en estos dos momentos el sistema penal se orientó a aquellos grupos que pretendían revolucionar las estructuras económicas de producción dominantes. La lógica de esta persecución se la puede encontrar en las palabras que Walter BENJAMIN se refiere sobre la violencia, al señalar que el interés del derecho por monopolizar la violencia no tiene como explicación la intención de salvaguardar fines jurídicos, sino más bien, "salvaguardar al derecho mismo" (BENJAMIN, 1991, 32), porque "el estado teme a esta violencia en su carácter de creadora de derecho" (BENJAMIN, 1991, 40).

Finalmente se evaluará si el presente modelo penal, complejizado por una serie de factores para los que se precisarán referencias conceptuales adicionales, constituye una verdadera ruptura, o bien puede rastrearse una línea de continuidad con los períodos anteriores. Para luego aceptar o rechazar la finalidad ideológica de la selectividad como afirmación del valor propiedad y el sistema capitalista.

III. Primera finalidad de la selectividad: anarquismo y socialismo. Recepción del legado positivista

A partir de 1880, la Argentina recibió un numeroso caudal de inmigrantes europeos, quienes junto con los trabajadores locales desocupados y los campesinos desplazados de sus tierras, conformarían una masa precaria de trabajadores cumpliendo jornadas extensas de trabajo, recibiendo salarios magros, y viviendo en pésimas condiciones. Huyendo de las persecuciones sufridas en sus países de origen, los recién llegados traían consigo experiencia sindical y política que nutriría decisivamente al incipiente movimiento obrero argentino.

Este aporte hizo posible una organización obrera que produjera una serie de huelgas y manifestaciones en las que el estado prácticamente no intervenía para mediar el conflicto. Es entonces cuando los industriales comenzaron a

² "En la república Argentina se ven en un tiempo dos civilizaciones distintas en un mismo suelo: una naciente, que sin conocimiento de lo que tiene sobre su cabeza, está remedando los esfuerzos ajenos y populares de la edad media; otra que sin cuidarse de lo que tiene a sus pies, intenta realizar los últimos resultados de la civilización europea. El siglo XIX y el XII viven juntos, el uno dentro de las ciudades, el otro en las campañas" SARMIENTO, D. F., *Facundo. Civilización y barbarie*, Sopena, Bs. As., 1960, publicado originalmente por D. Appleton y Cia., en 1868, p. 28

reaccionan, fundando en 1887 la Unión Industrial (PIGNA, 2005), y exigiendo al Poder Ejecutivo que no acepte las exigencias colectivas obreras, y que garantice la continuidad de sus negocios. Se conformaría así, la primera demanda hacia el estado para que intervenga sobre un determinado grupo utilizando el monopolio de la fuerza, es decir, la primera selección del sistema penal.

La concentración de la actividad represiva hacia una determinada clase social requirió de un sistema de ideas que racionalice las desigualdades y reformule el concepto de libertad, encontrando la herramienta perfecta en la criminología positivista, la cual sintetizaba el funcionamiento del libre mercado con las ideas evolucionistas. Esta mixtura discursiva podría sintetizarse de la siguiente manera: dado que el individuo propietario es la realización de libertad verdadera y el campo económico de la producción y los bienes se organizan automáticamente en términos de igualdad, la "superioridad" es "el resultado de la selección natural y los seres inferiores (no-propietarios) están obligados a la obediencia y sumisión por su inferioridad" (DEL OLMO, 1981, 29), fundada en su rechazo a "ser libres".

De ahí que la idea de "peligrosidad" como fundamento del castigo, se elabore por considerar que "el hombre podía influir en el hombre al igual que lo hacía en la naturaleza, y proclamar que éste podía cambiar las actitudes de sus semejantes cuando se rebelasen contra el orden social, llegando incluso a aislarlo indefinidamente si era peligroso". (DEL OLMO, 1981, 31)

En palabras de un difusor local de la escuela criminológica italiana, José INGENIEROS: "cuando los actos que exteriorizan el carácter individual no se adaptan a las condiciones sociales de la lucha por la vida (representadas por su moral y concretadas en su derecho), los actos son socialmente inmorales o delictuosos." (1913, 117)

Así, la inmigración era considerada responsable del "crecimiento anormal de la población", causando en el país una "delincuencia particular, congestionada y pletórica", producida por el "vagabundaje, el ocio, el parasitismo urbano", que se traducían en "huelgas, sublevaciones, delitos contra el orden público, con consecuentes riñas, borracheras, desórdenes y a veces homicidios", por lo que era necesario enfrentarla haciendo obra de salubridad moral (CREAZZO, 2007)

Esta "contaminación" moral justificó la necesidad de separar, aislar y extraditar a los individuos foráneos. Se sanciona entonces la ley 4.144³, conocida como "ley de residencia", que permitía la expulsión hacia sus países de origen a los extranjeros "indeseables", militantes sociales y sindicales. En la mayoría de casos, el extranjero expulsado a su país, al llegar a su destino, era condenado a muerte o a cadena perpetua, porque había emigrado a la Argentina huyendo de las persecuciones (PIGNA, 2005).

El programa de criminalización primaria como reacción al movimiento obrero se completaría con la ley 7.029 de seguridad social o defensa social, la ley n°7 que reprimía la huelga, y más tarde la incorporación de los "Delitos contra la libertad de trabajo y asociación", que en su art. 158 reprimía penalmente la huelga y el boicot (CREAZZO, 2007), junto con la adopción repetida del estado de sitio, daban prueba de una línea de "emergencia" que privilegiaba respuestas de tipo represivo, libres de todo vínculo de legalidad, confiadas a la policía⁴ y al ejecutivo.

³ Sancionada por ambas cámaras del Congreso el 23 de Noviembre de 1902. Basada en un proyecto de Miguel CANÉ, constaba de sólo 5 artículos.

⁴ Vale recordar que se encontraba vigente el Código de Procedimiento Federal de 1885, que en los arts. 27, 28 y 30 le otorgaba al jefe de la policía la facultad de juzgar los delitos contravencionales cometidos en Buenos Aires, lo que acentuaba el proceso de selectividad de la criminalización secundaria.

Durante esta etapa se pueden extraer como primeras conclusiones la concreción de la primera demanda al estado para que intervenga y aísle a un determinado grupo social que ponía en riesgo la estabilidad de un modelo excluyente, y la continuidad de los negocios que ofrece el libre mercado. Se observa también que el sistema de ideas apropiado para legitimarlo provino de Europa, donde los conflictos sociales eran aún más evidentes, que facilitó el desarrollo de enunciados de criminalización primaria profundamente clasistas y discriminatorios.

III. Segunda intención selectiva: comunismo. Doctrina de la seguridad nacional

“Dad ejércitos a los países que no tienen enemigos ni necesidad de hacer guerras y crearéis una clase que se ocupará de hacer y deshacer gobiernos, o lo que es igual, de hacer la guerra del país contra el país a falta de guerras extranjeras. El ejército degenerará en clase gobernante y el pueblo en clase gobernada o sometida”

Juan Bautista Alberdi, *El crimen de la guerra*, 1870

La irracional política represiva dirigida a una masa asalariada en vías de organización había sido la solución algunos siglos atrás en la Europa premoderna donde “la nueva política legislativa fue una expresión directa de la nueva política económica (RUSCHE, 1935, 46)”. No es de extrañar entonces la importación de las mismas justificaciones discursivas en clave de ciencia novedosa como lo era el positivismo, para dotar de cierta objetividad semejante accionar discriminatorio. Y esta adopción de teorías foráneas sobre el origen del crimen y la solución más eficaz para su neutralización que conformaron un sistema penal altamente selectivo en aras de una finalidad político económica, volvería a repetirse en los periodos de dictaduras cívico militares y gobiernos sólo formalmente democráticos.

El sistema capitalista vuelve a encontrarse en riesgo a partir de los años años ´60 por varias razones. En el centro del poder mundial de entonces, Estados Unidos, reacciones juveniles en oposición a la guerra de Vietnam y la política exterior estadounidense, que se sumaban a los reclamos de las minorías étnicas y sexuales por los derechos civiles. En China se iniciaba la “revolución cultural” de Mao Tse Tung. La revolución cubana se había producido en 1958. En Francia se originó una enorme protesta obrero estudiantil. En nuestro país se destacan hechos como el Rosariazo y luego el Cordobazo, como acontecimientos revolucionarios desencadenados por la política económica implementada por gobiernos dictatoriales y civiles, que además de las reivindicaciones sindicales tenían como trasfondo una lucha por una identidad política proscripta como lo fue el peronismo.

La nueva amenaza hacia el sistema de producción capitalista era el comunismo internacional organizado⁵ y pasó a ser el objetivo primordial de selección para el castigo estatal. El programa de criminalización primaria se orientaba en este sentido con la sanción de las leyes de facto 18.701 de 1970 y 18.953 de 1971 que restablecieron la pena de muerte, la ley de facto 20.840 de “terrorismo” en 1974. Ya en la más violenta y última dictadura militar se encuentra la ley de facto 21.338 de 1976 que estableció casi todas las reformas de la ley 17.567 (una reforma al código penal anterior) con penas considerablemente elevadas: pena de muerte para ciertos delitos, menor edad para la responsabilidad, agravantes por elementos subjetivos terroristas (ZAFFARONI, 2002), etc. De todas maneras durante este último período se erigieron dos sistemas penales al margen de los jueces: “un sistema penal subterráneo con

⁵ El crecimiento de la URSS representaba para las fuerzas del capital una “especie de espejo” (RAJLAND, 2008) donde se reflejaba lo que podría ocurrirle al capitalismo en su conjunto la amenaza del levantamiento de los trabajadores y el desarrollo de su propio poder.

campos de concentración y ejecuciones y un sistema penal paralelo con penas impuestas por el poder ejecutivo, so pretexto del estado de sitio" (ZAFFARONI, 2002, 255).

Aunque mediante la ley 21.256 se crea una suerte de notables que aportaban "legalidad" al proceso militar, como lo fue la Comisión de Asesoramiento Legislativo, poco importaba a los fines de eliminación de la subversión la conformación de la herramienta "legal", dado que la represión y la selección provenían desde los organismos policiales y parapoliciales. Incluso las leyes formalmente constitucionales se erigían alrededor de un discurso bélico, a veces encubierto, como puede observarse en la sanción de la ley de estupefacientes 20.771, que en la exposición de motivos (o fundamentos) se establece la necesidad de "combatir" y "exterminar" a la "ola toxicomanígena que ha llegado a la juventud argentina", que "destruye los aspectos fundamentales de su personalidad" y a "las personas que los rodean", además de, "ser potenciales traficantes"⁶, elevando considerablemente las penas con el "fin de que haya una disuasión, una intimidación, una seria advertencia" contra la "desmoralización y la destrucción de la juventud argentina"⁷.

En este apartado se puede ver como en el segundo período abarcado el aparato represivo estatal se focalizó sobre un determinado sector, que creía peligroso porque podía iniciar una revolución en cualquier momento. Cabe una observación que lo diferencia de la etapa histórica anterior y radica en la relación entre la criminalización primaria y la secundaria, como herramientas paralelas pero diferenciadas: ambas tenían el mismo fin, pero la segunda procuraba efectividad al plan sistemático de exterminio.

III. El presente de la selectividad. ¿Continuidad o ruptura?

"Segregación social tuve yo cuando fui golpeado y robado en mi casa, porque hay un estado o un gobierno que le hace bastante difícil la vida a una gran cantidad de personas, entonces ¿quién segrega a quién? ¿Yo, por qué vengo a protegerme, o los que me perjudican o atacan en otro lugar? Yo no me vine a vivir al country, a mí me desplazaron"

José, pequeño empresario⁸

Como se mencionó en la introducción, el análisis de la situación actual del sistema penal y el papel de la selectividad poseen varios elementos para considerar. Para contestar el interrogante acerca si el presente, con un programa represivo formalmente no discriminatorio presenta puntos de continuidad respecto de una función política de la selectividad del sistema penal habrá que precisar el accionar material del aparato represivo estatal en función de los fenómenos de reclamos colectivos de "seguridad" de finales de los '90 y principios del nuevo milenio. La concepción social del delito, la búsqueda y acecho de un enemigo menos organizado y por tanto más débil, y si estas demandas populares constituyen en realidad "demandas de selectividad", es decir, una efectiva separación de un determinado grupo social para su castigo.

⁶ Diario de Sesiones Legislativas, Cám.de Diputados, 1974 t.V, Ps. 2858, 2859, firmado por María Estela MARTÍNEZ de PERON y José LÓPEZ REGA, claramente los estupefacientes se asociaban con la juventud, el comunismo y la guerrilla.

⁷ Ibidem, pág. 2863

⁸ Extracto de una entrevista (SVAMPA, 2001, 243)

1. Homogeneidad social y el papel de los medios de comunicación

La interpelación al Estado para que actúe mediante un determinado programa de neutralización de determinados sujetos que cometen cierto tipo de delitos supone la conformación de un consenso previo o simultáneo al fenómeno de estas marchas. En *La construcción social de la realidad*, BERGER y LUCKMANN analizan los procesos por los cuales se construye la realidad individual y subjetiva, en interacción con el entorno social, mediante los procesos de socialización que conforman el "mundo intersubjetivo", y permite explicar esta suerte de alianza entre individuos diferentes de una sociedad como reacción frente al delito.

El proceso de socialización se divide en dos etapas: la primaria, en la que el individuo atraviesa su niñez, se remite al núcleo familiar y se caracteriza por una fuerte carga afectiva. Y la secundaria, que es la internalización de submundos institucionales, como realidades parciales que contrastan con el mundo de base adquirido en la socialización primaria (BERGER y LUCKMANN, 1966). En ésta, relevante a los fines del presente trabajo, señalan los autores que "su alcance y su carácter se determinan por la complejidad de la división del trabajo y la distribución social concomitante de conocimiento (conocimiento especializado) que surge como resultado de la división de trabajo" (BERGER y LUCKMANN, 1966, 174).

Ahora bien, si se tiene en cuenta que el traspaso del capitalismo industrial al financiero ha producido incontenibles oleadas de miseria y pobreza, producto de la falta de empleo de millones de personas que han dejado de interesar porque no consumen, instalando la idea del excluido social como una formulación estructural del sistema, resulta al menos relativa la distinción entre una burguesía dueña de los medios de producción y una fuerza de trabajo asalariada. En consecuencia, siendo la socialización secundaria la adquisición del conocimiento específico de "roles", estando éstos directa o indirectamente arraigados en la división del trabajo, y en tanto se mantenga esta salvaje estructura económica, es posible resignificar el desenvolvimiento de esos roles según la persona se halle dentro del mercado laboral (sea cual fuere su posición) o bien, marginada del mismo. Porque la socialización siempre se efectúa en el contexto de una estructura social específica, no sólo su contenido, sino también su grado de éxito (BERGER y LUCKMANN, 1966)

Se podrá argumentar, que dentro del grupo que se encuentra sumergido en la producción de bienes existen personas con intereses distintos e incluso contrapuestos. Pero utilizando el aparato conceptual gramsciano se podrá advertir que la *hegemonía* de la burguesía no es solo política, sino que también se construye y recrea en la vida cotidiana y a través de ella se interiorizan los valores de la cultura dominante y se construye un sujeto domesticado (GRAMSCI, 1930)⁹. Esta construcción consensual es verdaderamente amplia cuando de seguridad se trata, porque la seguridad emerge como un valor asociado a otros factores como la homogeneidad social (SVAMPA, 2001). Y en esta conformación cumplirán un rol esencial los medios de comunicación en general, y específicamente, la televisión.

Entonces un interrogante inicial bien puede ser ¿cómo se transmite la "inseguridad"? Algunas palabras abstractas son, en cierto modo, traducibles en imágenes. Por ejemplo "desempleo" se puede traducir en la imagen de un desempleado o de gente en fila para una entrevista de trabajo, pero esta imagen nunca emitirá de manera precisa el significado del "desempleo". Giovanni SARTORI señala que la televisión "invierte la evolución de lo sensible en inteligible y lo convierte en un regreso al puro y simple acto de ver... produce imágenes y anula los conceptos, de

⁹ La constatación empírica es que el capitalismo no resuelve los problemas materiales de la mayor parte de la población y sin embargo, siendo ideológicamente hegemónico, convence a la gente de que no hay otra forma de vivir mas que la que ofrece el sistema.

este modo atrofia nuestra capacidad de abstracción y con ella toda nuestra capacidad de entender" (SARTORI, 2005, 51).

Al tratarse de un sistema de producción masiva de conocimiento dirigido en forma instantánea y permanente a grandes masas de población (que cumplen siempre la función de receptores pasivos), la televisión cumple una función esencialmente conformadora de la realidad (ELBERT, 1996), eliminando cualquier pensamiento intermedio de opinión, ya que la autoridad es la visión en sí misma, es "la autoridad de la imagen" (SARTORI, 2005, 75).

En lo que refiere específicamente al tratamiento de la delincuencia, la televisión apuntala una conciencia colectiva de inseguridad creando una artificial construcción social de que la vida cotidiana está llena de riesgos. Sucede gracias a su capacidad de reproducir los hechos tantas veces como desee, "multiplicando la intensidad del suceso por repetición hasta el agotamiento de su impacto" (ELBERT, 1996, 183)

Hablar de "sensación de inseguridad" no implica desconocer un número cierto de delitos que a diario suceden en nuestro país, sino que es un concepto que supera esos datos fácticos en la conformación de una dimensión subjetiva de la realidad, que como tal, comprende una estructura de valores colectivos determinados. En este sentido, luego de realizar numerosas entrevistas a personas que se mudaron a countries, la socióloga Maristella SVAMPA concluye que "no hay correlato entre el sentimiento de inseguridad y las experiencias reales y concretas de inseguridad. La estructura de estos "miedos" es relativamente independiente de las experiencias concretas de inseguridad: la nueva configuración psicológica es un "efecto" de la segregación. En cambio, existe un correlato directo entre la experiencia de inseguridad y la jerarquía de valores, a la hora de destajar las ventajas del nuevo estilo de vida" (SVAMPA, 2001, 91). No es llamativa entonces, la apelación recurrente al "pago de los impuestos" en la voz de los sujetos que participaron de estas marchas.

La transmisión en "cadena nacional" de los hechos delictivos más violentos, lo único que evidencia es la voluntad de los comunicadores (desde el notero hasta el director de un grupo de medios), escondida tras mecanismos de subinformación y desinformación¹⁰.

Bajo estas condiciones, no hacen falta muchas conjeturas para razonar por qué los medios de comunicación fomentan y promocionan los reclamos de "mano dura", ya que es una forma de reafirmar "su verdad objetiva". Y son estas cruzadas la realización acabada del proceso homogeneizador debido a que proporcionan un centro organizativo para individuos que, en otros aspectos, no estarían organizados.

2. El amplio programa y la industria del delito

Además de la influencia publicitaria de los medios masivos de comunicación para relacionar dogmáticamente cierto tipo de delitos (contra la propiedad) con "inseguridad" y promover un estereotipo social del delincuente, existen otras razones para la no persecución del resto del "amplio" programa de criminalización primaria (como delitos económicos, informáticos, ecológicos, etc).

Una de ellas es que la lesión jurídica es menos sensible, no porque no produzca un daño efectivo, sino porque se detecta en menor intensidad. Es realmente sorprendente la desproporción en el costo social y económico y la impunidad de los autores de delitos de cuello blanco que poseen la especial bendición de pasar inadvertidos, ocultos,

¹⁰ Subinformación es una información totalmente insuficiente que empobrece demasiado la noticia que da, o bien el hecho de no informar, la pura y simple eliminación de 9 de cada 10 noticias existentes. Y desinformación, una distorsión de la información, dar noticias falseadas que inducen al engaño al que las escucha. (SARTORI, 2005, 84)

pese a que los efectos de sus actos resultan, en proporción, muchísimo más graves, y dañosos para el conjunto de la sociedad. Sin embargo, este tipo de delitos no constituyen una amenaza simbólica al modo de producción capitalista, sino que, al contrario, son “el ejemplo de la libertad creativa individual, logaritmo político del liberalismo económico” (NEUMAN, 2006, 7). Sus autores son tomados como modelos del progreso individual y honestidad, y el conjunto social procura imitarlos aún sin encontrarse en similares condiciones socioeconómicas, ya que únicamente los “desviados [criminales] son incapaces de imitar la moral de su sociedad y de adaptar su conducta a las normas usuales de la vida honesta (INGENIEROS, 1913, 131).

Pero aún en la hipótesis de que alguno de ellos fuera detenido, y más tarde condenado, para demostrar que la persecución penal llega a todos los estratos sociales, “sería innecesario efectuarle uno de esos tratamientos para la readaptación social porque es innegable que poseen un alto grado de socialización, ya que son parecidos a muchos de nosotros” (NEUMAN, 2006, 6).

De todas formas, resulta necesario aclarar que en el inmenso universo de acciones disvaliosas que conforman una “industria del delito” no sólo los criminales de “cuello blanco” quedan fuera del reclamo consensuado (mediático y social) para la separación de los agentes dañinos a la estructura social organizada. Sino que la exigencia de una selectividad afinada (resultado deseado en las denominadas “marchas por inseguridad”) desconoce la estructura de toda la cadena productora de los delitos, para concentrar su indignación en el eslabón más débil que es el autor de delitos contra la propiedad habitualmente prisionizado. Y esto también puede fundamentarse en la lógica en que se desenvuelve el modelo de producción capitalista.

La reproducción de este modelo de producción económica puede encontrarse en todos los ámbitos de la vida social, y el delito no es en este caso la excepción. Podría representarse como una cadena de relaciones delictivas unida por los distintos eslabones de la cadena representa una unidad productiva de negocios, en la que la estructura superior tenga menos posibilidades de ser escogidas por el sistema penal. Se puede ejemplificar en la unidad de producción económica originada en los contratos no formales pactados entre “delincuentes comunes” y “policías delincuentes”, para concretar las llamadas “zonas liberadas”. Estas unidades de negocios pueden ser consideradas como verdaderas Pymes en que se desenvuelve la habitual (exceptuando su ilícitud) relación laboral: los policías poseen los “medios de producción” (la impunidad o garantía de no ser perseguidos por el estado) escasos por ser limitados, mientras que las personas que cometen físicamente los delitos aportan su fuerza de trabajo o mano de obra, y son perfectamente sustituibles (ya que no pueden autogarantizarse la impunidad), a cambio de un porcentaje sumamente inferior del que se sirven los primeros acumulando la diferencia (o plusvalía). Esta representación estructural de una unidad delictiva de producción económica es lo que esconden las demandas de activación del aparato represivo estatal cuando se orientan hacia los sectores más débiles, facilitando aún más la garantía de impunidad de los más fuertes.

3. ¿Continuidad o ruptura?

La sociedad posee un margen de irritabilidad escalada que va desde un mínimo para determinados delitos que no son percibidos como tales (con lo que disminuye la detección, se incrementa la impunidad y la norma penal pierde vigencia) hasta un máximo que le representan ataques frontales a la sociedad (NEUMAN, 2006).

Hacia fines de la década del '90 estos ataques frontales movilizaron en distintos momentos a un sector cuantitativamente importante de la sociedad. La lectura que puede extraerse luego de llevar a cabo la presente

investigación es que el conjunto de habitantes que clama por más seguridad acepta como propio un discurso efectista promocionado desde los medios masivos de comunicación. Y ésta demanda se canaliza generalmente hacia la concreción de un programa más severo del ejercicio del poder punitivo (aunque la respuesta efectiva se desarrolle a través de la criminalización secundaria), o bien hacia el repliegue masivo de fuerzas de seguridad hacia los barrios más marginados (cuando aún se encuentre “fresca” una reforma legislativa penal sin efectos positivos), porque es en esos barrios donde se encuentran los focos generadores de “violencia urbana”¹¹. De cualquier de las dos formas, se intensifica la detección discriminatoria de los individuos considerados enemigos de la sociedad.

Entonces se podría afirmar que la exigencia al estado de separación, que se traduce en selectividad, cumple el rol que se le asigna a la pena como prevención general positiva: la reafirmación de que el derecho se encuentra vigente (ZAFFARONI, 2002) y en este caso, que el valor propiedad como presupuesto básico del sistema capitalista continúa siendo, pese a todo, el acuerdo básico entre todos los hombres y mujeres con anhelos de libertad. Sin embargo, es menester aclarar que nada tiene que ver la pena (como castigo) en estas demandas. Esto se comprueba en el seguimiento de los “hechos policiales” que toman los medios de comunicación: el delito conmocionante, reciente, “fresco” es noticia, pero el seguimiento judicial (para arribar a un castigo o pena) de ese caso no aparecerá en pantalla. Este lugar estará reservado para las construcciones ficcionales del proceso penal, es decir, para aquellos relatos delictuales que posean una estructura dramática de “folletín” o “novelescos”, (“Belsunce”, “Ruta de efedrina”, “Rosa Galeano”, etc.) o bien contribuyan a saldar heridas colectivas de enorme magnitud (como la causa “AMIA” o “Cromagnon”)

Siendo un factor intrínseco al sistema penal la selectividad ha sabido concentrar las fuerzas del aparato represivo hacia determinados sectores, en ciertos momentos históricos donde la estabilidad de un sistema de producción económica se veía en riesgo, sea bien ante un programa de criminalización primario claramente racista o bien ante el accionar legal e ilegal de las agencias de criminalización secundaria.

Podrá esgrimirse que en la actualidad, a través de un lento, pero en definitiva, avance hacia un estado de derecho más celoso de las garantías individuales, la selectividad es únicamente un resabio burocrático, una consecuencia inmodificable por el que las agencias policiales alimentan la necesidad de su existencia y el “éxito” de su accionar. Pero en los párrafos precedentes se ha pretendido demostrar que la selectividad como sostén del libre mercado continúa aun vigente como herramienta generadora de consensos de valores, ya que la lógica detrás de la acumulación de capital no ha variado estructuralmente. Y así nadie quiere quedar fuera, so pena de pasar a convertirse en un inmoral, un enemigo de la sociedad. Y es este consenso el que se genera tras el valor propiedad privada como expresión fundante y promotora de la ideología capitalista, ya que “en el derecho liberal la propiedad es el instrumento que asegura la libertad individual, y la seguridad asegura el despliegue de la libertad [y la propiedad], por lo tanto, el estado liberal de derecho es un estado de derecho para propietarios” (ANYAR DE CASTRO, 1988, 45)

Entonces sin dejar de valorar los avances jurídico teóricos que se han esgrimido en torno a la reducción del poder punitivo en razón de lo irracional de su ser, lo cierto es que asimilando la selectividad como un elemento permanente en el tiempo e inevitable sólo pueden generarse discursos para que tomen las agencias judiciales como consecuencia del funcionamiento selectivo. No se pretende aquí arribar a una solución acabada para revertir esta cuestión, pero luego de estudiar sus variantes y adjudicándole una intencionalidad específica, mutable en el tiempo, el

¹¹ Siendo “una categoría de concepción burocrática en la que cualquiera puede incluir lo que le convenga, habida cuenta de que no corresponde prácticamente a nada” (WACQUANT, 1999, 64)

panorama de la selectividad puede llegar a ser cuestionado en un futuro, como causa extrasistémica al sistema penal, para intentar desterrar o morigerar los estragos discriminatorios que representan para un estado constitucional de derecho.

Bibliografía

1. Aniyar de Castro, L.(1988) , “Notas para el análisis de las relaciones entre democracia y justicia penal”, en “*Capítulo Criminológico*” N° 16, Facultad de derecho Universidad de Zulia, 1988
2. BENJAMIN, W.(1991) , *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, ed. Taurus, Madrid, 1991
3. BERGER y LUCKMANN (1966), *La construcción social de la realidad*, Editorial Amorroutu, 1979, (trad.) Zuleta, Silvia
4. CREAZZO, G. (2007), *El positivismo criminológico en la Argentina*, trad. Vega, Pablo, Ediar, Bs. As., 2007
5. DEL OLMO, R. (1981), *América Latina y su Criminología*, ed. Siglo XXI, México 1981
6. Diario de Sesiones Legislativas, Cám.de Diputados, 1974 t.V
7. ELBERT, C. A. (1996), *Criminología Latinoamericana: teoría y propuestas sobre el control social del tercer milenio*, ed. Universidad, Bs. As. 1996
8. FERRAJOLI, L. (1995) , *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad Ibáñez, Perfecto Andrés Ed. Trotta, Madrid, 1995
9. FOUCAULT, M. (1995), *Microfísica del poder*, ed. La Piqueta, 1992, Madrid, 3ra ed., (trad.) Varela, J. y Álvarez-Uría, F.
10. GRAMSCI A. (1930), *Cuadernos de la cárcel 3*, editorial crítica del Instituto Gramsci a cargo de Valentino Guerratana, ed. Era, 1999 (trad) Palos, Ana María, México.
11. INGENIEROS, J. (1913), *Criminología*, ed. Hemisferio, Bs. As., 1953
12. LANATA, J., *Los primeros desaparecidos*, en *Argentinos*, tomo I, ed. B, Bs. As., 2003
13. NEUMAN, E., *Los que viven del delito y los otros. la delincuencia como industria*, Temis, Bogotá, 2006, 3era edición
14. PIGNA, F., *Los mitos de la historia argentina 2. De San Martín al “granero del mundo”*, Planeta, Bs. As., 2005
15. RAJLAND, B. *El pacto populista en la Argentina (1945-1955)*, ed. Centro Cultural de la Cooperación, Bs. As, 2008
16. RUSCHE, G. - KIRCHHEIMER, O. (1935), *Pena y estructura social*, trad: García Méndez, E., ed. Temis, Bogotá, 1984
17. SARMIENTO, D. F. (1868), *Facundo. Civilización y barbarie*, Sopena, Bs. As., 1960
18. SARTORI, G.(2005), *Homo videns: la sociedad teledirigida*, (trad.) Soler, Ana, Ed. Taurus, 2005
19. SVAMPA, M (2001), *Los que ganaron: la vida en los countries y barrios privados*, ed. Biblos, Bs. As., 2001
20. WACQUANT L., (1999), *Las cárceles de la miseria*, ed. Manantial, 1era ed, Bs. As. 2008
21. ZAFFARONI, E.R., ALAGIA A., SLOKAR, A. (2002), *Derecho Penal, parte general*, ed. Ediar, 2da ed, Buenos Aires, 2002
22. ZAFFARONI, E.R. (1988), *Criminología. Aproximación desde un margen*, ed. Temis, Bs. As., 1988, 3era ed

SOCIEDAD, NORMA Y PERSONA: OBSERVACIONES SOBRE LA TEORÍA DE GÜNTHER JAKOBS, DESDE LA TEORÍA DE NIKLAS LUHMANN

Santiago Gabriel Calise

RESUMEN

El trabajo pretende evaluar, desde la teoría de sistemas autopoieticos, autorreferenciales y clausurados en la operación, desarrollada por Niklas Luhmann, que uso hace el jurista Günther Jakobs de ciertos conceptos pretendidamente tomados de la teoría del primero de los autores citados. Conceptos como el de sociedad, comunicación, persona, identidad, sujeto o norma, son utilizados de manera heterodoxa por el jurista alemán, lo cual lo distancia fuertemente del trabajo de Luhmann. Consecuentemente, se hará necesaria una observación del uso de estas categorías desde y en el contexto de la teoría de sistemas autopoieticos, para apreciar hasta qué punto es sostenible la propuesta de Jakobs. La hipótesis que se plantea en el presente trabajo es que estas elecciones conducen a una teoría de la sociedad radicalmente diferente que la expuesta por el sociólogo citado.

PALABRAS CLAVE

Teoría de sistemas, derecho penal, funcionalismo, Luhmann, Jakobs.

SOCIETY, NORM AND PERSON: OBSERVATIONS ON GÜNTHER JAKOBS THEORY, FROM NIKLAS LUHMANN'S THEORY

By Santiago Gabriel Calise

ABSTRACT

This paper tries to assess, from the autopoietic, selfreferential and operationally closed systems theory, developed by Niklas Luhmann, which use gives the jurist Günther Jakobs to some concepts supposedly taken from Luhmann's theory. Categories like society, communication, person, identity, subject or norm, are utilized in a heterodox way by the German jurist. As a result, it is necessary an observation of the concepts in and from the context of the autopoietic systems theory, so as to evaluate if the Jakob's proposal can be supported. The hypothesis of this paper is that Jakob's choices drift into a completely different theory of society.

Key WORDS

Systems theory, penal right, functionalism, Luhmann, Jakobs.

SOCIEDAD, NORMA Y PERSONA: OBSERVACIONES SOBRE LA TEORÍA DE GÜNTHER JAKOBS, DESDE LA TEORÍA DE NIKLAS LUHMANN

Por Santiago Gabriel Calise*

Introducción:

El siguiente trabajo se propone analizar el libro de Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (1996), a partir de la teoría sociológica desarrollada por Niklas Luhmann. En su obra, el jurista alemán se ha inspirado, aunque no siguiéndola literalmente, en la teoría de los sistemas autopoieticos, autorreferenciales y clausurados en la operación. Es por ello que en este espacio se propone evaluar cuál es el nivel de contacto entre las dos formulaciones y ver si entre ambas existen diferencias sustanciales.

La atención se concentrará en los conceptos centrales de identidad social, sociedad, evolución, sujeto, persona, norma y comunicación, algunos de los cuales ocupan una posición principal en los desarrollos teóricos de Luhmann, y que le han valido a este autor grandes polémicas en el campo de la sociología. El trabajo se dividirá en dos partes, en la primera se tratará el concepto de identidad social, que está asociado con los de norma, sociedad y evolución. Mientras que en la segunda, se tematizarán los conceptos de sujeto, persona y de comunicación. Al final, se presentarán las conclusiones.

El problema de la identidad social:

Jakobs comienza sosteniendo que el funcionalismo jurídico-penal se encuentra orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. Lo que más genera intriga dentro de esta formulación es el concepto de "identidad", que reaparecerá en breve.

En la sección A ("El derecho penal como parte de la sociedad") del capítulo II (Fundamentos), el autor insiste sobre la categoría antes señalada. En principio, comienza por sostener que el delito es entendido como la afirmación que contradice a la norma, mientras que la pena es la respuesta que la afirma. Luego de esto, Jakobs asevera que:

La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. (1996, 18)

* Lic. en Sociología (UBA), Maestrando en Sociología de la Cultura (IDAES), Becario Conicet Tipo I

El problema aquí es si la sociedad tiene una identidad, y en qué consiste esta misma. Luhmann, en un texto titulado "Identidad – ¿Qué o cómo?" (2002), desde un punto de vista constructivista, intenta dejar atrás la pregunta por el qué de la identidad, para pasar a una pregunta por el cómo, gesto que tiene origen en la gnoseología kantiana. De esta manera, se omite la pregunta por el qué es algo idéntico, para preguntarse cómo es que algo es generado, de manera tal que, en tanto que idéntico, funde la observación. Luhmann recurre al concepto de condensación de la lógica de las formas de Spencer-Brown (1969), por el cual la repetición de una operación dos veces, equivaldría a que se la hubiese realizado una vez. Por ejemplo, repetir dos veces el mismo nombre, sería lo mismo que si se lo hubiese pronunciado una vez (al menos desde el punto de vista lógico). En este sentido, la identidad se forma al ser compatible con diferentes situaciones, designando un cierto campo de posibilidades. Gracias a este proceso es que se pueden distinguir "cosas", que hacen referencia a ciertos referentes que son distinguidos del resto del mundo, generando valores propios (*eigenvalues*) dentro del sistema.

Estas consideraciones no pueden ser entendidas si no se tiene en cuenta que éstas se fundan sobre una de las piezas teóricas fundamentales de la teoría de los sistemas autopoieticos, autorreferenciales y clausurados en la operación, que es la teoría del observador. Observar, para Luhmann, es siempre, al mismo tiempo, distinguir e indicar, lo que significa que para poder observar algo, se debe trazar una distinción, o sea, crear una división dentro del mundo, de manera que algo quede de un lado –el lado que es observado-, y el resto del otro –del lado que permanece inobservado. Para observar, uno puede utilizar un esquema de observación. Uno de los más consagrados dentro de la tradición europea, que dio inicio a la filosofía occidental, es el que distingue entre ser y no-ser. Si uno utiliza este esquema, conjugado con el principio lógico de no-contradicción, puede afirmarse que el ser es igual al ser, y que el no-ser es igual al no-ser. Como resultado se obtiene el concepto tradicional de identidad, del cual parece servirse Jakobs en el pasaje citado.

Intentando aclarar el problema de la identidad, puede volverse sobre el texto del jurista alemán, quien sostiene, en relación con el delito, que:

La sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. (1996, 18)

De estas líneas puede deducirse una concepción de la sociedad monolítica, sin fisuras, donde el criminal es visto como aquel que intenta contradecirla, y toda la fuerza de la primera se desencadena contra él. Con lo cual, Jakobs parece acercarse a la visión clásica de Durkheim o Parsons, según la cual el que comete un delito es un desviado que va en contra de la sociedad en su conjunto. Por su parte, Luhmann rompe con esta visión de la sociedad al renunciar a definir a la sociedad como una especie de consenso normativo. Esto significa que las contradicciones y conflictos no ponen en riesgo de disolución a la sociedad, ya que ésta es comunicación, y los conflictos, lo que suelen hacer es reproducir la comunicación, con lo cual no peligraría la reproducción autopoietica del sistema en ningún momento.

En este sentido es como debe interpretarse la afirmación de que el delito es una comunicación defectuosa, imputándosele el defecto al autor, en tanto que su culpa. Desde el punto de vista de la teoría de la comunicación de Luhmann, esta definición no tendría sentido, puesto que si entendemos como defectuoso todo acto comunicativo que no logra ser entendido, o sea, que no logra llegar a ser una unidad comunicativa, entonces todos estaríamos cometiendo delitos todo el tiempo. Pero si se piensa que el delito es una comunicación defectuosa, a saber, una

comunicación que no logró comunicar, entonces el delito nada sería, puesto que lo que logra la comunicación es producir un cambio en el sistema, la introducción de una novedad. Por lo tanto, todo delito que sea comunicación debe ser una comunicación lograda, y no una comunicación defectuosa. Por otra parte, muchos delitos no consisten de comunicaciones sino de actos, con lo cual quedarían afuera de esta definición. Una mala interpretación de la teoría luhmanniana sostiene que este autor no tiene en cuenta el problema de la acción. Sin embargo, esto es absolutamente falso. Lo que Luhmann asevera es que la acción no es la unidad operativa que conforma la sociedad, en otras palabras, la sociedad no está formada de acciones, con lo cual no se puede responder a la pregunta por la unidad de lo social, recurriendo a la respuesta weberiana de la acción social, ya que la acción puede ser social, como puede no serlo. La tesis de Luhmann es que lo único que puede sostenerse como únicamente social es la comunicación y ninguna otra cosa. No obstante, esto no significa deshacerse del concepto de acción. Sigue habiendo acción y sigue siendo de suma importancia para la teoría social, por lo cual una teoría del derecho inspirada en la teoría de los sistemas autopoieticos, autorreferenciales y clausurados en su operación, no puede omitir de su definición de delito al concepto de acción.

En el apartado B, titulado "Protección de las normas", Jakobs insistirá con mayor vehemencia sobre el punto anteriormente analizado, sosteniendo:

¿Por qué la confirmación de la identidad normativa que realiza el Derecho penal resuelve un problema social? Porque la constitución de la sociedad (del mismo modo que la de las personas o incluso de sujetos) tiene lugar a través de normas. (1996, 25)

Esta aseveración confirma el punto antes esbozado, ya que afirma que la constitución de la sociedad es algo del ámbito de lo normativo. De esta manera, la concepción jakobsiana de la sociedad vuelve hacia atrás en la historia la teoría social, al retornar hacia una concepción consensualista y normativa de la sociedad. Pero esta postura conlleva el problema de tener que dar cuenta de este consenso, explicar cómo es que se da y cómo se reproduce, al tiempo que se vuelve un problema la explicación del conflicto, debido a que éste vendría a hacer tambalear el orden social, cosa que, hoy en día, parece una afirmación un tanto anticuada.

Intentando justificar este punto, más adelante, Jakobs sostendrá que una parte de las normas que constituyen a la sociedad vendrá dada por el mundo racional, las cuales son aseguradas por vía cognitiva. Éstas vendrían a conformar la base del comportamiento para todo aquel al que le resulten accesibles. Como justificación de tal proceso, Jakobs afirma que en la era moderna se produce una comunicación que es de común entendimiento y que no necesita de una estabilización especial. El argumento es más que simple y no explica en ningún momento por qué hay normas que pueden llegar a conformar la base del comportamiento de quienes accedan a esta comunicación. Por otra parte, la era moderna no tiene el mérito particular de proveer una comunicación de entendimiento común. Como se especificará más adelante, la comunicación es un proceso que necesita de dos procesadores de sentido, en su caso más simple, de dos sistemas psíquicos. El sistema que en la vieja teoría de la comunicación funcionaría como receptor, es el encargado de "entender", o sea, de poder distinguir entre acto de comunicar (*Mitteilung*) e información. El entendimiento generalizado no es algo siempre altamente improbable, que no puede ser asegurado por ningún medio. Los medios de masas intentan, con el fin de poder llegar a la mayor cantidad de espectadores posible, simplificar el discurso, pero esto tampoco asegura el entendimiento. Por el contrario, serían las sociedades segmentarias (1997; 2007), las conformaciones sociales más simples que Luhmann distingue, aquellas donde la

contradicción y la falta de entendimiento podrían poner en peligro la autopoiesis del sistema, por lo tanto, sería en estas sociedades donde podría hallarse algo parecido a un entendimiento común.

Por otro lado, Jakobs encuentra otro grupo de normas que se caracteriza por carecer de una fuerza genuina para autoestabilizarse, que son aquellas que no pueden representarse como dadas de manera previa, o sea, que no puede simbolizarse como leyes naturales.

Volviendo un instante atrás e insistiendo una vez más en el tema de la identidad social, conviene evaluar la siguiente definición de Jakobs:

La sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto (de no ser esto así, no se trataría de una construcción). Puesto que se trata de la configuración, y no de la constatación de un estado, la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes (aunque, ciertamente, puede que en determinados ámbitos pueda deducirse de modo correcto a partir del reflejo de la norma, esto es, por ejemplo, a partir de bienes, la norma misma). (1996, 26)

En primer lugar, puede argumentarse en contra de Jakobs, desde el punto de vista de la teoría de Luhmann, que la sociedad no es la construcción de ningún "contexto de comunicación", sino que ella es la comunicación misma. La sociedad es comunicación que se reproduce a partir de comunicaciones previas, con lo cual no hay nada no-comunicativo que forme parte de ella. Por lo tanto, no se trataría de ninguna configuración. En segundo lugar, Jakobs indica que la identidad de la sociedad es determinada por las reglas de configuración, o sea, por normas. De todo lo anteriormente visto, puede deducirse que el jurista alemán pone un énfasis demasiado fuerte en el aspecto normativo de la sociedad, cayendo en una visión estructuralista que simplifica el problema de la definición del concepto de sociedad. Desde el punto de vista de la teoría de Luhmann, la norma sólo debe entenderse como las posibilidades de comportamiento que se abren en el caso de que una expectativa se frustre, a saber, la de mantener la expectativa o la de renunciar a ella. Por consiguiente, la norma no tiene la función de asegurar un tipo de comportamiento, sino, simplemente de proteger a quien tiene esa expectativa. Por otra parte, debe aclararse que gran parte de estas expectativas normativas no tienen cualidad jurídica, y el sistema del derecho selecciona sólo algunas de estas expectativas que, según su entender, merecen la pena. De esta manera, el sistema estabiliza ciertas expectativas, lo cual no quiere decir que pueda funcionar como un regulador del conflicto, ni siquiera con relación a las expectativas que él llega a estabilizar (LUHMANN, 1993). Por el contrario, el sistema más que solucionar, genera conflictos adicionales, lo cual excluye toda hipótesis consensualista de la sociedad.

Deteniéndonos brevemente en el concepto de expectativa, cabe aclarar que todas las estructuras de la sociedad son estructuras de expectativas, y que éstas expectativas pueden estar estilizadas de manera normativa o de manera cognitiva. Las primeras son aquellas que frente a un acontecimiento que las contradice, se prefiere insistir en la expectativa, por lo que el modelo ideal de este tipo de expectativas es el derecho, pese a que este sistema también pueda valerse del otro tipo estructura. Mientras que las segundas tienen, ante sucesos contrarios a lo esperado, la posibilidad de cambiar su forma, por ello es que asumen el nombre de cognitivas, puesto que tienen la posibilidad de aprender de lo sucedido. En este caso, el modelo ideal es la ciencia, la cual, como en el caso anterior, en muchas ocasiones se vale de las expectativas normativas también.

En la teoría de Luhmann el concepto de estructura tiene un papel secundario respecto del concepto de autopoiesis. La estructura tiene un papel muy importante, que es el de seleccionar las relaciones que deben darse al interior de sistemas complejos. Esto se debe a que este último tipo de sistema, debido a la gran cantidad de elementos y relaciones que lo conforman, desencadenaría procesos entrópicos si intentase relacionar todos los elementos. Es por ello que la estructura guiaría la reproducción de las operaciones del sistema, seleccionando ciertas relaciones, lo cual permite la autopoiesis del mismo (1984; 1991). En este sentido, no puede entenderse que las normas sean las encargadas de permitir la reproducción de la sociedad. Las normas son un tipo muy particular de expectativa y no tienen ningún estatuto privilegiado respecto de las demás expectativas, por lo cual, ellas en sí mismas, no posibilitan de manera privilegiada la autopoiesis de la sociedad. Además, las contradicciones o los conflictos no pueden, por sí mismos, llegar a afectar la estructura, o sea, que se rechaza la existencia de "contradicciones estructurales", debido a que las contradicciones son siempre acontecimientos. De todas maneras, aun admitiendo la posibilidad de que existiesen conflictos que pudiesen llegar a poner en duda o a destruir normas, lo importante para el sistema no son las normas o las estructuras, sino asegurar la autopoiesis del mismo sistema, o sea, que se siga comunicando.

Por último, a renglón seguido del párrafo antes citado, se encuentra otro que conlleva problemas relacionados con los anteriores:

El contexto de comunicación debe ser capaz de mantener su configuración frente a modelos divergentes, si se quiere evitar que toda divergencia se tome como comienzo de una evolución, e incluso en este caso han de asegurarse los requisitos de la evolución, pues de lo contrario no podría distinguirse lo que es evolución de lo que es casual. (1996, 26)

Respecto de este punto, en la teoría de Luhmann, no hay una configuración que deba mantenerse frente a modelos divergentes, ni tampoco, una divergencia tiene la capacidad de desencadenar procesos evolutivos por sí misma. Para que se dé evolución, deben cumplirse tres procesos que son sucesivos en el tiempo y que se realizan por separado, que son: la variación, la selección y la reestabilización (1997; 2007). La primera hace referencia a la reproducción desviante de elementos a través de elementos del sistema, lo cual conforma una comunicación inesperada o sorpresiva. La segunda basada en una comunicación desviante, elige las referencias de sentido que prometen tener valor de construcción de una estructura. Este proceso produce un efecto de construcción y condensación de las expectativas, repeliéndose las innovaciones que no resulten idóneas para fungir como estructuras, o sea, que no sirvan para dirigir una comunicación sucesiva. Por último, la reestabilización hace referencia a que estas innovaciones tienen la capacidad de asegurar la duración y la capacidad de resistencia de ciertas formaciones de sistemas.

Sin querer abundar en el tema, no es el sistema el que guía un proceso evolutivo, por lo cual no tiene demasiado sentido distinguir entre evolución y casualidad como dos tipos de procesos diferentes. En este sentido, no hay posibilidad de monitorear los procesos evolutivos a nivel de la sociedad completa, proceso que sería irrealizable debido a la altísima complejidad del sistema, ni tampoco de asegurarse los requisitos evolutivos, como si fuesen objetos aprensibles, susceptibles de ser manipulados.

Sujeto y comunicación:

En el apartado C ("Socialidad versus Subjetividad"), Jakobs comienza argumentando que se le suelen hacer dos objeciones al funcionalismo. Una de ellas consistiría en que esta teoría pretende estabilizar a la sociedad sin aludir a un sujeto libre, y a las normas, sin determinar si éstas son normas que hacen posible la libertad o el terror.

Ante el primer argumento, el autor sostiene que el sujeto libre:

estará presente exactamente en aquella medida en la que sea transmitido por medio de la comunicación, es decir, en la medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad. Ciertamente, si el sujeto libre de hecho no aparece en la comunicación, efectivamente, carecerá de toda importancia; pero también puede suceder que se convierta en el objeto central de la comunicación, y entonces será el elemento dominante, por encima de todo lo demás. Por lo tanto, el punto de partida funcional no desplaza nada, sino que es neutral. (1996, 29-30)

En este fragmento no queda claro cual es la postura del autor al utilizar el giro "estará presente". En principio, cabe aclarar que en la teoría de sistemas autopoieticos, autorreferenciales y clausurados en la operación, se deja afuera la presencia de cualquier sujeto trascendental o de otro tipo. Esto no es ningún prejuicio antihumanista, sino una decisión meramente teórica. Etimológicamente, *sub-jectum* significa aquello que yace debajo, que funge de fundamento, pese a que, luego, la tradición del pensamiento occidental haya terminado por identificar al sujeto con el hombre, el individuo, etc. Por lo tanto, dejar afuera al sujeto, en esta teoría, implica dejar de considerar que el hombre es el fundamento de la realidad, abandonando la distinción sujeto / objeto, propia de la gnoseología moderna. (1998a) Para esta teoría, el hombre no es ninguna realidad operativa concreta, sino que es la unidad observacional de varios sistemas cerrados, en otras palabras, es la unidad que un observador construye. El hombre, en realidad, estaría constituido por varios sistemas, en principio, su sistema biológico, que se encuentra acoplado estructuralmente a su sistema neurofisiológico, que, a su vez, está acoplado al sistema psíquico. Cada uno de estos sistemas se encuentra clausurado en la operación, o sea, que cada uno realiza una operación distinta y en este operar cerrado, ningún otro sistema puede intervenir, a no ser que sea para destruirlo. Pese a todo, estos varios sistemas comparten estructuras, están acoplados estructuralmente.

Aclarado este punto, el sujeto sólo puede entenderse como un artefacto semántico, susceptible de utilizarse comunicativamente, por el cual la sociedad se autodescribe. La sociedad, que, como se explicó más arriba, es comunicación que se reproduce a partir de comunicaciones previas, tiene la capacidad de comunicar sobre sí misma, o sea, de crear autodescripciones. Esto significa que, por ejemplo, el derecho o la sociología, pueden seguir utilizando la semántica del sujeto para describir el actuar de los sistemas psíquicos en el mundo. De esta manera, puede admitirse la afirmación de Jakobs sólo si se entiende que el sujeto es un mero recurso semántico, y no un sistema con capacidad de operar. Esto significa que, para esta teoría, el sujeto no es un concepto útil para explicar el funcionamiento de la sociedad, pero sí es importante tenerlo en cuenta como esquema de observación manipulado por otros observadores, o sea, que sería válido para observar a otros observadores.

No obstante, no se puede sostener el argumento de Jakobs, cuando pretende que el sujeto libre constituya "el principio y el objetivo, es decir, que debe ser necesariamente el contenido principal en la empresa «Derecho penal»." (1996, 30) Por otro lado, Jakobs asegura que la subjetividad es el presupuesto y la consecuencia de la

socialidad y que sin un mundo objetivo vinculante, no puede haber subjetividad. Por lo visto, resulta evidente que este autor no pretende deshacerse del esquema sujeto / objeto, sino, más bien, todo lo contrario. Por lo tanto, éste es ratificado con nueva fuerza, dentro de un esquema teórico poco claro, donde se mezcla la teoría de sistemas con las viejas teorías sujetológicas clásicas.

Más adelante, en el capítulo III ("Cuestiones Particulares"), Jakobs introducirá el concepto de "persona", entendiendo por éste al sujeto mediado por lo social. En este punto, el autor vuelve a realizar una síntesis teórica un tanto discutible entre el concepto de persona luhmanniano (LUHMANN, 1998b) y la teoría del sujeto, donde parece no haber comprendido del todo el significado de la postura del sociólogo. En la nota a pie de página número 42, Jakobs cita dos fragmentos de Luhmann que dicen así: "«Las personas son... estructuras de la autopoiesis de sistemas sociales...»; adopta una postura más mediadora, *idem.*, *Aufklärung* (nota 1), pp. 142 y ss., 153: «Las personas sirven al acoplamiento estructural de sistemas psíquicos y sociales»" (1996, 50). Entre ambas citas no hay ningún cambio de postura, por parte de Luhmann, puesto que el mismo fenómeno es visto desde puntos de vista diferentes. Las personas son construcciones meramente comunicativas que nada tienen que ver con la "subjetividad", o algo parecido, punto que parece entender Jakobs. En estos fragmentos se debe aclarar que, gracias a que la persona funciona como acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales, es como se puede llegar a realizar la autopoiesis de los sistemas sociales, puesto que este acoplamiento estructural lo que favorece es la rápida resolución del problema de la doble contingencia.

Llegados a este punto, cabe aclarar de manera sintética, cual es el concepto de comunicación que desarrollará Luhmann, con el fin de ver hasta qué punto es compatible con los desarrollos de Jakobs a propósito de este tema. Para llegar a la emergencia de la comunicación, se debe pasar primero por una situación previa, a saber, la doble contingencia (1984; 1991). Esta consiste en el encuentro de *ego* y *alter*, que pueden ser tanto sistemas psíquicos, como sistemas sociales. Tanto ego como alter son entendidos como dos cajas negras, lo que significa que cada una determina su conducta por medio de operaciones autorreferenciales realizadas dentro de sus propios límites. En esta insoportable situación por la cual cada uno de los sistemas se encuentra frente a frente sin todavía llegar a comunicarse, cada uno de ellos experimenta al otro como un *alter-ego*, o sea, que cada uno experimenta que el otro está experimentando lo mismo que él, a saber, el interés por llegar a determinar la situación y romper la circularidad de este escenario. Esto puede darse cuando alter realiza una propuesta comunicativa, o sea, cuando alter realiza un acto de comunicar (*Mitteilung*). Cuando ego es capaz de distinguir entre el acto de comunicar y la información, entonces se puede decir que ego ha entendido, y, por tanto, que hubo comunicación. En este sentido, la comunicación no debe entenderse como una transferencia de comunicación desde el receptor hacia el emisor, ni tampoco se debe pensar que el entendimiento consista en un proceso del espíritu, por el cual éste copia en su interior el sentido transmitido por un mensaje. El entendimiento, en este contexto, es sólo la posibilidad de manejar la distinción entre el acto de comunicar y la información, o sea, que siempre que se pueda diferenciar entre estos dos, puede sostenerse que se ha comunicado, pese a que esa pueda no haber sido la intención de alter.

Esta introducción servirá para discutir el capítulo IV "Tipos de comunicación", en el cual Jakobs presenta su muy discutible postura. Ante todo, cabe aclarar que este autor no da una definición formal de tal concepto, por lo cual debe uno pensar que se encuentra inspirado en la teoría de Luhmann, aunque él se haya encargado de aclarar que no seguirá a este último al pie de la letra. Retomando el argumento, Jakobs distingue dos tipos de comunicación, la comunicación instrumental, la cual persigue alguna finalidad, y la comunicación personal, en la cual el "otro" es tratado como un igual, como una persona en derecho. En el primer caso la psique de un individuo particular traduce

sus necesidades corporales de acuerdo con un código, al mismo tiempo que ordena el mundo externo con otro código, de manera que todo quede ordenado de acuerdo a sus necesidades individuales. En este caso, sostiene el autor, este individuo no tiene la posibilidad de autoobservarse, debido a que sólo se puede llegar a esta situación si existe algún otro que se contraponga a su psique, mientras que en este contexto el individuo no llega a interpretar al otro individuo como un individuo que puede llegar a percibir como él lo hace. En este orden individualista, Jakobs sostiene que pueden emerger normas de carácter vinculante, que etiqueten como "defectuoso" a quien no las cumpla, o también se puede arribar a un sistema de normas en sentido estricto, o sea, que se le atribuyan tareas a cada individuo. Por el contrario, la comunicación personal surge cuando un individuo se relaciona al menos con otro individuo, con lo cual el primero ya no puede basarse exclusivamente en sus propias preferencias, sino que debe aceptarse alguna regla que sea independiente de sus preferencias.

En contra de la posición sostenida por el jurista alemán, la distinción entre comunicación instrumental y personal parece irrelevante, además de llevarnos a la estéril discusión del estado de naturaleza, y confundir continuamente lo que es un sistema psíquico con lo que es el sujeto. En primer lugar, que el sistema psíquico participe en la comunicación con intenciones puramente individualistas, es absolutamente irrelevante desde un punto de vista sociológico. Sin embargo, como se explicó al hablar de la situación de doble contingencia, por más individualista que sea este individuo ideal de Jakobs, él debe reconocer al otro como un alter-ego, como un individuo, puesto que, si no fuese de esa manera, no se podría comunicar con el otro. De hecho, explica Luhmann (1997; 2007), en varias sociedades de tipo segmentario, sólo se reconocían como humanos a los individuos pertenecientes a la propia tribu, mientras que a los extranjeros no se los reconocía como tales, y se les podía dispensar el trato que uno deseara. Por otro lado, en relación con la capacidad de autoobservación, debe distinguirse entre la autoobservación de la comunicación y la autoobservación del sistema psíquico. En cuanto a la segunda, sería imposible determinar en qué momento estos sistemas adquirieron tal capacidad, aunque, muy probablemente, la exposición a la comunicación haya sido un factor determinante. Mientras que para la primera, la capacidad de autoobservación surge con el lenguaje, en tanto que éste permite desarrollar la posibilidad de la metacomunicación, la comunicación acerca de lo previamente comunicado.

Una vez expuestos estos argumentos, la distinción entre comunicación instrumental y personal no guarda más sentido. Por otra parte, las reglas u órdenes normativos desarrollados a partir de cada uno de estos tipos de comunicación, tampoco parecen tener gran diferencia entre ellos. Desde el momento en que se desarrolla un orden social regulado, es imposible pensar -para el primer caso, que las reglas elaboradas en ese contexto respondan siempre a las preferencias de todos los individuos particulares, más si se admite el surgimiento de un orden normativo que estipule la división del trabajo. De esta manera, en cualquiera de los dos tipos de comunicación, las reglas se van a adaptar más o menos a las preferencias individuales, pero no puede sostenerse que en la comunicación instrumental las reglas se adaptarán perfectamente, mientras que en la comunicación personal éstas permanecerán independientes de estas preferencias.

Conclusiones:

A lo largo de este trabajo se discutieron algunos conceptos de relevancia sociológica presentes en el libro *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, de Günther Jakobs. Principalmente, el foco de la atención se concentró en las categorías de norma, identidad, sociedad, evolución, sujeto y comunicación. El punto de partida para tal crítica fue la teoría de los sistemas autorreferenciales, autopoieticos y clausurados en la operación, desarrollada por el sociólogo alemán Niklas Luhmann. Como resultado de ello, puede afirmarse que, pese a que el jurista alemán se haya inspirado en algún punto en la obra de Luhmann, son casi nulos los puntos de contacto teóricos entre ambos.

En primer lugar, se ha observado que la teoría de Jakobs centra su atención sobre la estructura normativa de la sociedad, sosteniendo que son las normas las que conforman la identidad de la sociedad. En contraste con estas afirmaciones, la teoría de Luhmann privilegia la autopoiesis del sistema, por sobre la estructura, pese a que estas últimas cumplan una función destacada, pero no exclusiva, en la reproducción del sistema. De esta manera, la postura de Jakobs se ve más cercana a las viejas teorías estructuralistas de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, donde se concibe a la sociedad como un orden normativo monolítico, por el cual todo aquel que, por alguna razón, fuese en contra de las normas, era considerado un "desviado". Por consiguiente, el análisis de la norma en Jakobs, de forma un tanto velada, parece resucitar nuevamente esta vieja semántica de la desviación.

Otro punto de divergencia entre las dos teorías en juego, fue el problema del sujeto. Jakobs, en sus análisis, continúa pensando en un sujeto que es causa de toda acción y comunicación, retomando la vieja tradición europea que observa al mundo según el esquema sujeto / objeto. Luhmann critica esta postura, debido a que ella es insuficiente para fundar una teoría del conocimiento acorde a la complejidad de la sociedad actual, asegurando que el hombre, el individuo, etc., no pueden funcionar como *sub-jectum*, o sea, como fundamento de todo conocimiento. En este sentido la única que puede conocer es la sociedad. Por otro lado, la crítica a la sujetología se sustenta en la afirmación que el sujeto no es ningún sistema operativo, como son las células, el cerebro, la conciencia o la comunicación. Por lo tanto, esta teoría sustituirá el esquema de observación sujeto / objeto, por el de sistema / entorno, por lo que toda observación deberá partir desde algún tipo de sistema.

Por último, se desarrolló una crítica de la propuesta de Jakobs, por la cual se podría distinguir entre comunicación instrumental y comunicación personal. Reconstruyendo el concepto de doble contingencia y de comunicación elaborados por Luhmann, se ha mostrado que tal distinción no sólo no tiene relevancia, sino que no es sostenible teóricamente. Esto se debe a que con la comunicación instrumental, Jakobs pretende fundar un tipo de sociedad puramente individualista, en la que cada individuo tenga como fundamento del mundo a sus propios intereses egoístas, sin reconocer como otro individuo a sus semejantes. Para sostener tal hipótesis, Jakobs retorna, necesariamente, a Hobbes y a Rousseau, al concepto de estado de naturaleza. Sin embargo, se ha observado que para que pueda emerger la comunicación es indispensable que ego y alter puedan experimentarse mutuamente como alter-ego, o sea, que sean capaces de experimentar que el otro también está experimentando la insoportable situación de circularidad de la doble contingencia, y que ambos desean liberarse de ella. Por último, tampoco se ha visto una diferencia fundamental entre el orden normativo emergente de la comunicación instrumental y de la comunicación personal, debido a que no puede alegarse que, en la primera situación, las normas reflejan los intereses personales de todos los individuos participantes y que no experimentan ninguna como contraria o indiferente respecto de sí mismos.

Bibliografía:

- JAKOBS, G. (1996): *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid, Civitas, 2000.
- LUHMANN, N. (1993): *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt a.M., Suhrkamp Verlag, 1993.
- _____. (1997): *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. 2 Bd. Frankfurt a.M., Suhrkamp Verlag, 1997.
- _____. (2002): "Identity – What or how". En *Theories of distinction. Redescribing the description of modernity*, Stanford, Stanford University Press, 2002.
- _____. (1998a): "La astucia del sujeto y la pregunta por el hombre". En *Contingencia y modernidad: de la unidad a la diferencia*, Madrid, Trotta, 1998, 215-229.
- _____. (1998b): "La forma 'persona'". En *Contingencia y modernidad: de la unidad a la diferencia*, Madrid, Trotta, 1998, 231-244.
- _____. (2007): *La sociedad de la sociedad*. México, Herder, 2007
- _____. (1991): *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*. Barcelona, Anthropos, 1998.
- _____. (1984): *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt a.M., Suhrkamp Verlag, 1984.
- SPENCER-BROWN, G. (1969): *Laws of form*. Nueva York, The Julian Press, 1972.

DERECHOS HUMANOS Y SEGURIDAD

Por **Diego Castiglioni**

RESUMEN

En el presente trabajo se ofrecerá una noción teórica del concepto de derechos humanos, otorgando fundamental importancia a cuestiones relativas a la universalidad, en relación con el contexto social contemporáneo de multiculturalismo - fragmentación cultural y globalización. Creemos que los derechos humanos encuentran su fundamento, su razón de ser, en un carácter general y fundante del género humano: la dignidad. Si bien *dignidad* no es un término unívoco, sino más bien, un término polivalente, intentaremos conceptualizarlo lo más acabadamente posible para erigirlo como garante de la universalidad que pretendemos para los derechos humanos.

En una segunda parte del trabajo intentaremos entender el renacer de ciertos discursos que pretenden deslegitimar a los Derechos Humanos tildándolos de "pro-delincuentes". Para ello analizaremos cómo surgen y de dónde vienen estas ideas de denotado talante represivo, y cuáles son sus presupuestos teóricos y fácticos. Para ello repasaremos el nacimiento y ocaso del Estado-Nación Moderno, y su situación actual, para finalizar preguntándonos acerca del rol de los Derechos Humanos en este escenario.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos – Seguridad – Filosofía Política – Ética - Dignidad – Particularismos - Multiculturalismo.

HUMAN RIGHTS AND SECURITY

By **Diego Castiglioni**

ABSTRACT

In this paper we provide a theoretical notion of the concept of human rights, giving primary importance to issues of universality, in relation to the contemporary social context of multiculturalism - cultural fragmentation and globalization. We believe that the concept of human rights has its foundation, its deep rationalization, since a general and founding aspect of mankind: dignity. While dignity is not a univocal term, but rather a polyvalent term, we will attempt to conceptualize it the fully as possible, in order to increase its potential to establish itself as guarantor of universality that we intend to human rights.

In a second part of the paper we try to understand the revival of certain discourses that seek to delegitimize the Human Rights, by calling them "pro-criminal." It looks at how they arise and where these ideas come from, with a denoted repressive mood. And what are its theoretical and factual assumptions. To do this we will review the birth and decline of the modern nation-state, and its current situation, to conclude by asking about the role of human rights in this contemporary scenario.

KEY WORDS

Human Rights - Security - Political Philosophy - Ethics - Dignity - Individuals - Multiculturalism.

DERECHOS HUMANOS Y SEGURIDAD

Por Diego Castiglioni*

Sección primera

Evolución Histórica del Iusnaturalismo

Los derechos humanos tienen su primera formulación, cuanto menos virtual, a través de la pluma de los autores iusnaturalistas. Ahora bien, el iusnaturalismo tiene orígenes tan remotos como la filosofía misma: la Grecia Clásica. En efecto, para los griegos el fundamento de todo lo real era la naturaleza (*physis*) misma, de modo que cualquier orden humano debía adecuarse a ella. Si bien ya encontramos esta idea en algunos autores presocráticos, quien logra un desarrollo mayor del tema es Aristóteles, al distinguir en su *Ética Nicomaquea* dos clases de justicia: la justicia de raíz natural (*physikón*) y la justicia de raíz convencional o legal (*nomikón*). Sin dudas la primera es, a los ojos de Aristóteles, superior a la otra, por lo cual creemos que nos encontramos aquí ante el primer desarrollo teórico del iusnaturalismo. De ninguna manera quiero decir que los derechos humanos nacen aquí, sino simplemente señalar que este es el primer paso que da la historia del pensamiento hacia una postura iusnaturalista –aunque al decir esto corramos el riesgo de incurrir en un grave anacronismo–, y como se verá luego, es el iusnaturalismo el movimiento filosófico que abrirá las puertas que permitirán, de una vez por todas, hablar de derechos humanos.

Como es notorio en el caso de Aristóteles, los antiguos iusnaturalistas oponían la ley de la naturaleza a la ley de los hombres, y esto era así porque para ellos el fundamento de la ética, la política, del derecho, era *lo naturalmente dado*.¹ Por ello es que se dice que la ética aristotélica, que será la de mayor importancia e influencia hasta la modernidad, es una ética naturalista o *teleológica*. Y decimos que esta ética regirá hasta la modernidad porque a partir del siglo XVII el fundamento del análisis ético pasará de *lo dado* al *sujeto*.

Es justamente a partir del siglo XVII que el iusnaturalismo se revitaliza, se desarrolla y vuelve a tomar impulso de la mano de novedosos autores que realizan una dura crítica a los antiguos. El núcleo de las ideas iusnaturalistas iluministas es que las distinciones, prerrogativas y obligaciones, inevitables en toda convivencia, son artificiales y secundarias frente a la *dignidad, libertad y a la igualdad* propias del hombre en cuanto tal, previo a su pertenencia a tal o cual rango dentro de un orden político. Y cuando decimos que el fundamento del análisis pasa, en la modernidad, de lo dado al sujeto, nos referimos a la fundamental crítica que hacen los iusnaturalistas modernos a los antiguos: haber elevado a verdad absoluta los rasgos situacionales que tenían ante sus ojos, haber ontologizado una situación fáctica (BOBBIO; 1985). Cuando Aristóteles dice en su *Política* que algunos hombres nacen para gobernar y ser amos, y otros nacen para ser esclavos y obedecer, lo que está haciendo es establecer como verdad natural una situación de coyuntura histórica. Los modernos, secularización mediante, rompen con la idea de que lo que *es* (o sea lo dado, la naturaleza), sea lo que *deba ser*. Y aquí se introduce el concepto del *deber*, que será fundamental para entender la nueva lógica.

* UBA

¹ Dicha situación será análoga en el Medioevo, donde las posturas jusnaturalistas encontrarán en Dios el fundamento.

Kant, quizás el más brillante exponente de esta nueva lógica del deber (o *deontológica*), establece en *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* una ley que todo hombre, en tanto ser racional, libre y autónomo, está obligado a cumplir: el imperativo categórico, o ley práctica, expresado en los siguientes términos: “*obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca como un medio*” (KANT; 1785). He aquí la primer fórmula, cuanto menos en germen, de derechos humanos. En ella convergen las ideas de dignidad, libertad e igualdad, fundamentales en cualquier conceptualización que se pueda hacer de derechos humanos, y además se trata de una ley incondicionada, es decir, *universal*. Extensible a todos los hombres y mujeres, en todos los tiempos, en todas las sociedades.

En 1789, cuatro años después de la publicación del libro de Kant, los revolucionarios franceses consagran dichas ideas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. “*La combinación de las ideas jusnaturalistas, que predicaron los derechos del hombre por el solo hecho de ser tal, y del liberalismo constitucional, que impuso como límite al poder del estado el respeto de determinados derechos del hombre, resultó en la consagración de las llamadas libertades públicas*” (PINTO; 1997).

Universalidad

Las denominadas libertades públicas difieren con los derechos humanos en que aquellas carecen de la pretensión de universalidad que no puede faltar en éstos. Los derechos humanos *son* y *deben ser* universales. Todos los seres humanos, por el mero hecho de ser humanos y sin distinción étnica, de sexo o edad, son titulares de derechos humanos. La universalidad iguala a todos los hombres en tanto hombres, más allá de cualquier contingencia empírica y/o social que los pueda diferenciar.

Además, otra diferencia fundamental entre las libertades públicas y los derechos humanos, que se deduce de la universalidad de éstos, radica en el hecho de que mientras las primeras son un asunto doméstico de cada Estado, las violaciones a los derechos humanos son cuestiones que atañen a la comunidad internacional. En esta etapa inmediatamente posterior a 1789 cada Estado garantiza los derechos individuales, o no, ya que es una decisión discrecional. Varias décadas más tarde comenzará a producirse un cambio en el escenario internacional, ya que surgirá una serie de normativas con intereses en lo que luego será conocido como derecho internacional de los derechos humanos, entre las cuales podemos señalar el Convenio de Ginebra de 1864 –vinculado al derecho internacional humanitario–, el Acta General de la Conferencia de Berlín de 1885 y la Conferencia de Bruselas de 1889 –prohibitivos de la trata de esclavos–. Pero es recién a partir de la segunda guerra mundial que un nuevo orden internacional se genera, y comienza a realizarse en un conjunto de Declaraciones, Convenciones, Cartas y Tratados, en los cuales el derecho internacional de los derechos humanos encontrará su espacio.

Con todo, la noción actual de derechos humanos ha evolucionado, como hemos repasado, a partir de los aportes del jusnaturalismo, el constitucionalismo liberal y del derecho internacional, con el agregado de vital importancia que importa un compromiso que vincula normativamente a cada Estado ante una violación no reparada de los derechos humanos. Podemos señalar a la Carta de las Naciones Unidas como la primer norma jurídica de derecho internacional que consagra obligaciones para los Estados referidas a temas de derechos humanos. Así, a partir de la Declaración de 1948 se inaugura una tercer etapa en el desarrollo de los derechos humanos, donde converge la universalidad y la positivización jurídica. Universal en el sentido de que son todos los hombres los destinatarios de los derechos, y positiva en el sentido de que pone en movimiento un proceso de efectivización y protección de los derechos (BOBBIO; 1979).

Particularismos – Virtualidad

Ahora bien, esta idea de reprochabilidad a un Estado, íntimamente ligada al status de universalidad que los derechos humanos poseen, ha sido discutida a partir de la perspectiva de los particularismos, o relativismos culturales, que surgen a la luz de las peculiaridades históricas, religiosas y/o culturales de ciertos países, especialmente de Asia y África (VILLÁN DURÁN; 1994). Así se explica que *algunos gobiernos tengan una visión meramente estatal de los derechos humanos*, quizás confundiendo derechos humanos con las libertades personales de las que hablábamos más arriba, quizás pretendiendo eludir la interpelación de los organismos internacionales u otros Estados, al escudarse en algún tipo de relativismo ético-cultural.

La universalidad de los derechos humanos, expresada en la Declaración de 1948, no significa que occidente impone al resto del mundo una visión etnocentrista, ya que lo que se pretende no es un integrismo jurídico-moral, sino por el contrario admitir y respetar las diferencias culturales. Ahora bien, lo que sí implica esa universalidad es que deberá existir un mínimo de respeto, o *standard*, que los Estados no podrán avasallar en nombre de ningún particularismo cultural. De modo que cada país podrá consagrarse con la estructura estatal que prefiera, y podrá atribuirse las instituciones que le sean más propicias, que reflejen mejor las exigencias de su pueblo y las tradiciones nacionales (CASSESE; 1988). Pero siempre deberá respetar ese mínimo de preceptos referidos a las relaciones entre el individuo y el Estado. Deberá respetar, en definitiva, los derechos humanos esenciales, las libertades esenciales y el derecho al autogobierno. Bajo ninguna circunstancia será aceptable una violación al principio de dignidad de la persona humana establecido en la Carta.

Y es en este punto donde la universalidad de la Declaración de Viena es superior a los particularismos, al afirmar que el origen de los derechos humanos radica "(...) en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales(...)". Como consecuencia necesaria de esta fundamentación es que surge el carácter universal e indivisible de los derechos humanos: "El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas" (Parte I, Párr. 1.1 *in fine*).

Ahora bien, cabe preguntarse hasta qué punto esta universalidad pretendida y proclamada se encuentra efectivamente realizada en las sociedades. Es de opinión de algunos autores, como por ejemplo Antonio Cassese, que esta universalidad es meramente virtual. Partiendo del hecho de que la observancia y cumplimiento de los derechos humanos es muy distinta en los diversos países, dice que la universalidad es un mito. Que el esfuerzo de *unificación mundial*² pretendido por la ONU no ha producido efectos concretos debido a diferencias de índole cultural, filosófica, religiosa y social entre los distintos países. Retomando un punto que señaláramos más arriba, mientras ciertos países orientales adoptan una visión estatista de los derechos humanos, los países occidentales optan por un concepto metaestatal.

Creemos imprescindible la existencia de organismos supranacionales encargados de interpelar a los distintos Estados a fin de averiguar si efectivamente cumplen con las obligaciones que hubieren asumido en el plano internacional, ya que es la única manera –o cuanto menos la más efectiva– de procurar el cumplimiento de los imperativos de derechos humanos, velando por el interés de los individuos.

² Cabe señalar aquí que el concepto de "unificación" sería inexacto por lo explicado más arriba sobre la diferencia entre integrismo y universalidad.

Quizás sea extrema la opinión de Cassese, y de hecho él mismo luego se encarga de señalar que es de fundamental importancia y valor el que se haya creado un restringido núcleo de valores y criterios aceptados universalmente por todos los Estados, y que prácticamente casi todos los Estados del mundo compartan la idea de que entre las más graves violaciones de derechos humanos se encuentren el genocidio, la discriminación racial, la tortura y la negación del derecho de los pueblos a la autodeterminación. Pero por otro lado existe una verdad ineludible: por más universalidades formales e igualdades apriorísticas, la tasa de violaciones de los derechos humanos en algunos países es exageradamente más alta que la de otros, y debe ser tarea de la comunidad internacional inmiscuirse en aquellos Estados violadores de derechos humanos, en aquellos Estados genocidas, torturadores y asesinos. Por el bien de los individuos, que aunque nacen formalmente iguales a los que nacen en países que respetan los derechos humanos, viven en condiciones de existencia radicalmente distintas.

Conclusiones preliminares

Bien sabemos que la libertad y la igualdad de los hombres no son un dato de hecho sino un ideal que debe ser perseguido, que no son una existencia sino un valor. La dignidad del hombre de la que habláramos al comienzo de este trabajo no cuenta con una existencia óptica, sino que es más bien una obligación ética. No es un ser, sino un deber ser.

En el mundo *unipolar* actual, donde la potencia económica y militar más importante del mundo se encuentra atravesando una de las crisis más graves de su historia, vemos a la globalización como un intento violento y perimido de imponer su verdad parcial como absoluta. La verdad absoluta del imperio, que luego del derrumbe del campo socialista se ha autoproclamado como la única alternativa posible, y se ha impuesto al neoliberalismo global y globalizante como la única opción posible. En consecuencia, durante la larga década de los '90, la globalización cubrió con polvo todas las culturas, y redireccionó en un único sentido los destinos de todos los pueblos del mundo. Por eso es fundamental respetar las culturas e identidades propias de cada pueblo, y, como ya ha sido dicho, todos los países deben tener la posibilidad de darse los institutos y estructuras que elijan. Así, el derecho de autodeterminación de los pueblos se convierte en uno de los baluartes imprescindibles en esta lucha contra el integrismo moral, jurídico y económico que a partir de Fukuyama el imperio globalizante ha pretendido imponer. Y en este sentido nos hacemos eco del deseo de crear un marco analítico que subraye el potencial emancipador que tienen los derechos humanos. Porque como hemos dicho, universalidad no es igual a uniformidad, y los derechos humanos, universales e indivisibles, no deben ser causa de discordia, sino al contrario, una vía *hacia la paz perpetua*, tanto entre Estado e individuo, como entre los distintos Estados. La moda de las recetas prefabricadas –o *talle único*, tal como también ha dado en llamarse- ya pasó, y en esta *aldea global* en crisis cada país deberá saber garantizar a sus habitantes un trato respetuoso de su dignidad inherente. Porque queda mucho por hacer; porque el camino está trazado y definido en gran medida, pero queda un largo trecho todavía por recorrer. Y es en este sentido que continuaremos en la segunda sección de este trabajo, apuntando a uno de los cuestionamientos que los Derechos Humanos reciben actualmente desde ciertos sectores sociales.

Sección segunda

Vivimos en tiempos en los que los Derechos Humanos se han convertido en un escollo para la concreción de la seguridad ciudadana. Parece que su principal función es entorpecer la vida tranquila y previsible de los *ciudadanos honestos*. Esto se debe a que en los últimos años se ha ido desarrollando un discurso que, a partir de una ignorancia

supina sobre el tema, pretende deslegitimar el valor de los Derechos Humanos. Cuando hablo de ignorancia pienso en los artistas mediáticos y las personas en general. De ninguna manera me refiero a los actores políticos, cuya dosis de ingenuidad no suele ser alta, y que, cuando esgrimen argumentos de este tipo, lo hacen maliciosamente y con intereses furtivos. Es impensable que una persona no-lega en temas políticos desconozca qué son los Derechos Humanos. De modo que lo único que nos queda para entender el porqué de esa clase de discursos cuando recae en boca de políticos, es pensar que hablan desde la hipocresía y la mala fe.

Todo esto viene acompañado de un reclamo de represión y *mano dura* por parte de un sector de la sociedad. Se levantan banderas y eslóganes del tipo "el que mata debe morir" o "la pena de muerte ya la instauraron los delincuentes", que lo único que generan es un caldo de cultivo para nuevos discursos cada vez más violentos, y que lógicamente corren el riesgo de correrse del plano meramente discursivo para traspolarse al ámbito de lo fáctico. Se trata de concepciones violentas de la sociedad que significan una especie de renacer de determinadas ideologías que parecían superadas, pero que sin embargo insisten y persisten en ciertos sectores privilegiados que parecieran vivir aislados de la realidad social.

Como ya ha sido anticipado, en lo que resta del trabajo intentaremos entender cómo surgen y de dónde vienen estos discursos, cuáles son sus presupuestos teóricos y reales. Para ello repasaremos el nacimiento y ocaso del Estado-Nación Moderno, y su situación actual, para finalizar preguntándonos acerca del rol de los Derechos Humanos en este escenario.

Estado-Nación Moderno, o marco histórico del imperio de la seguridad.

Para entender cabalmente estas cuestiones que tratan sobre la inseguridad y los reclamos de mayor protección, deberíamos remontarnos al nacimiento del Estado Moderno, e indagar en sus principales teóricos **la fundamentación que le dan a la autoridad del soberano**. En este sentido es Thomas **Hobbes** nuestra principal guía, ya que es básicamente el teórico más original y genial del Estado Moderno en el plano de la filosofía política. Leyéndolo podremos rastrear y encontrar las claves que nos ayudarán a comprender mejor por qué y de dónde surgen estos discursos violentos. Es evidente que un análisis demasiado amplio excedería el marco del presente trabajo, por lo cual nos limitaremos a señalar una serie de factores, los más significativos, que hacen de Hobbes el filósofo de la seguridad.

Todos conocemos su frase célebre, *homo homini lupus*, el hombre es el lobo del hombre. Esta visión pesimista de la condición natural del hombre determina a las sociedades sin estricto control estatal a vivir en una situación violenta, en una guerra de todos contra todos –*bellum omnium contra omnes*-. Hobbes vivió en una época borrascosa. Vio a su país inmerso en una larga y sangrienta guerra civil, y a un monarca inglés decapitado. Estas experiencias hicieron de este hombre un filósofo obsesionado con la idea del orden político y la seguridad.

Por otro lado, la burguesía, clase social en pleno auge, necesitaba un marco de seguridad jurídica para desarrollar, con la necesaria previsibilidad, sus empresas. Y el Estado debía convertirse en el garante de esa seguridad, el garante de los negocios de la burguesía.

En Hobbes se llega a esta solución a través del contrato. Un contrato por el cual la sociedad se da forma a sí misma, y se constituye políticamente. Así, los hombres –la burguesía- conscientes de su naturaleza belicosa, deciden instrumentar un contrato social que les permitiera la supervivencia civilizada. Este contrato se expresaba en las leyes

y en el Estado soberano (HOBBS; 1651).

A este escenario político se le agrega el aspecto económico del liberalismo, el famoso *laissez faire, laissez passer*. El burgués le pide al Estado que no interfiera en sus asuntos económicos. En el plano de la economía el Estado no debe intervenir. Aquí aparece Adam Smith y su mano invisible que autorregula las leyes del mercado.

Estos son los principios básicos de organización de las sociedades modernas en occidente. La burguesía quiere un gobierno débil pero fuerte. Débil ante el mercado, ante ellos, para que los deje hacer y deshacer según su conveniencia. Fuerte ante los otros. Ante quienes pretenden entrometerse en sus negocios y entorpecer la *pax* social. Ahí el Estado sí debe intervenir, y debe hacerlo con toda la fuerza de su autoridad, para garantizar, naturalmente, la seguridad y el orden.

En este sentido, señala Enrique Del Percio que el Estado moderno surge a partir de la demanda burguesa de seguridad, cuando el dinero comienza a ser un factor determinante en la estratificación social. En efecto, con la modernidad Europa abandona la estratificación social de tipo estamental, para organizarse en función de clases sociales. Lo que determina el status social en este tipo de sociedad será, evidentemente, el dinero. Y esto es precisamente lo que ocurre en Europa a partir de la recepción de las grandes cantidades de oro y plata provenientes de América. De este modo, al ser el dinero y los bienes muebles aquello que determina el lugar que una persona ocupa en la sociedad, y como tanto el dinero como los bienes muebles son susceptibles de ser robados, será preciso crear cuerpos encargados de garantizar la seguridad ciudadana. De hecho, fue en aquel tiempo cuando se crearon las primeras agencias policiales, en el sentido moderno de la expresión: el Scotland Yard en Inglaterra y la Gendarmerie National en Francia. Dos de los países donde la Revolución Industrial y la burguesía encontraban un mayor grado de desarrollo.

En suma, estos serían los dos ejes del Estado Moderno, los dos elementos que el burgués reclama a los gobernantes: seguridad y libertad. Para garantizar este binomio sagrado es que el Estado cobra fuerza en los siglos XVII y XVIII.

La muerte del Estado

Lo que ocurre ahora, en nuestro incierto siglo XXI, es que ese Estado Moderno ya no existe. O al menos no existe del mismo modo que cuando escribían Hobbes, Locke, Smith y compañía. Globalización de privatizaciones mediante, los Estados-Nacionales se han ido disolviendo en esta nueva aldea global y han sido absorbidos por el Imperio en una inédita estructuración política mundial (HARDT – NEGRI; 2000).

Como dice Jean Ziegler, la privatización del mundo ha debilitado la capacidad normativa de los Estados. Ha puesto bajo tutela a los parlamentos y a los gobiernos. Ha vaciado de sentido a la mayoría de las elecciones y a casi todas las votaciones populares. Y, fundamentalmente, ha privado de su poder regulador a las instituciones públicas. La privatización, en definitiva, mata a la ley. Ziegler concluye reflexionando que todo lo que hoy nos queda del Estado Moderno es un espectro de lo que solía ser (ZIEGLER; 2002).

Pero remitámonos a la Argentina. Lo que pasó aquí puede comenzar a entenderse a partir del 24 de marzo de 1976. A partir de esa fecha las fuerzas armadas del país tomaron lo peor de Hobbes y Smith, y lo aplicaron hiperbólicamente en la vida política y económica. Esto es, una represión brutal, sin precedentes en nuestro país, sumada al capitalismo más salvaje del neoliberalismo de José Alfredo Martínez de Hoz, se cargaron con toda una

generación y terminaron por destruir la economía nacional.

Se pretendía dar la sensación a la población de que se vivía en una guerra permanente. Secuestros y asesinatos planificados con precisión desde las más altas esferas del poder. Torturas y otras violaciones sistemáticas de los derechos humanos, fríamente racionalizadas desde el corazón del Estado. No se torturaba solamente para obtener información. Se torturaba "porque sí", porque así era el sistema. Porque a través de la tortura se quebraba moralmente al enemigo, al *otro*.

Hoy en día las fuerzas armadas están desarticuladas, la policía y otras fuerzas de seguridad no ofrecen (no pueden, jamás podrán hacerlo mientras no se ataquen los problemas de raíz) ningún tipo de seguridad. Las verdaderas redes sociales, aquellas que hacen de un grupo de personas un pueblo con una identidad cultural propia y un proyecto compartido, están destruidas. Lo único que nos une como pueblo es el fútbol, y ya ni tanto. Este es el corolario de la *banalidad del mal* aplicada en nuestro país. El Estado ya no es el centro del poder. Lo sabemos, el verdadero poder –entendiendo poder en el sentido clásico de capacidad de determinar voluntades ajenas- ya no está en el Estado, está en los grandes holdings económicos, los trust financieros, y los medios masivos de comunicación. Y aquí nos encontramos con otro agente fundamental en el tema que estamos tratando, ya que los medios de comunicación son la principal fuente generadora de reclamos de seguridad.

Sobre el papel de los Derechos Humanos

El *Reich Argentino* es una de las heridas más profundas que se le han inflingido a este país y costará mucho lograr que cicatrice. Todavía hoy vemos enconos que se remontan a aquellos años turbulentos. Vemos con frecuencia como el gobierno es tildado de *revanchista*, a partir de las políticas de reivindicación de Derechos Humanos que ha ido implementando desde el 2003. *La gente* parece ver una contradicción en el gobierno que juzga a los represores y reivindica los Derechos Humanos, a la vez que no puede garantizar la seguridad urbana. Y así llegamos al centro del tema que nos convoca.

Ya vimos que es cierto que el Estado -o lo que queda de él- hoy no puede garantizar la seguridad urbana que la ciudadanía pretende. Podríamos preguntarnos por qué sucede esto. Y deberíamos buscar la respuesta en los modelos económicos que se han ido implementando en los últimos años, no sólo en nuestro país sino a nivel mundial, ya que fueron exportados desde el centro del Imperio hasta las más diversas naciones, en lo que algunos autores han denominado la moda del *talle único*. Deberíamos buscar las causas de la inseguridad en temas tales como la falta de trabajo, de cultura y educación. En la gran cantidad de excluidos que el sistema genera. En las exiguas posibilidades que un marginado social tiene de volver a insertarse en el mundo laboral. En suma, creo que redistribuir equitativamente la riqueza, y generar mecanismos de inserción social sería una manera efectiva de atacar el problema de la inseguridad.

Pero lo que ocurre es que se trata de políticas a largo plazo. Y *la gente* necesita respuestas inmediatas. Entonces algunos políticos, en su desesperada búsqueda de votantes, compran esos discursos y pretenden hacerse cargo de los reclamos de seguridad. Esto por un lado.

Ahora bien, es absolutamente real que la violencia delictiva ha crecido en las ciudades. Que a diario se vulneran los derechos de los hombres y mujeres al ser asaltados, violados, asesinados. Es cierto que aquel Estado, cuyo principal fin era garantizar la seguridad, hoy fracasa al no poder lograrlo. Todo ello es cierto, y es injustificable.

Pero utilizar estas *verdades* como argumento para deslegitimar la vigencia de los Derechos Humanos me parece, lisa y llanamente, una canallada.

Quiero decir, los Derechos Humanos surgen fundamentalmente para proteger al individuo ante el Estado. El *Leviatán* hobbesiano se mostró a la luz de los hechos como una estructura feroz, capaz de avasallar todo tipo de límite con el objetivo de preservar el orden, el *status quo*. Y no hace falta que pensemos en fascismos extranjeros, tenemos el nuestro, propio y original. Como leemos en el Prólogo al *Nunca Más*, la palabra "desaparecidos" se escribe en argentino.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* es aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, poco después del peor desastre del siglo XX a nivel mundial, y significa un intento de la comunidad internacional de garantizar ciertos derechos fundamentales a todas las personas, con una clara vocación de universalidad. Los Derechos Humanos surgen así como normas que vinculan a los Estados, al constituirlos en garantes de los derechos fundamentales de los individuos que se encuentran bajo su dominio. Al ser normas vinculantes, permiten el reproche ante la violación no reparada. Implican una relación que necesariamente tiene al Estado como protagonista, porque en definitiva "la razón que explica la existencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos... obedece a esta necesidad de encontrar una instancia a la que pueda recurrirse cuando los derechos humanos han sido *violados por tales agentes u órganos estatales*" (la cursiva es mía).³

Aunque también es cierto que el Estado será reprochable por hechos ilícitos violatorios de derechos humanos que en principio no hubieren sido cometidos por agentes estatales. En este sentido, podemos citar el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 1 de la Declaración Americana, los artículos 4 y 5 del Pacto de San José de Costa Rica, y todos ellos consagran con valor de Derechos Humanos a la vida, la integridad, la seguridad personal, y la libertad. Pero el reproche no se fundamentará en el ilícito particular, sino que será viable el reproche cuando el Estado no le permita a la víctima del delito común acceder a la justicia (PINTO; 1997). En este sentido citaremos el artículo 7º de la Declaración, en cuanto establece que toda persona tendrá los mismos derechos ante la ley, y los mismos derechos de acceso a la justicia. Y el artículo 8º, según el cual toda persona tendrá derecho a un recurso efectivo contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Con todo, el Estado no es responsable ante cada delito en particular, pero sí sería responsable si impidiera el acceso de la víctima a la justicia. Es el Estado el único ente con capacidad de violar los Derechos Humanos de una persona. Por eso mismo es también el responsable, y su actitud política será indispensable para la efectivización de los mismos, ya que además de la obligación de no violarlos, los Estados deben garantizarlos y promover su efectivo cumplimiento.

Conclusiones

El Estado es el responsable de la protección de los Derechos Humanos, e incumple su deber cuando no le permite a la víctima de delitos comunes el acceso a la justicia. Pero no se verifica una violación ante cada delito en particular, según dijimos.

Ahora bien, cuando las víctimas de estos delitos comunes -y el resto de la población, que aun no ha sido víctima, pero tiene miedo, terror, pánico de llegar a serlo, porque desde los medios de comunicación lo hostigan con

frases al estilo de "usted puede ser el próximo" - reclaman *mano dura*, leyes fuertes y fuerzas de seguridad con vía libre para protegernos, lo que están pidiendo, lo sepan o no, es represión. Están pidiendo que reprima y que mate a un Estado que se cansó de reprimir, de torturar y de matar.

Para finalizar quisiera citar unas palabras de Thomas Hobbes, el filósofo que, según vimos, teorizó sobre el Estado y su función de garantizar la seguridad. Dice Hobbes "Si un hombre, por terror a la muerte inminente, se ve obligado a realizar un acto en contra de la ley, queda excusado totalmente, ya que ninguna ley puede obligarle a renunciar a su propia conservación. Suponiendo que una ley fuera obligatoria, un hombre razonaría de este modo: *Si no lo hago moriré ahora; si lo hago, moriré después; por consiguiente, haciéndolo he asegurado una vida más larga*. La naturaleza, por lo tanto, le compele a realizar el acto. Cuando un hombre es desprovisto de alimento o de otra cosa necesaria para su vida, y no puede protegerse a sí mismo de ningún otro modo sino realizando algún acto contra la ley, como, por ejemplo, cuando en periodos de gran penuria toma el alimento por la fuerza, o roba lo que no puede obtener por dinero o por caridad (...) queda totalmente excusado". Esto es maravilloso. Y lo mejor de todo es que lo haya escrito Hobbes. Porque de Jean-Paul Sartre, por ejemplo, no nos sorprenderían estas palabras, ni de Ziegler, o cualquier otro pensador de izquierdas. El *Leviatán* es un texto de un hombre de derecha que propugna por un Estado que alimente a sus miembros, que les de la posibilidad de vivir dignamente, que no los estrague por el hambre, que no los lance a la desesperación y al delito para luego, sencillamente, reprimirlos.

Bibliografía

- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, trad. de Eduardo Sinnott, Buenos Aires, Colihue, 2007.
- ARISTÓTELES, *Política*, trad. de María Isabel Santa Cruz, Buenos Aires, Losada, 2005.
- BOBBIO, N. (1985), *Estudios de Historia de la Filosofía. De Hobbes a Gramsci*, Madrid, Ed. Debate, 1985.
- BOBBIO, N. (1979), "Presente y futuro de los derechos del hombre", en Norberto Bobbio, *El Problema de la Guerra y las vías de la Paz*, Ed Gedisa, Barcelona, 1982.
- CASSESE, A. (1988) "Los Derechos Humanos ¿son verdaderamente universales?", en Antonio Cassese, *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1993.
- CONADEP (1984), *Nunca Más*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.
- DEL PERCIO, E. (2009), "Seguridad Sustentable e Inclusión Social" en *Política o Destino*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2009.
- FEINMANN, J. (1998), *La Sangre Derramada*, Ed. Seix Barral, Buenos Aires, 2003.
- HARDT, M. y NEGRI, A. (2000) *Imperio*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2006.
- HOBBS, T. (1651) *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1992.
- KANT, I. (1785) *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, trad. Manuel García Morente, Madrid, Ed. Encuentro, 2003.
- PINTO, M (1997) *Temas de derechos humanos*, 2ª ed, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2009.
- VILLÁN DURÁN, (1994) "Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos", en Revista española de derecho internacional, Nro. 2, 1994.
- ZIEGLER, J. (2002), *Los Nuevos Amos del Mundo*, Ediciones Destino, Madrid, 2003.

³ OEA/Ser.L/V/II.49 doc. 19, p. 29.

ENCIERRO Y ESCOLARIDAD: SUJETOS DE LA POLÍTICA PENITENCIARIA O POLÍTICA EDUCATIVA.

Por Marcelo D. Fraga

RESUMEN

El presente trabajo se enmarca en un Proyecto de Investigación desarrollado por el Grupo de Estudios Sociales de la Vida Penitenciaria (GESVIP) de la Universidad Nacional de Quilmes.

En este contexto y en oportunidad de una visita a una unidad penal, pude presenciar la escena de un ritual propio de nuestra biografía escolar, el Acto de fin de curso, solo que en esta oportunidad, se desarrollaba en una escuela "encerrada" en una Unidad Penitenciaria.

Esa imagen de una organización dentro de otra, de rituales, metas, regulaciones que no parecían corresponderse me permitió intuir que la cuestión educativa en contextos de encierro resultaba un espacio interesante para considerar desde la Política Educativa y no solo desde la política penitenciaria. Los resultados provisorios del trabajo de investigación ofrecían la oportunidad de abordar la situación de sujetos cuya biografía escolar tenía lugar en contextos de encierro. Todo ello conjuntamente con categorías desarrolladas por el Prof. Beltran Llavador en el marco del seminario Teoría y Métodos de Administración y Gestión de la Educación correspondiente a la Maestría en Política y Gestión de la Educación de la UNLU, son la base sobre la cual se elabora este trabajo.

PALABRAS CLAVE

Prisión perpetua, Cárcel, Educación, política educativa, instituciones

CONFINEMENT AND SCHOOLS: SUBJECTS OF PRISON POLICY OR EDUCATION POLICY

By Marcelo Fraga

ABSTRACT

This work is part of a research project developed by the Group of Social Studies of Life in Prison (GESVIP) Universidad Nacional de Quilmes.

In this context and having visited a criminal, I could witness the scene of a ritual of our own life at school, "The End of The Course Ceremony", but in this occasion, it was in a "locked" school in a Prison Unit.

Such an image of one organization within another, rituals, goals, regulations that did not seem to match made me infer that the issue of education in a context of confinement was interesting to analyze from the Educational Policy and not just from the prison policy itself. The provisional results of the research offered the opportunity to address the situation of individuals whose educational biography took place in confinement contexts. All this together with the categories developed by Prof. Beltran Llavador seminar under the Theory and Methods of Administration and Management of Education for the MSc in Politics and Education Management of UNLU are the basis on which this work is elaborated.

KEY WORDS

Perpetual prison, Jail, Education, educative policy, institutions

ENCIERRO Y ESCOLARIDAD: SUJETOS DE LA POLÍTICA PENITENCIARIA O POLÍTICA EDUCATIVA.

Marcelo D. Fraga*

El presente trabajo se produce en el contexto y como parte del Proyecto de Investigación *“Prisión Perpetua: Saberes, consecuencias y alternativas en la voz de los condenados alojados en unidades penales del Servicio Penitenciario Bonaerense”*¹. Proyecto que llevamos adelante desde la Universidad Nacional de Quilmes, y cuyo equipo de investigación esta constituido por el Gesvip (Grupo de Estudio de la Vida Penitenciaria) UNQ y el Cepoq (Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos). En este contexto el objeto de la ponencia es presentar a modo de avance algunos aspectos de la vida carcelaria, aquellos que específicamente se refieren a la cuestión educativa.

Uno de los insumos de esta ponencia lo representan los datos provisorios relevados por el equipo de investigación, a partir de un cuestionario semiestructurado que se suministro a condenados a prisión perpetua detenidos en Unidades penitenciarias del Servicio Penitenciario Bonaerense. Otro insumo de especial interés han sido las entrevistas en profundidad suministradas a los mismos detenidos. Del conjunto de los datos provisorios relevados se ha focalizado en aquellos que dan cuenta de la situación y trayectoria educativa de los entrevistados. Al mismo tiempo son las propias observaciones del Investigador en oportunidad de las visitas a las unidades penitenciarias otro insumo para nada desdeñable. Un último elemento que se pone en juego en esta ponencia son algunos extractos de un relato friccionado producido en el marco del Seminario Teoría y Métodos de Administración y Gestión de la Educación correspondiente a la Maestría en Política y Gestión de la Educación de la UNLU.

Quisiera poder referirme más extensamente a las cuestiones y decisiones metodológicas que guiaron el proyecto de investigación, sin embargo por cuestiones de tiempo y espacio, pero también por la naturaleza y contexto de presentación de este trabajo prefiero ahorrarle a la audiencia / lector esta fatigosa tarea². De todos modos no puedo dejar de comentar algunas cuestiones que nos permitan poner en contexto este trabajo.

En primer lugar conviene precisar los alcances del proyecto en cuanto a la población objetivo, en este sentido fueron los detenidos condenados a prisión/reclusión perpetua el objeto de nuestra indagación, a través de ellos quisimos relevar desde la propia voz de los detenidos los saberes, consecuencias y alternativas consideradas a partir de su propia condición de detenidos. No nos proponíamos conocer la “verdad” si eso fuera posible, de la vida en

* Licenciado en Educación, Profesor Adjunto Ordinario de la Universidad Nacional de Quilmes e integrante del Equipo de Investigación del Gesvip (Grupo de Estudio de la Vida Penitenciaria) UNQ

¹ El proyecto de Investigación es dirigido por el Lic Rodolfo Brardinelli, siendo integrantes del mismo la Lic. Nora Dari, Matias Penos, Flavia Perugia, y el Lic Marcelo Fraga por la UNQ y Claudia Cesaroni, Silvana Garbi y Orlando Aguirre por el CEPOC

² Aquellos a los que les interese conocer la metodología y desarrollo del proyecto pueden consultar el Proyecto e Informe de avance dirigiéndose a la dirección de correo electrónico del GESVIP gesvip@unq.edu.ar

prisión, sino la manera en que los detenidos sentían, pensaban y expresaban su propia situación de detenidos, sus historias de vida, y las consecuencias que la condena le significaban.

Al mismo tiempo debo precisar que no fue posible acceder a todo el conjunto de detenidos condenados a prisión perpetua, por las condiciones particulares en que se investiga en la Argentina, en cuanto a las restricciones siempre presentes, no solo económicas sino también de la propia condición en la que el investigador desempeña su tarea. Por tal motivo tuvimos que focalizar nuestra indagación en un universo que pudiera ser accesible de acuerdo a los tiempos y recursos previstos del proyecto y que sin embargo no perdiera la riqueza y variedad del universo, por ello focalizamos nuestra indagación en los detenidos alojados en las Unidades del SPB ubicadas territorialmente en el conurbano bonaerense y La Plata. Sin embargo la vida de los detenidos en las unidades más alejadas (azul, Sierra Chica, etc.) aparecen con frecuencia inscriptas en la propia historia carcelaria de los entrevistados como sus primeros destinos y surgen en los relatos que ellos hacen de su vida en prisión.

Otro aspecto a considerar y que permite revelar los límites de nuestra indagación se refieren a las dificultades en el acceso a la información documental, a las propias unidades penitenciarias, y a los propios detenidos. El primer obstáculo que tuvimos que sortear, luego de la suscripción del convenio entre el SPB y la UNQ, fue la obtención del listados de detenidos condenados a prisión/reclusión perpetua, fueron varios nuestros pedidos y varios los listados incompletos suministrados por el SPB lo que no nos permitía tener una idea de la extensión del universo. Sucesivamente fuimos detectando omisiones en los listados, repeticiones e inclusiones de detenidos cuya condena no correspondía al universo por nosotros investigado, finalmente y tras un año de gestiones diversas obtuvimos un listado que aunque no podemos asegurar que este libre de errores puede considerarse bastante aproximado a la realidad.

El acceso a las unidades tampoco fue una tarea libre de dificultades, a pesar del convenio firmado por el SPB y la UNQ que autorizaba nuestro ingreso a las Unidades del SPB, fuimos sometidos en un número importante de oportunidades a un riguroso repertorio de preguntas por parte de las autoridades del penal, también fue un lugar común las esperas para ser atendidos y para lograr la entrevista con los detenidos. A ello debe agregarse la renuencia de algunos detenidos a ser entrevistados, aunque no podemos afirmar que tal renuencia tenga que ver necesariamente con la decisión del detenido ya que fue el SPB quienes les comunicaron a los detenidos nuestra presencia y el mismo Servicio quienes nos hacía saber sobre la decisión del detenido.

Tampoco puede obviarse dificultades derivadas de la propia situación de vida carcelaria, la renuencia del detenido por encontrarse en el horario de visitas, o bien en el patio y el temor a ser considerado "buchon" por sus compañeros de encierro, imposibilitaron algunas veces la entrevista. Malestares y amenazas de motines en las unidades también impidieron nuestro ingreso a las unidades y nos obligaron a realizar nuevas visitas.

De todos modos es justo reconocer que sin la predisposición de muchos de los funcionarios y agentes del servicio penitenciario y fundamentalmente sin la colaboración de los propios detenidos este proyecto no hubiera sido posible.

De los muchos aspectos relevados en el proyecto, a los efectos de este trabajo nos focalizaremos en aquellos que dan cuenta de lo educativo, dada mi formación de base, Licenciado en Educación, elegir presentar estos

aspectos, parecería ser una elección obvia. Sin embargo los motivos de mi elección, no provienen de mi historia de formación en las Ciencias de la Educación, sino en una situación vivida en circunstancias de tener que realizar una entrevista en una Unidad del SPB.

La entrevista en cuestión, se frustró por la negativa del detenido a ser entrevistado, al menos, así me fue comunicado por el personal del SPB, sin embargo esa visita a la Unidad me dio la posibilidad de observar la imagen de un ritual que todos hemos tenido la oportunidad de presenciar en nuestra biografía escolar y en la de nuestros hijos. El Acto de fin de curso o bien de fin del año escolar, solo que en esta oportunidad, este acto se desarrollaba en una escuela "encerrada" en una Unidad Penitenciaria.

Y digo una escuela encerrada, porque la imagen arquitectónica del lugar no era otra que la de una escuela "presa", rodeada de una alambrada que delimitaba el afuera y el adentro, en el interior mismo de una organización, la cárcel, que no solo mediante muros delimita otro afuera y otro adentro.

Si no fuera por la dificultad de abstraerse del tránsito desde la calle al interior del Penal, la espera obligada hasta autorizarnos el ingreso, las explicaciones de rigor sobre los motivos de la visita, las miradas de sospecha del personal del SPB, el desprendimiento de nuestros documentos, llaves y celulares, etc. podría haber pensado que me encontraba en cualquiera de las escuelas de la Provincia de Buenos Aires en las que ese mismo día se desarrollaba la misma escena que estaba presenciando dentro de esa escuela "encerrada".

Este proyecto es mi primer acercamiento al problema del encierro, hasta entonces la cárcel, me era ajena, y más allá de adherir intuitivamente a algunos discursos sobre la necesidad de mejorar las cárceles, los problemas de superpoblación, los maltratos, etc. era uno más de aquella "mayoría silenciosa" para quien la cárcel es aquello que se encuentra tras los muros y a lo que solo nos asomamos a través de su versión hollywoodense, o la más actual versión Reality. A partir de aquella entrevista empecé a intuir que la cuestión educativa en contextos de encierro resultaba un espacio interesante para considerar desde la Política Educativa.

Quiero compartir con ustedes parte de un trabajo que junto con otros compañeros del Seminario Teoría y Métodos de Administración y Gestión de la Educación correspondiente a la Maestría en política y Gestión de la Educación UNLu, elaboramos a instancias de un ejercicio propuesto por el Profesor Beltran Llavador.

Se trataba de elaborar un caso que pudiera dar cuenta de los temas expuestos durante la jornada, temas que tenían que ver con la delimitación de las organizaciones, las metas, estructuras y culturas.

Yo conté entonces aquella visita al penal, esa imagen de una organización dentro de otra, de rituales, metas, regulaciones y sujetos que no parecían corresponderse.

El grupo entonces elaboro un relato ficcional del que me gustaría compartir un extracto, desde ya mis disculpas por la escasa calidad literaria del texto:

"Q era de baja estatura, morocho, de rostro aindiado, era el mayor de sus compañeros. Tal vez por eso, o por su natural tendencia al silencio y su natural costumbre de aceptar con resignación las órdenes y mandatos, había sido elegido abanderado.

Calzaba sus mejores zapatillas, su pantalón azul y la camisa de los días especiales. Cuando llegó el momento, entró en el improvisado escenario acompañado de sus escoltas y llevando con orgullo la bandera celeste y blanca, tan limpia y planchada como su camisa.

El improvisado escenario se encontraba entre dos árboles sobre el patio de tierra de la escuela. Sentados en semicírculo los alumnos y un poco más allá algunos familiares.

A espaldas del escenario se levantaba la escolita, un edificio modesto, con apenas 4 aulas y un par de oficinas, techo a dos aguas y el exterior pintado en vivos colores. De las paredes interiores colgaban láminas y trabajos realizados en el año.

La Señorita Marta, Directora, egresada del Normal, estaba igual que en aquel primer día de clase, con su guardapolvo blanco y su prolijo peinado recogido, en el centro del escenario. Tomó el micrófono y con voz clara inundó el patio de la escolita para despedir "el ciclo lectivo" y felicitar a los que terminaban la escuela primaria. Resaltaba el sacrificio realizado por alumnos, destacó la disciplina, el buen comportamiento, el cuidado de la escuela. Hablo de la emoción, la alegría y la tristeza de un final de ciclo, alumnos que luego de varios años dejan la escuela, pero que gracias a eso pueden salir al mundo porque la educación dijo la Señorita Marta "nos hace libres"

La Señorita Olga y la Señorita Cristina fueron nombrando uno a uno a los egresados, quienes en el orden previsto subían al escenario a recibir sus diplomas.

En pocos minutos tras las palabras finales de la Directora y los saludos personales el acto llegó a su fin.

La directora y las maestras comentaron antes de salir lo lindo que había salido el acto y lo bien que se comportaron los "chicos" como ellas solían llamarlos, recogieron sus carteras, bolsas con regalos hechos por sus mismos alumnos, cartulinas, láminas, libros y útiles escolares, testigos de un año de trabajo y se dispusieron a salir.

Q estaba doblando la bandera y guardándola prolijamente en el lugar debido.

Camino hacia la puerta y salió al pasillo, algunos compañeros que estaban jugando un partido de fútbol en la canchita de enfrente lo felicitaros, tendiéndole la mano entre el alambrado.

Siguió caminando por el largo pasillo, hasta la reja del módulo E de media, allí el guardia lo saludó, abrió el candado y se apartó para darle paso, otro pasillo, otro guardia, otra reja y entro al pabellón de población, se fue a su celda, se sacó las zapatillas y la ropa de los días de visita, aunque hacía rato no tenía ninguna, y se dispuso a matar el tiempo acomodando la celda, luego vendría el engome, las luces que se apagan y a acostarse esperando no ser despertado por la requisa."

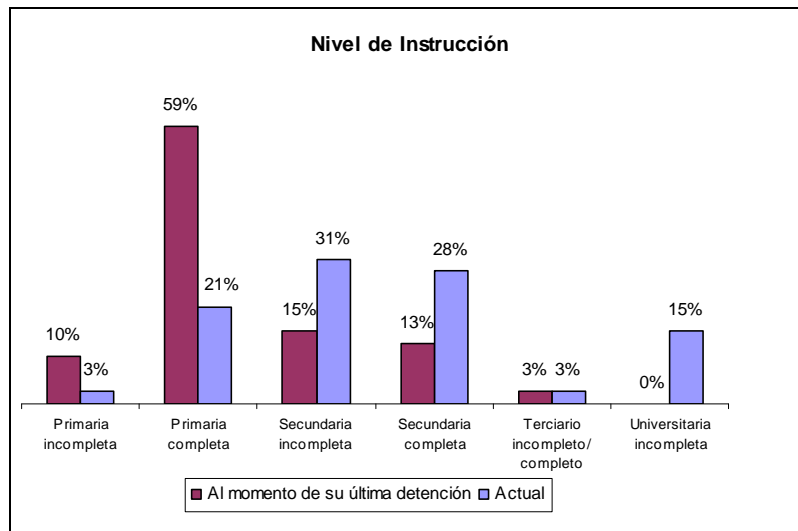
La construcción de casos es un ejercicio didáctico que permite poner en juego categorías y conceptos en el contexto de una situación ficcionada pero con base real. Aunque el caso no fue pensado para esta oportunidad, al preparar esta ponencia, me pareció pertinente su inclusión, de alguna manera relata el caso de uno de los tantos detenidos que como veremos han transitado su educación íntegramente en la cárcel.

Al compartir el caso intento introducirnos en el mundo de la escuela en contextos de encierro, y al mismo tiempo los invito, de alguna manera, a que me acompañen en el trayecto de pensar la educación en cárceles, que yo fui siguiendo y del que esta ponencia es resultado. Obviamente esta parte del relato da cuenta de una primera mirada sobre la educación en cárceles, una mirada en la que la escuela era observada como una institución de disciplinamiento, dentro de otra, la última de las instituciones de disciplinamiento, cuando todas las demás "fracasan".

Por ahora dejemos aquí aquella escena, sobre la que volveremos luego, antes vamos a presentar algunos aspectos que pudimos relevar a partir de la encuesta suministrada a detenidos condenados a prisión perpetua en unidades del SPB y que hemos sintetizado en algunos gráficos que presentamos a continuación:

Nivel de Instrucción

Se les pregunto a los encuestados sobre su nivel de Instrucción actual y al momento de su detención. Del procesamiento de las encuestas pudimos elaborar el siguiente gráfico.



Se observa que el Nivel de Instrucción al momento de su detención es uno más de los indicadores que nos permite reconocer el origen social de los detenidos condenados a prisión perpetua en el SPB. Al mismo tiempo da cuenta, como decíamos anteriormente de la discriminación educativa y de las dificultades para hacer realidad la obligatoriedad de la educación básica.

Puede observarse en este primer gráfico que 7 de cada 10 encuestados alcanzan únicamente el nivel primario de instrucción, 6 de cada 10 completan la escuela primaria mientras que 1 de cada diez no llega a completarla. Menos de 3 de cada 10 han tenido algún grado de progreso en la educación media. En el otro extremo del sistema educativo solo un 3 por ciento alcanzó la educación superior (no universitaria) aunque sin completarlo y ninguno ha tenido acceso a estudios Universitarios.

Es importante destacar que estos datos dan cuenta de la situación educativa de un grupo particular de detenidos en el SPB, que por la naturaleza de sus delitos y la duración de sus condenas no representa al conjunto de los detenidos en unidades del SPB. Es de esperar que la situación educativa de la población general en las Unidades del SPB sea aún mucho más grave.

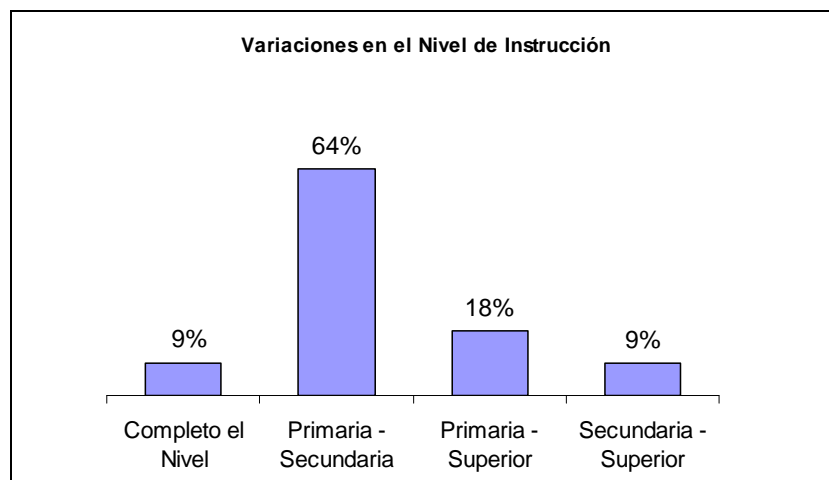
Al momento de la administración de la encuesta se puede observar que el nivel de instrucción ha mejorado significativamente respecto a su situación inicial. Seis de cada diez ha alcanzado la educación media contra los menos de tres que lo habían hecho antes de su detención, y un número importante se encuentra transitando el nivel de Educación Superior Universitario.

En el siguiente gráfico podemos observar que seis de cada diez encuestados han modificado su nivel de instrucción en relación al momento de su detención.



Al poner en relación el Nivel de instrucción al momento de la detención con el nivel de instrucción en la actualidad observamos cambios importantes que probablemente impliquen a su vez cambios en la subjetividad de los condenados a prisión perpetua a partir de su trayectoria educativa dentro de prisión. Cambios que pueden tener consecuencias sobre la vida en prisión, sobre los modos de relacionarse con sus compañeros, y con los agentes del SPB.

En el próximo gráfico podemos observar la magnitud y naturaleza de los cambios en el nivel de instrucción de los condenados a prisión perpetua en las Unidades del SPB.



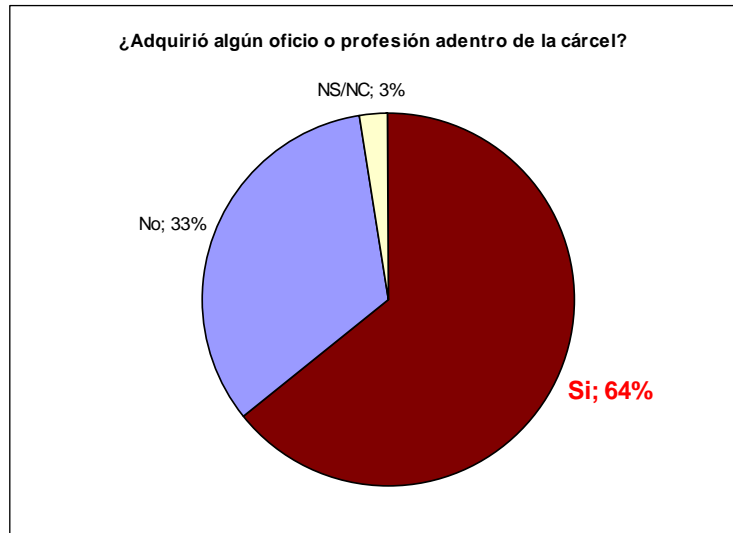
Puede observarse que uno de cada diez ha completado el nivel de estudios que tenía al momento de su detención sea esta educación primaria o media. Mientras que seis de cada diez han progresado desde el nivel primario a la educación media, no se tiene en cuenta aquí si se trata del nivel de instrucción completo o incompleto. Al observar el conjunto de los que se encuentran transitando la educación superior, podemos observar que prácticamente dos de cada diez tenían al momento de su detención algún grado de educación primaria, este grupo ha realizado toda su educación en calidad de detenido, y poco menos de uno de cada diez se encuentran realizando estudios Superiores habiendo partido de algún grado de educación media.

Cuando nos referimos a educación Superior en la cárcel se trata en su totalidad de estudios universitarios ya que la oferta de estudios terciarios en las unidades del SPB es escasa o nula.

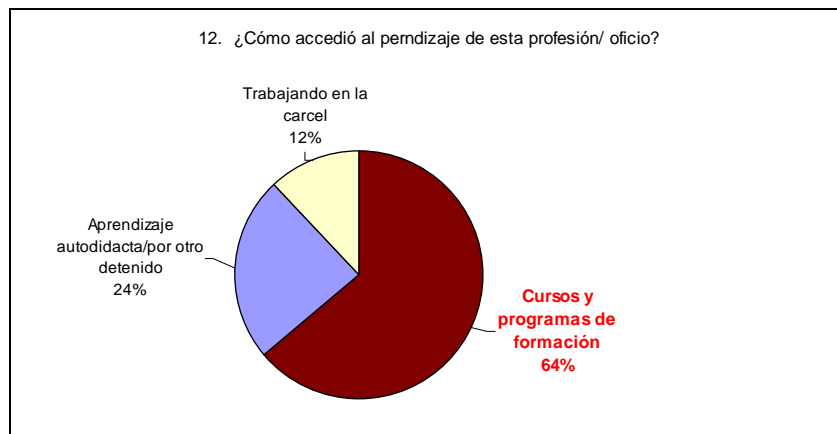
Aprendizaje de Oficios

Otro aspecto que hace a situaciones de aprendizaje en la cárcel se refiere al aprendizaje de profesiones u oficios. Es importante detenernos en el hecho que el aprendizaje de oficios no tiene el mismo significado que el progreso en el nivel de instrucción. El aprendizaje de oficios tendría por objetivo la inserción laboral del detenido sea una vez obtenida su liberación o bien durante la duración de su condena. Por su parte el nivel de instrucción tiene implicancias en la construcción de la subjetividad que va mucho más allá de la formación para el trabajo.

En el siguiente gráfico podemos observar que algo más de seis de cada diez encuestados han aprendido algún oficio o profesión durante el periodo de su detención.

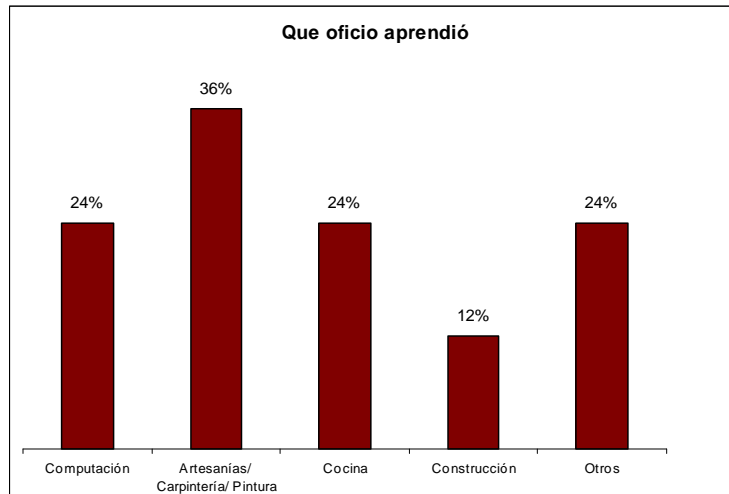


Indagando sobre la manera en que accedieron al aprendizaje del oficio y/o profesión puede observarse la importancia de los cursos o programas de formación ofrecidos por el SPB.



A la pregunta ¿Cómo accedió al aprendizaje de esta profesión/ oficio? Un poco más de seis de cada diez responde que lo hizo a través de cursos o programas de formación brindados por el SPB.

Cuando indagamos sobre las características de las profesiones u oficios aprendidos encontramos que la distribución de los mismos es la que sigue.



Se observa un importante peso en el aprendizaje de oficios u ocupaciones relacionadas a las tareas o trabajos a los que se puede acceder estando detenidos tales como cocina y construcción, tareas siempre necesarias en las unidades del SPB. Dentro del grupo que responde Otros oficios o profesiones resulta de interés algunas respuestas referidas a la "redacción de escritos judiciales" una tarea de sumo interés dentro de la cárcel y que sitúa al detenido que sabe realizar esta tarea en un lugar relevante en el entramado social de la cárcel.

Tal como observamos en los gráficos, un importante número de personas condenadas a prisión perpetua han tenido toda su biografía escolar en el encierro. El ejercicio al que hice referencia anteriormente continuó y día a día del seminario debíamos ir complejizando el caso, para dar lugar a los temas y conceptos que íbamos desarrollando. Al finalizar la semana nuestro caso ficcionado, convertido ya en un cuento llegaba también a su fin y encontraba a nuestro personaje a punto de recibirse de abogado.

Q despertó como todos los días a las 6,30 de la mañana, luego del mate cocido que oficiaba de desayunos, se instaló como siempre en la oficina del Centro Universitario, de a poco fueron llegando sus compañeros Luis que estudiaba Sociología, Pedro Psicología, y otros tres que como Q estudiaban Derecho.

-¿Y cacho? Pregunto Q

-Engomado –respondió Luis – ayer en su pabellón hubo quilombo se agarraron a facasos el garza y el polaquito.

El Garza tenía "cartel" era un experimentado asaltante de bancos "solo robaba a los ricos" decía el y el Polaquito un pibe de 20 años, adicto al paco que mató a una anciana para robarle 20 pesos.

Ven –intervino Pedro –cambio todo, ahora en los pabellones estamos todos mezclados, y cada vez hay más peleas. A lo que el resto asintió.

Bueno dijo Q, metámonos en la cuestión –Ayer trasladaron a Roque, que había empezado a estudiar –

Si cada vez se complica más –acoto otro de los estudiantes de Derecho- que la camioneta, que falta personal, que no hay gasoil, y después de estudiar nos quedamos sin ir a rendir los finales a la facultad.

Yo hable ayer con García el Director de Población, y lo puse al tanto de los inconvenientes que tenemos para estudiar.

Viste que el esta con nosotros, me contó que en la 81 cerraron el Centro Universitario, con la excusa que necesitaban las aulas para construir celdas. Le conté que acá el jefe del Penal todavía no nos entrego los libros que nos donaron para la biblioteca. Y de la sanción que le pusieron a Juan por contestarle al guardia, al peladito, el nuevo, que no lo dejaba ingresar a la biblioteca para estudiar.

Ese sí esta con bronca, -intervino otro- vive en mi barrio, apenas pudo entrar al Servicio, no le daba ni la cabeza ni la plata para hacer otra cosa, y ve que nosotros estamos a punto de recibirnos, sabemos hablar y no necesitamos la faca para hacernos respetar ni nos dejamos correr con el "Si señor, no señor"

La escena inicial del caso nos presenta una primera imagen de la relación escuela- cárcel en donde ambas instituciones parecen complementarse, en donde una "la cárcel" es la última de un complejo de instituciones de disciplinamiento y control de la que la otra "la escuela" es una de las primeras. La cárcel aparece como la organización necesaria cuando todas las anteriores han fracasado.

El "preso" como objeto de la institución carcelaria, es a su vez objeto alumno de la institución escolar. Al protagonista del relato se lo despersonaliza convirtiéndolo en objeto de control carcelario y se lo infantiliza en el contexto del dispositivo escolar.

La trama institucional que se configura cuando hablamos de la educación en contextos de encierro es la de una organización dentro de otra, cuyas prácticas y normativas no siempre se corresponden. Se trata de una institución, la cárcel, cuyo fundamento es el castigo, dentro de la cual, se delimita otra institución la escuela cuyo fundamento según ha sido enunciado puede ser la construcción de subjetividades y la autonomía del sujeto o bien el disciplinamiento y reproducción social. En el caso de la educación en cárceles la escuela parecería cumplir más un rol relacionado a la construcción de subjetividades que al disciplinamiento siendo la contradicción regulación y autonomía propias de cada una de las instituciones cárcel-escuela la causa de muchas de las tensiones.

En el final del caso ficcionado, al contrario del comienzo del relato, el protagonista ya no aparece despersonalizado, ni infantilizado, se ha convertido en sujeto, y se asume como sujeto político.

Tanto en el relato/cuento como en las entrevistas realizadas surge que esa modificación en el nivel de instrucción incide significativamente en la construcción de nuevas subjetividades, y sentidos. Una característica de las instituciones totales, y la cárcel es una de ellas es la existencia de "procedimientos de mortificación del yo", la educación en este contexto funciona como un salvavidas, como una posibilidad de recuperación del yo mortificado.

De las entrevistas podemos inferir que aquellos detenidos que se encuentran cursando estudios universitarios han podido escapar al proceso de masificación y cosificación al que son sometidos en el contexto de la cárcel como institución total, ha podido reconstruir su subjetividad, han podido recuperar la identidad y con ello logrado ocupar un lugar particular en el entramado social de la cárcel.

Teniendo en cuenta la extensión de este trabajo y lamentando no poder profundizar sobre las entrevistas, no recuperar y exponer en este ámbito las "voces de los detenidos" quería sin embargo recuperar algunas pocas frases que nos permitan ilustrar desde las mismas palabras de los entrevistados lo que la escuela representa y de que modo la misma influye en la construcción de subjetividades.

"A partir del estudio empecé a darme cuenta que, a los que siempre estuvieron sometidos, que había algo para hacer, que uno no se da cuenta, que había algo para hacer."

"Ese cartel ya no nos sirve, no nos sirve ..."

"yo siempre digo, cambié más cuando accedí a la escuela, hasta en eso la escuela me cambió. Me formó como persona ¿Si te digo que estuve un año sin bañarme qué me decís?"

Ser estudiante es ocupar un lugar particular un signo de identidad dentro de la cárcel, de alguna manera es sustraerse al menos parcialmente de la situación de detenido.

"Hoy estamos del lado bueno. Cuando vine al pabellón, entré, todos saben que vengo para estudiar, y saben que estudio, ya estoy como un estudiante"

De las entrevistas también surge que ser estudiante no es fácil, tal como lo muestra nuestro relato ficcional, los traslados, los engomes, etc. son situaciones que conspiran contra las posibilidades de los detenidos de concluir sus estudios, ser estudiante es algo que se conquista.

"en la facultad ni me anotaron, no soy alumno regular, soy oyente, y tengo un oficio en el juzgado que me anote en las treinta y tres materias si quiero. Quedé afuera por una negligencia del servicio, por eso no soy un alumno que figure en un listado, por eso soy oyente, pero tengo la autorización para ir."

"tuve que pelear, en la forma de decir, así teórico, con el juzgado, para que me autorice a estudiar, tuve que renegar para salir a la Facultad."

"en el dos mil me dan el traslado a Jujuy por acercamiento familiar, es tuve cinco años en la cárcel de Jujuy, en la 1. Me volví porque no podía seguir estudiando allá."

Lo que también surge de las entrevistas es que no siempre la elección de estudiar tiene que ver con el ideal de un proyecto personal, se trata también en algunos casos de mejorar la situación dentro de la cárcel, como también mejorar la situación procesal.

"...pedí a los jueces el traslado hacia La Plata. Se sorprendieron porque tengo mi hermano que vive en Bahía Blanca, mi hermana que está a ciento ochenta kilómetros, y "¿cómo se va a ir a allá? Mire señor, la condena usted la sabe mejor que yo y ¿cómo la puedo levantar o al menos, nivelarla? Estudiando"

En la segunda parte del relato ficcionado, así como también lo atestiguan las voces de los entrevistados, el estudiante preso puede sustraerse al menos parcialmente de su condición de "preso" ya no se define de acuerdo a la clasificación a la que es sometido, se asume con una nueva identidad. En palabras de Lewkowicz (1996) "El estudiante preso se resiste a ser tomado como preso en la prisión; no puede ser capturado integralmente como preso en la prisión en la que está apresado. El estudiante preso, si bien está preso, no es preso -voluntad única del actual sistema carcelario- sino estudiante."

Lamentablemente el aspecto educativo no ocupa un mayor espacio en nuestra indagación, cuando fuimos elaborando el formulario de entrevista cada uno de los participantes fuimos introduciendo algunos tópicos en virtud de las intereses de cada participante del proyecto. El nivel de instrucción apareció como un dato más de la descripción de la situación del condenado a prisión perpetua, siento ahora, haber desaprovechado la oportunidad de internarme más profundamente en un mundo que no solo resulta de interés sino que debe ser problematizado, y objeto de la política educativa.

BIBLIOGRAFÍA

BERISTAIN, A S.J. (2005) "La cárcel como factor de configuración social" en Revista *Contratiempo* Año V N° 7 / Invierno-Primavera 2005 (en línea) http://www.revistacontratiempo.com.ar/beristain_carcel.htm (consultado julio de 2009)

BLAZICH G y GRACIA DE MILLÁN (2006) "Estudio de situación de la educación en contextos de encierro en las ciudades de Corrientes y Resistencia" en *Comunicaciones Científicas y Tecnológicas UNNE* (en línea) www.unne.edu.ar/Web/cyt/cyt2006/01-Sociales/2006-S-073.pdf (consultado 12 de junio de 2009)

BLAZICH, G. (2007) "La educación en contextos de encierro" en *Revista Iberoamericana de Educación* - Número 44 (en línea) <http://www.rieoei.org/rie44a03.htm> (consultado 12 de junio de 2009)

FOUCAULT, M (1998): *Vigilar y castigar*. Madrid: Siglo XXI

GOFFMAN E. (1961) "*Internados*". *Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Editorial Amorroutu. 1998

LEWKOWICZ I, (1996) "La situación carcelaria" en Diego Zerba (comp.) *El malestar en el sistema carcelario* 1996 (en línea) <http://www.estudiolwz.com.ar/protoWeb/lwzArchGral/art/SituacionCarcelaria.pdf> (consultado 1 de Junio de 2009)

SCARFÓ, F. (2005) "Aproximación al perfil del educador de escuelas con sede en cárceles" Revista *Contratiempo* Año V N° 7 / Invierno-Primavera 2005 (en línea) <http://www.revistacontratiempo.com.ar/gesec2.htm> (consultado 12 de junio de 2009)

EL ESTEREOTIPO DEL JOVEN DELINCUENTE EN LA ÚLTIMA DÉCADA A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

**Por Mariela González, Diego Freedman,
Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni**

RESUMEN

El sistema penal actúa sobre la base de un estereotipo del delincuente que determina qué casos son los que se judicializan. El sistema penal juvenil no ha sido ajeno a este proceso de criminalización secundaria selectivo sobre la base de un estereotipo. Durante la vigencia de la ley de patronato y el régimen penal complementario el estereotipo del delincuente juvenil estaba definido en la ley como una situación de abandono material o peligro moral que justificaba la adopción de medidas judiciales tutelares. La definición diseñada a principios del siglo XX se dirigía principalmente a los hijos de los inmigrantes de escasos recursos económicos, luego, este estereotipo se dirigió a la infancia urbana pobre.

En los últimos diez años, se produjeron reformas legales y los operadores judiciales comenzaron a aplicar con mayor asiduidad las normas internacionales de derechos humanos. ¿Pero esas reformas repercutieron en una modificación de la selectividad del sistema?

PALABRAS CLAVE

Niños, niñas y adolescentes. Estereotipo criminal. Criminología. Política criminal. Derecho penal. Garantías constitucionales.

THE YOUNG CRIMINAL STEREOTYPE IN THE LAST DECADE THROUGH THE JURISPRUDENCE

By Mariela González, Diego Freedman,
Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni

ABSTRACT

The criminal justice system acts based on a stereotype of the criminal that determines which cases are going to be taken in to justice. The young criminal justice system has not been strange to this process of secondary and selective criminalization based on a stereotype. During the use of the patronage law and the criminal and complementary regime, the juvenile stereotype was defined in the law as a situation of material abandon or moral danger that justifies the application of tutelary and judicial measures. The definition designed in the early of the 20th century was directed principally to the child's immigrants of lower economics resources, then, this stereotype was directed to the poor urban childhood.

In the last ten years, legal reforms were produced and the judicial operators started to apply more commonly the international norms of human rights. ¿But those reforms had any effects in the modification of the system selectivity?

KEYWORDS

Childhood. Criminal stereotype. Criminology. Criminal Policy. Criminal law. Constitutional rights.

EL ESTEREOTIPO DEL JOVEN DELINCUENTE EN LA ÚLTIMA DÉCADA A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA¹

Por Mariela González,* Diego Freedman,**
Mariano Kierszenbaum*** y Martiniano Terragni****

1. Introducción

Mediante la criminalización secundaria el sistema penal actúa, en general, sobre la base de un estereotipo del delincuente, por el cual selecciona dentro del universo de delitos cometidos los que finalmente se judicializan. Si uno se detiene en el discurso y las prácticas de los operadores, en general se advierte que el estereotipo del delincuente aparece caracterizado por su posición socio-económica, su país de origen en el caso de los inmigrantes, su lugar de residencia y su aspecto físico. De modo que la criminalización que predomina es la que recae sobre los sectores más vulnerables de la sociedad².

El sistema penal juvenil en sus prácticas más conservadoras no ha sido ajeno a este proceso de criminalización secundaria predominantemente selectivo sobre la base de un estereotipo³. Durante la vigencia de la Ley de Patronato y el régimen penal complementario el estereotipo del delincuente juvenil estaba definido en la

¹ Ponencia elaborada en el marco del Proyecto UBACYT 2008—2010, "La justicia penal frente a los delitos atribuidos a personas menores de dieciséis años de edad" (Directora Prof. Mary BELOFF).

* Abogada (UBA)

** Abogado (UBA)

*** Abogado (UBA)

**** Abogado (UBA)

² De manera genérica, sostiene BARATTA que "Investigaciones empíricas han puesto de relieve las diferencias de actitud emotiva y valorativa de los jueces, inconsciente, a tendencias de juzgamiento diversificadas, según la pertenencia social de los imputados y relativas tanto a la apreciación del elemento subjetivo del delito (dolo, culpa), como al carácter sintomático del delito frente a la personalidad (prognosis sobre la conducta futura del imputado) y, por tanto, a la individualización y a la conmensuración de la pena desde estos puntos de vista. La distribución de las definiciones de criminal, se resiente, por ello, de modo particular como efecto de la diferenciación social. En general puede afirmarse que hay una tendencia por parte de los jueces a esperar un comportamiento conforme a la ley de los individuos pertenecientes a los estratos medios y superiores; lo inverso acontece respecto de los individuos provenientes de los estratos inferiores", ob. cit, ps. 186 y 187. A conclusiones similares ha llegado PAVARINI (1980, ps. 147 y 148) cuando describe el proceso de criminalización secundaria. En nuestro medio, se ha afirmado que "Los hechos más groseros cometidos por personas sin acceso positivo a la comunicación terminan siendo proyectados por ésta como *los únicos delitos* y las personas seleccionadas como *los únicos delincuentes*. Esto último les proporciona una imagen comunicacional negativa, que contribuye a crear un *estereotipo* en el imaginario colectivo. Por tratarse de *personas desvaloradas*, es posible asociarles todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de *prejuicio*, lo que termina fijando una *imagen pública del delincuente*, con componentes clasistas, racistas, etarios, de género y estéticos. El estereotipo acaba siendo el principal criterio selectivo de criminalización secundaria, por lo cual son observables ciertas *regularidades de la población penitenciaria*", (ZAFFARONI y otros, 2000, p. 8).

³ PLATT (1969, p. 68) describe la imagen del criminal que se tuvo en los Estados Unidos al momento de diseñar la Justicia Juvenil. Al respecto aclara que "los expertos solían coincidir en que los criminales estaban condicionados *anormalmente* por factores biológicos y ambientales [...] A la imagen de la depravación natural se sumaba la de la corrupción urbana. Los reformadores hacían hincapié en los rasgos desordenados de la vida urbana y alentaban programas correctivos que incorporaban los conceptos de grupo rural y primario". Este modelo y su discurso fue replicado en nuestro país a principios del siglo XX. Jean CHAZAL (1958), en su momento Presidente de la Asociación Internacional de Jueces de Menores, describió también las características del joven delincuente asociándolo a circunstancias familiares, sociales y económicas. Por su parte, MIDDENDORFF (1956, p. 25) sostuvo la vinculación entre el vagabundeo y la comisión de delitos contra la propiedad privada y asoció al delincuente juvenil con factores como el origen nacional, las características familiares, el consumo de estupefacientes, entre otros.

normativa como una situación de abandono material o peligro moral que justificaba la adopción de medidas judiciales tutelares de distinta intensidad. Esta definición fue diseñada a principios del siglo XX y se dirigía principalmente a los hijos de los inmigrantes de escasos recursos económicos, que muchas veces debían realizar trabajos informales o participaban de actos políticos socialistas o anarquistas⁴. Con el correr del tiempo, este estereotipo se dirigió casi exclusivamente a la infancia urbana pobre⁵ justificándose el dictado de medidas judiciales por la falta de sostén familiar⁶. Podemos decir que en ese momento histórico, la intervención judicial se justificaba primordialmente a partir del estereotipo y que con cierto grado de frecuencia se aplicaron medidas restrictivas de la libertad en instituciones con condiciones similares a las carcelarias.

En los últimos diez años, se produjeron reformas legales en el ámbito nacional y provincial⁷, a la vez que los operadores judiciales comenzaron a aplicar con mayor asiduidad las normas internacionales de derechos humanos⁸, lo cual derivó en un notorio cambio en las prácticas. Es posible advertir que estas nuevas prácticas generaron en algunas jurisdicciones un menor uso del sistema penal y de la privación de la libertad como respuesta frente al delito penal juvenil.

En el presente trabajo se intentará comenzar a indagar si estas nuevas prácticas en el ámbito de la justicia penal juvenil han significado que la criminalización secundaria sea guiada por otro estereotipo del delincuente juvenil o, por el contrario, aún se mantienen los mismos criterios selectivos de las prácticas tutelares más tradicionales.

Este estudio se basará en un relevamiento exploratorio de la jurisprudencia precisando los casos y los argumentos que justifican la intervención judicial. El carácter exploratorio (HERNÁNDEZ SAMPIERI y otros, 1997) se

⁴ Ver el análisis histórico realizado en DAROQUI y GUEMUREMAN, 1999. Allí se sostiene que "Con el transcurso de los años quedó evidenciado que el transfondo implícito de esta ley [nro. 10.903], era la idea de defensa social, de profunda raigambre positivista y peligrosista. La idea del utilitarismo penal de preservar a una mayoría no desviada de los 'ataques' de una minoría que sí lo era —no importaba que en potencia o en acto—", p. 49. La jurisprudencia clásica falló sobre el punto que "La internación del menor en instituto especializado de régimen cerrado no tiene el mismo alcance cautelar que el que la doctrina procesal asigna a la prisión preventiva de los mayores. Pues, en lo que tiene de cautelar, la internación obedece, primaria y fundamentalmente, a evitar que el menor que evidencia grave desviación de conducta según la imputación que se le hace, se sustraiga a la actuación de la justicia y de esa manera eluda la observación y tratamiento de su conducta ulterior al hecho que han de tender, con prioridad, al objetivo de evitar la imposición de la pena al momento en el que el juez o tribunal debe ejercitar las opciones que le ofrece el art. 4° de la ley 22.278 ..." (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa n° 3.544, "O., M. A. s/recurso de casación", causa n° 3.544, del 17/07/01). Además: "Se defiende mejor a la sociedad protegiendo al joven, sometiéndolo a un tratamiento individualizado tutelar que castigándolo y estigmatizándolo con la condena penal y la privación de su libertad en un establecimiento carcelario ... En el menor, la comisión del delito solo es tenida en cuenta como un síntoma de la necesidad de atención y protección que este presenta. Las medidas de tratamiento están destinadas a corregir las conductas o acciones que habiendo sido desarrolladas por un menor lo presentan como carente de hábitos y suficiente educación como para desenvolverse en el medio social que lo circunda." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, causa n° 23.744, "C., L.", del 09/03/04).

⁵ DAROQUI y GUEMUREMAN (1999, p. 55) explican que la Justicia de Menores respondía frente a las conflictividades de la infancia pobre en las villas y asentamientos urbanos. Una crítica jurídica desde la normativa constitucional y de derechos humanos a estas prácticas ha sido realizada por Mary BELOFF (2004).

⁶ Así, "Si los distintos informes y constancias demuestran la mejoría que el joven experimentaba cuando se hallaba contenido y con actividades por realizar y contrariamente, sus salidas invariablemente culminaban en un hecho delictivo, en su retorno a un ámbito que ha sido calificado de nefasto para su bienestar e, incluso, en dos oportunidades tuvo que ser hospitalizado por heridas de bala; máxime si carece de familia -padre, madre y hermano fallecidos-, habita en un barrio más que peligroso, frecuente gente también peligrosa, parece poseer una adicción a los estupefacientes que no puede superar, y su abuela -único familiar- no puede contenerlo. Por ello, si conforme también lo considerara la defensora pública de menores, sólo un adecuado tratamiento del menor que permita su protección, reintegración y resocialización, es aquello que respetará y se adecuará a su interés superior, y no su sola externación sin ningún tipo de control, debe homologarse el auto de primera instancia que no hizo lugar al pedido de la defensa de externación del menor" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala de Feria A, causa n° 231, "M., E. M.", del 28/01/04).

⁷ Varias provincias dictaron leyes que reemplazaron a la normativa locales compatibles con la ley 10.903. Por otro lado, la Nación derogó formalmente mediante la ley 26.061, ya que en el ámbito local de la Ciudad de Buenos Aires ya se había producido su derogación por la ley 114.

⁸ Ver los avances jurisprudenciales en TERRAGNI (2007, p. 1113-1122).

debe a la dificultad de acceder a las decisiones de la Justicia de Menores debido a que los expedientes son reservados y excepcionalmente son editadas en publicaciones jurídicas. Por ende, sólo hemos podido analizar veintisiete casos de jurisprudencia de tribunales con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo cual nos permite obtener ciertas conclusiones preliminares, que son de importancia para construir una hipótesis y guiar futuras investigaciones y relevamientos.

2. Los casos

En el conjunto de casos que hemos observado tuvimos en cuenta (a) la franja etaria del menor (menor de dieciséis años —no punible— o entre dieciséis y dieciocho años —punible—); (b) el delito investigado; (c) el/los tribunal/es interviniente/s, (d) el año de tramitación del proceso; (e) las consecuencias procesales que recayeron sobre el menor; (f) la situación familiar; (g) niveles de educación y trabajo; (h) antecedentes penales; (i) adicciones; (j) características del medio social; y (k) características personales. Todos estos indicadores han sido extraídos exclusivamente de los párrafos de las resoluciones.

(a) Se advierte que la edad del joven no es valorada al momento de determinar la medida aplicable disponiendo en muchos de los casos analizados la internación de jóvenes no punibles (menores de 16 años de edad), dándole relevancia a otros procesos anteriores o en trámite como indicador de peligrosidad.

(b) En cuanto al delito imputado, en los expedientes relevados se investiga de manera central alguna modalidad de robo. En diez casos (37 %) se aplicó la agravante por el uso de arma, en cuatro (14 %) el delito se agravaba por haber sido cometido en banda y en dos (7) se aplicó la figura de homicidio *crimino causa* —el sujeto mató para robar—. A veces, las agravantes se aplicaron en forma concurrente. Sin embargo, cabe mencionar que también se les aplicó a modo de concurso real o ideal, las figuras de lesiones o tenencia de armas.

En consecuencia, el joven delincuente seleccionado comete, predominantemente, delitos contra la propiedad privada

(c) Los expedientes relevados tramitaron ante los Juzgados Nacionales de Menores (nro. 1, nro. 2, nro. 4 y nro. 7) la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Salas I, IV, V, VI), los Tribunales Orales de Menores (nros. 1, 2 y 3) y la Cámara Nacional de Casación Penal (Salas I y III).

(d) Los expedientes analizados corresponden a los años 2003 a 2009.

(e) La internación en un instituto de la Ciudad de Buenos Aires fue dispuesta en quince (55 %) casos (Institutos "Luis Agote", "Rocca", "San Martín" e "Inchausti"). En otros casos la intervención se limitó a la derivación al Consejo Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia, al tratamiento en un hogar de convivencia terapéutica, a la realización de informes trimestrales sobre la evolución del joven o la entrega a la madre. En cuatro (14 %) recayó sentencia condenatoria sobre el imputado y en uno (3,7 %) esa condena fue revocada por el Tribunal de Casación y en dos (7,4 %) fue confirmada. En dos (7,4 %) casos recayó sentencia absolutoria

(f) En los casos que se dispuso la internación por la situación familiar se valoró la falta de control de la madre y la ausencia del padre, la imposibilidad de establecer límites, la separación de los padres, la hostilidad con el padre, la alternancia del lugar de residencia, las características marginales de la familia. Se utiliza como concepto "la falta de contención familiar". En algunos casos se menciona genéricamente, sin dar detalles, la conflictiva situación

familiar. Por el contrario, cuando los padres conviven y se comprometen con la situación del joven, se dicta una medida alternativa a la internación. En consecuencia, el estereotipo del joven delincuente, en las prácticas actuales, parece vincularse con la falta de un medio familiar que lo contenga y que se encuentre conformado por una madre y un padre convivientes..

(g) Con respecto a la actividad educativa y laboral se verifica que el cese de la internación se vincula estrechamente con la inserción o la capacitación laboral del joven y el compromiso de realizar la educación formal obligatoria. En consecuencia, el adolescente que no realiza actividades educativas y laborales parece corresponderse con el estereotipo del delincuente juvenil sobre el cual van a recaer medidas restrictivas de su libertad⁹.

(h) En cinco de los casos estudiados, uno de los elementos preponderantes que justificaron la internación fue la comisión previa de delitos similares, o sea, contra la propiedad privada. También se registró como antecedente la tenencia de estupefacientes para consumo personal. De modo que el joven, sobre el cual va a recaer una medida privativa de la libertad, de acuerdo a nuestro análisis, cuenta con antecedentes por la comisión de otros delitos previos desde temprana edad. Esta intervención más intensa también se explica porque la actuación previa es considerada fallida, por lo cual, aparece justificada una medida más gravosa.

(i) Otro elementos valorado por los magistrados es el padecimiento de la adicción a los estupefacientes. En particular, en seis casos fue un elemento considerado, detallándose el consumo de pasta base, cocaína, marihuana y psicofármacos. Por consiguiente, el estereotipo del joven delincuente aparece asociado al consumo de estupefacientes, que en algunos casos tienen un alto nivel tóxico¹⁰.

(j) El medio social también fue un elemento valorado por los magistrados al momento de resolver la situación del joven. En particular, se tuvo en cuenta para disponer la externación el desarrollo de actividades recreativas y deportivas¹¹. Por el contrario, cuando el joven reside en las calles, en un barrio considerado como peligroso o se rodea de personas "peligrosas" se le aplica la medida de internación. De modo que el estereotipo del joven delincuente depende del lugar en que vive y con quién se rodea.

(k) En relación con las características personales se valora de los estudios psicológicos y sociales la presencia de agresividad; la falta de arrepentimiento; la carencia de reflexión sobre su situación personal y la vivencia de abandono, orfandad y soledad (ausencia de lazos afectivos). En la valoración de estos aspectos tiene gran relevancia la tarea de los auxiliares técnicos. También se justifica la internación por la rebeldía o la fuga de los establecimientos o de las comunidades terapéuticas¹².

⁹ En el caso "G. A., M. Á.", por ejemplo, la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, revocó una sentencia condenatoria que recayó sobre un menor por hechos gravísimos (robo y homicidio *crimino causa*), y para ello consideró que "que pocas veces se ha visto..., los alcances obtenidos por G. A. (en términos de educación, trabajo y vínculos familiares y sociales)".

¹⁰ De este modo "Si de las pruebas colectadas surge que no es de ningún modo aconsejable que el menor pueda ser externado del instituto donde se encuentra alojado, en virtud de que a poco de un mes del cese de su anterior disposición ha vuelto a delinquir, sumado a los diversos hechos delictivos en los que participó el menor y el antecedente por drogas que registra ante la justicia federal, su internación ha sido bien dispuesta ..." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, causa n° 22.918, "A., M. J. E." del 07/11/03).

¹¹ En esta inteligencia, "En la audiencia de visu realizada con el menor, éste manifestó que de ser externado, volvería a la casa de su madre y su salida laboral sería por medio de los planes jefes y jefas de hogar, esta última referencia como así también el marco familiar al que habría de incorporarse son extremos decisivos a considerar frente al egreso, por lo que corresponde actualizar y ampliar los informes elaborados por los profesionales del Centro de Admisión y Derivación. Así y frente a las nuevas observaciones que puedan formularse bien puede reiterar la defensa su solicitud de externación y provocar un pronunciamiento a su respecto ..." (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 5.700, "P., M. A. s/recurso de casación", del 14/03/05).

¹² Sobre este punto, "En el sub lite, del informe de fs. 42/43 surge que la madre evidencia dificultades y conflictos de antigua data, los cuales no han podido ser tramitados adecuadamente, no se puede observar una distancia generacional adecuada

En conclusión, el estereotipo del joven delincuente, según este estudio exploratorio, se corresponde con la comisión de delitos contra la propiedad privada; la falta de contención familiar por su ausencia o desintegración; la falta de desarrollo de actividades educativas, laborales, recreativas, deportivas o formativas; la presencia de antecedentes por la comisión de delitos similares; el consumo de estupefacientes; la situación de calle o la residencia en un barrio considerado inseguro; la falta de sometimiento al proceso penal o a un tratamiento contra las adicciones; la personalidad agresiva, poco reflexiva y sin lazos afectivos.

3. Conclusión

Actualmente los debates en torno a la justicia penal de menores se circunscriben al problema de las garantías; sin embargo, el problema de los estereotipos no es, estrictamente, un problema de garantías. De modo más amplio, puede apuntarse que los imputados menores de edad actualmente cuentan con un debido proceso penal (la asistencia de un abogado defensor con la posibilidad de acceder a los expedientes judiciales, el derecho al recurso judicial, la necesidad de una defensa técnica efectiva, entre otras garantías procesales reconocidas). Las garantías no son sino mecanismos tendientes al aseguramiento de los derechos (EKMEKDJIAN, 1991, p. 63; BIDART CAMPOS, 1997, p. 285); por ejemplo, para asegurar el derecho a la libertad respecto del Estado se crean las garantías que rodean al derecho penal y al derecho procesal penal. Sin embargo, estas garantías se activan respecto de sujetos ya seleccionados por el sistema.

El problema de la selectividad no es un problema de legalidad o de culpabilidad, es muy posible que todas las personas seleccionadas hayan, realmente, cometido un hecho típico en forma antijurídica y culpable, y es muy posible también que todo ello se haya demostrado en un juicio amparado por las garantías procesales (debido proceso, defensa en juicio). El problema de la selectividad es un problema, en mayor medida, político. La decisión respecto de a quién se persigue (niños/as vulnerables, por ejemplo) no tiene directa conexión con las normas. Las normas están pensadas en forma ideal de tal manera que pretenden ser aplicadas a todos los casos en los cuales se compruebe la infracción, pero ante la comprobación de que esa pretensión es, al menos de momento, imposible, ha de tomarse una decisión política al respecto: ¿a quién queremos castigar y que tipo de castigos queremos aplicar? Esta es la decisión que debe tomar el Estado a través de las diferentes agencias y por el momento se advierte que la selección por medio de estereotipos se dirige, principalmente, a jóvenes con ciertas características sociales y personales compartidas por los sectores más pobres (situación de calle, marginación escolar, residencia en un barrio considerado peligroso).

tornándose su rol y función desdibujado, llevándola a minimizar el accionar de sus hijos y naturalizando sus conductas con artilugios manipuladores para con su interlocutor, tergiversando y a la vez parcializando la realidad que la llevan a posicionarse en una actitud alejada y distante de los acontecimientos y dificultades de M. en el orden de las sucesivas transgresiones, y de su incipiente consumo de sustancias tóxicas...". Y en el dictamen de fs. 90 se señaló que "la madre se muestra en una actitud de defensa a ultranza de la postura tomada por su hijo.....la progenitora no ha podido en este espacio de tiempo profundizar acerca de las circunstancias que motivaron la actual situación de M. y de otro de sus hijos...sus dificultades y conflictos personales se han reavivado, mostrándose negadora....la conducta de adicción de su hijo no ha tomado por el momento un estatus de importancia, por tal se la minimiza...". (...) En lo que a la internación respecta, no escapa a mi conocimiento la escasez de recursos que aqueja actualmente a los institutos de menores y cómo ello -sumado a la saturación de su capacidad de alojamiento- repercute negativamente en la calidad y efectividad de los tratamientos destinados a facilitar la futura reinserción social y familiar de los incapaces (...) Es que la citada medida precautoria -repito, aún con las deficiencias antes apuntadas- le asegura al incapaz la posibilidad de contar a diario con techo, cama, comida, asistencia médica y psicológica permanente, de completar su escolaridad así como la factibilidad de incorporar conocimientos técnicos y habilidades que en un futuro le permitan ganarse la vida dignamente, derechos todos éstos amparados por la Convención sobre los Derechos del Niño y que -por cierto- la calle no puede brindarle." (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 5.212, "R., M. N. s/ recurso de casación e inconst.", del 13/09/04).

Bibliografía

1. BARATTA, A., (1982), *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2000.
2. BELOFF, M. (2004), *Los derechos del niño en el sistema internamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
3. BIDART CAMPOS, G. (1997), *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1997, tomo II.
4. BIDART CAMPOS, G. (2003), *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, nueva edición ampliada y actualizada a 2002-2003, Ediar, Bs. As., 2003, tomo II-A
5. CHAZAL, J. (1958), *La infancia delincuente*, ed. Paidós, Buenos Aires, 1958.
6. C.S.J.N., *Fallos*, 329:518.
7. C.S.J.N., *Fallos*, 330:1066.
8. C.S.J.N., *Fallos*, 330:5294.
9. DAROQUI, A. y GUEMUREMAN, S. (1999), "Los menores de hoy, de ayer y de siempre. Un recorrido histórico desde una perspectiva crítica", en *Revista Delito y Sociedad*, 1999, año 8, número 13, Ed. La Colmena, Buenos Aires, ps. 35 a 69.
10. EKMEKDJIAN, M. Á. (1991), *Manual de la Constitución Argentina*, De Palma, Bs. As., 1991.
11. HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. (1989), *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989.
12. HERNÁNDEZ SAMPIERI y OTROS (1997), *Metodología de la investigación*, Ed. Mc Graw-Hill, Bogotá, 1997.
13. MAGUIRE, M. y otros (1994), *Manual de Criminología*, Ed. Oxford University Press, México, 2002.
14. MIDDENDORFF (1956), *Criminología de la juventud*, Ed. Ariel, Barcelona, 1964.
15. PAVARINI, M. (1980), *Control y Dominación*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.
16. PLATT (1969), *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2001
17. TERRAGNI, M. (2007), "Nuevos criterios en la jurisprudencia penal juvenil argentina", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, 6. 1113-1122.
18. ZAFFARONI Y OTROS, (2000), *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.

Lista de casos judiciales relevados

1. "A.A.L.", causa n° 16.373, Juzgado Nacional de Menores nro. 7, 2004.
2. "A., G. S.", Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, 2005
3. "A., F. J. s/ Expediente Tutelar", causa n°. 37.212, 2009, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, Juzgado de Menores, nro. 1/Sec. 2, 2009.
4. "A., M.", causa n° 2.919. Juzgado Nacional de Menores nro. 1, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 2003/2004.
5. "A., M. J. E.", causa n° 22.918, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Sala VI., 2003.
6. "A., T. E. s/ Externación", causa n° 36.066, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, 2009.
7. "B., D. H.", causas n° 4.005 y 4.457, Tribunal Oral de Menores II de la Capital Federal, 2008.
8. "C., M. A.", causa n° 13.715, Juzgado Nacional de Menores nro. 4, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 2000.
9. "C., L.", causa n° 23.744, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Sala VI, 2004.

10. "D. M. S.", causa n° 2.045, Tribunal Oral de Menores nro. 3, 2006.
11. "E., L. D.", causa n° 69.660, Cámara de Apelaciones y Garantías de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, del 2008.
12. "G. A., M. Á. s/ recurso de casación", Tribunal Oral de Menores nro. 2, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 2003/2009..
13. "G., M. F.". causa n° 4.262. Juzgado Nacional de Menores nro. 2, Tribunal Oral de Menores nro. 1, 2006/2007.
14. "G., N. O.", causa n° 24.364, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, 2004.
15. "J. L. M.", causa n° 4.813, Tribunal Oral De Menores n° 1 de la Capital Federal, 2007.
16. "M., E. M.", causa n° 231, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional., Sala de FERIA A., 2004.
17. "M.N.Q.V.", Juzgado Nacional de Menores nro. 2, 2004.
18. "O., H. I", causa n° 36.065, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, 2009.
19. "O., H. M. s/recurso de casación", Tribunal Oral de Menores 1 y Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, 2008.
20. "O., M. A. s/recurso de casación", causa n° 3.544, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, 2001.
21. "P., M. A. s/recurso de casación", causa n° 5.700, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, 2005.
22. "P., R. D.", causa n° 4.541, Tribunal Oral de Menores 1, 2007.
23. "Q. C., N. E.", Juzgado Nacional de Menores nro. 2, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, 2005.
24. "R. A. P.", causa n° 2.149, Juzgado Nacional de Menores nro. 1, Tribunal Oral de Menores nro. 3, 2002.
25. "R., M. E.", causas n° 4.887, 5.294 y 5.299, Tribunal Oral de Menores 1 de la Capital Federal, 2009.
26. "R., M. N. s/ recurso de casación e inconst.", causa n° 5.212, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, 2004.
27. "S., D. H. s/ recurso de casación", causa n° 5.072, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 2004.
28. "V., R. A. s/externación", causa n° 981/09, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, 2009.



Ponencias Política y Filosofía

**PRIMERAS JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES: SOCIEDAD, DERECHO Y ESTADO EN CUESTIÓN**

REFLEXIONES SOBRE POLÍTICA Y DERECHO

Por Leticia Vita* y Martín Aldao*

En las I Jornadas para Jóvenes Investigadores del Instituto A. L. Gioja, también se abordaron, desde distintas perspectivas, temas de filosofía política, filosofía del Derecho, política ambiental y libertad sindical. Si bien, a primera vista parecieran temáticas muy diversas, en todas las mesas se planteó la cuestión de los vínculos entre la política y el Derecho.

Fue abordada, entre otras, la cuestión de la justicia. El trabajo de Cecilia Gebruers, de la Universidad de Buenos Aires, analiza la concepción de la justicia manejada por Rawls, en su ponencia *Una crítica deconstructiva a la Concepción de la justicia de Rawls*. Desde el paradigma derridiano, la autora elabora un análisis de las ideas de Rawls en un sentido crítico. En la misma línea, utilizando las herramientas que ofrece la obra de Jacques Derrida pero intentando profundizar en el concepto de justicia kelseniano, desarrollado principalmente en su conocida conferencia de mayo de 1952 llamada *¿Qué es la Justicia?*, presentamos el trabajo de Jorge Roggero titulado *Una lectura crítico-deconstructiva de "¿Qué es la justicia?" de Hans Kelsen*. Y siguiendo con el problema de los vínculos entre política y Derecho, del poder y el Derecho, presentamos el trabajo de Benjamín García Holgado, acerca de la cuestión de la validez del Derecho en Kelsen, en la ponencia titulada *Validez, eficacia y la Norma Hipotética Fundamental en el pensamiento de Hans Kelsen*. También presentamos el trabajo de C. Garaventa, *Principios Generales del Anarquismo*, en el cual se intentan aprehender los aspectos fundamentales de dicha ideología política.

Por otra parte, presentamos también en este apartado dos trabajos relativos a la problemática de la enseñanza del Derecho en las facultades de Derecho argentinas. El primero, escrito por Pablo Taboada, constituye una reflexión sobre la historia del Derecho Político como disciplina en la Argentina, y en particular, un repaso de su alcance y metodología recordando las obras de Mariano de Vedia y Mitre, Faustino Legón y Arturo Sampay, entre otros.

El segundo, consiste en el adelanto de una investigación desarrollada por un grupo de estudiantes de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, que desde una visión sociológica del Derecho, analizan la cuestión del ingreso a la carrera de abogacía por parte de los sectores vulnerables. El trabajo *La formación universitaria y los sectores vulnerables*, fue realizado por Fermín Randón Salgado, Melina Florencia Canesini, María Elena Cappelino y María José Mendiburu.

Tenemos también el agrado de presentar tres ponencias que problematizan distintas cuestiones de política ambiental. A partir de la juridificación de tres controversias sobre medioambiente y derechos propietarios en Puerto

* Abogada (UBA). Doctoranda UBA. Becaria CONICET. Docente de Teoría del Estado de la Facultad de Derecho. UBA. Miembro Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Integrante de la Comisión de Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales.

* Doctor en Derecho y Abogado (UBA). Ex Becario CONICET. Docente de Teoría del Estado de la Facultad de Derecho. UBA. Miembro Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Integrante de la Comisión de Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales.

Rico, la abogada puertorriqueña Érika Fontanéz Torres, analiza el papel de los operadores del Derecho frente a la juridificación de los conflictos y la necesidad de desenmascarar la pretensión universalizadora del Derecho.

Por su parte, Pablo Ramati y María Florencia Iglesias, presentan un análisis titulado *La aplicación de energías renovables como estrategia de desarrollo alternativo. Su aporte a contextos de pobreza rural*, donde exponen acerca del proceso de avasallamiento de los derechos del campesinado en Argentina, así también como las estrategias alternativas posibilitadas por la implementación de energías limpias. Y por último, Soledad Ramati, analiza en su ponencia *Rally Dakar: La encrucijada entre la competitividad y el medio ambiente*, las tensiones que se presentan entre la normativa ambiental argentina y el desarrollo de un evento competitivo como el Rally Dakar.

Por su parte, Bárbara Lupetti de la Universidade Gama Filho de Brasil, Pablo Campaña de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador y de Leonardo Palacios de la Universidad Nacional de Mar del Plata exploran los vínculos entre derecho y política desde la perspectiva del pluralismo, con particular atención los déficits que, en términos de legitimación democrática, caracterizan a los Estados de derecho contemporáneos. En *Direito e empiria*, Bárbara Lupetti expone, desde una mirada etnográfica, el desfase entre la importancia que se le atribuye al principio de oralidad en el discurso académico y la desvalorización que sufre en la práctica judicial cotidiana. Desde una mirada más teórica, el trabajo *Pluralismo Jurídico y dominación* presentado por Pablo Campaña pone en cuestión la pretensión universalizadora de los ordenamientos jurídicos democráticos, mostrando a través de varios estudios de caso el carácter obturador que ejerce respecto de otras formas de regular la vida común. Por último, Luis Palacios en su trabajo *Apostillas sobre Consenso y Constitución*, se dedica a desmontar el concepto de consenso, mostrando sus aristas más coactivas.

Miguel Osorio, de la Universidad del Cauca de Colombia, presenta *La fijación de la mentalidad jurídica* en el que se analiza el papel de dispositivos extrajurídicos tales como el cine o los medios masivos de comunicación en tanto instancias legitimadores de los valores sociales tradicionalmente asentados sobre el derecho o la educación. Nicolás Mathov, de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, en su trabajo *Poder, Derecho y producción de subjetividad*, expone el rol central que le cabe al derecho en la producción de la subjetividad moderna. Aníbal Lebrón, de la Universidad de Puerto Rico, en su trabajo *La juridificación de "la familia" y su construcción como ente apolítico*, destaca los aspectos formadores de subjetividad que se esconden tras la perspectiva aparentemente "descriptiva" y neutral que caracteriza al derecho de familia.

Por último, Luis Campos en su trabajo *¿Qué elementos debemos considerar para analizar el estado de la libertad sindical en un contexto temporal y espacial determinado?* pone en cuestión el habitual vínculo que se establece entre legislación y organización sindical, mostrando a través de diversos casos que no siempre el carácter centralizado o descentralizado de la legislación se ve reflejado en las formas efectivas de organización adoptadas por las entidades gremiales. Federico De Fazio, por su parte, en el trabajo *Relaciones entre el Estado y los sindicatos durante la primera presidencia de Yrigoyen: Su impacto en la legislación*, desarrolla los vínculos entre conflictividad obrera y tutela estatal de los derechos de los trabajadores, mostrando el carácter dependiente de la segunda respecto de la primera.

UNA CRÍTICA DE-CONSTRUCTIVA A LA CONCEPCIÓN DE LA JUSTICIA DE RAWLS

Por Cecilia Gebruers

RESUMEN

Este ensayo tiene como objetivo abordar la problemática de la relación derecho-justicia, poniendo en diálogo a dos pensadores, representantes de corrientes distintas: Rawls y Derrida. Analizaré las posibles críticas al pensamiento rawlsiano respecto a este tema (lo que también puede tomarse como crítica al pensamiento constructivista al que suscribe Rawls), desde una perspectiva desconstruccionista, utilizando como portavoz de esta corriente a Derrida.

PALABRAS CLAVE

Derrida – Rawls – Justicia – Derecho – Constructivismo -Desconstruccionismo

A DE-CONSTRUCTIVE CRITIQUE OF RAWLS'S JUSTICE CONCEPTION

By Cecilia Gebruers

SUMMARY

This essay is about the issue of the relation between right-justice, putting in discussion two thinkers whom also represents two different trends: Rawls and Derrida. I'm going to analyze the possible reviews of Rawls thinking regarding to this topic (that also can be handled as a critique of the constructivism thinking which is endorsed by Rawls), from the deconstructivism perspective, utilizing Derrida as the voice of this thinking.

KEY WORDS

Derrida – Rawls – Justice – Right – Constructivism - Deconstructivism

UNA CRÍTICA DE-CONSTRUCTIVA A LA CONCEPCIÓN DE LA JUSTICIA DE RAWLS

Por Cecilia Gebruers*

“Quizás, hay que decir siempre quizás para la justicia”

Jacques Derrida, Fuerza de Ley

Abordo esta problemática teniendo como horizonte la “crisis del fundamento” o “crisis de la racionalidad”, desde una perspectiva desconstruccionista, pues considero que nos habilita a una nueva manera de fundamentar, que no remita necesariamente a una fundamentación racional, ya que la racionalidad no siempre tiene resultados justos.

La desconstrucción cumple un papel vital en este sentido puesto que tiene un modo de proceder que lleva las estructuras hasta su límite, las solicita, y hace que exhiban sus “fisuras”, trabajando desde adentro, habitando (sin pretender ir a un “más allá”) el edificio construido por la modernidad. Habita en el “entre”, en la incertidumbre del acontecer mismo. Entre el porvenir y el presente, entre lo imposible y lo posible, entre lo incondicional y lo condicionado. A lo largo de este ensayo, cargado de críticas a las estructuras creadas por la modernidad y a cualquier intento de renovarlas o de perfeccionarlas, nos encontraremos con distintos términos que no pueden ser reducidos a la lógica binaria, dada su incapacidad para retrotraerse hacia alguna de sus oposiciones, logrando, así, diseminar su sentido. Estos elementos son denominados “indecidibles”, cuyo proceder les impide ser reducidos a la lógica del sentido, desorganizando la metafísica. Pueden ser definidos como “unidades de simulacro que escapan a la lógica binaria, no inclinándose por ninguno de los dos opuestos y que se hallan más bien en un estado de oscilación” (CRAGNOLINI, 2007: 22). La dislocan, dejando entrever que las estructuras “ya” se están desconstruyendo. Y este es quizás el rasgo más distintivo de la desconstrucción, su acontecer. Reducirla a un mero método o teoría no sólo sería simplificar el tema, sino también dar una visión equivocada. La desconstrucción se da en el “entre” de las actividades teóricas posibles de realizar en base a los datos que se nos dan sobre el mundo, y la actividad pasiva de recibir aquellos datos del mundo (DUQUE-ESTRADA, 2008: 147).

Siendo la desconstrucción un pensamiento de lo imposible, nos abre las puertas a pensar la justicia de otra manera, ya no de un modo procedimental- normativo, que la reduce a normas o a representaciones jurídico-morales, sino como algo que excede los sistemas. La justicia va a ser vista como una relación disimétrica, un don incalculable y singular de la exposición no-económica a otro, contrastándose con la concepción de justicia distributiva y calculable, que considera que “hacer justicia” es igual a sancionar, restituir y resolver en derecho. Justicia posible e imposible se enfrentarán y la desconstrucción no encontrará asilo en ninguno de estos refugios, oscilando incansablemente, indecible. El peligro estará pues, en situarse segura, dentro de lo posible, reduciéndola a un conjunto de reglas, métodos y procedimientos a aplicar, cerrada en un todo hermético. La desconstrucción dejará un espacio al porvenir. Se abre al acontecimiento a partir de la idea de una justicia imposible, precisamente porque considera que la justicia

* Estudiante de Derecho y Filosofía de la Universidad de Buenos Aires.

en tanto infinita, no podría ser programable en base a un conjunto de reglas finitas, que respondan a la lógica de lo posible.

Comenzaré haciendo una descripción de la concepción sobre la justicia de Rawls que nos permitirá abordar el tema teniendo en cuenta la estructura sobre la cual está asentado el concepto de justicia para este filósofo, para en un segundo momento analizarlo, ahí sí, resaltando las diferencias con la visión deconstructivista sostenida por el filósofo argelino.

Rawls es un pensador que suscribe a las teorías que se conocen como deontológicas. Los conceptos fundamentales para su teoría son lo bueno y lo correcto. Están articulados de manera tal que para que un acto sea moralmente correcto se deben tener en cuenta las cualidades intrínsecas del mismo y no sus consecuencias; alejándose así, de las posturas utilitaristas a las que se enfrenta de una manera muy marcada. Lo correcto es independiente y previo al concepto del bien, y serán los principios de justicia los encargados de limitar que va a ser permitido como bueno. Es decir, que los deseos de las personas deben adaptarse a los principios básicos de justicia, dejando algunas preferencias de lado, puesto que se introduce un catálogo de derechos básicos que portan todos los individuos. Esto es una consecuencia necesaria para Rawls, ya que en su teoría, la justicia tiene un papel protagónico, pues es la primera virtud conforme al cual deben arreglarse el resto de las instituciones. De esta manera los principios de justicia serán los encargados de marcar los límites iniciales sobre lo que es bueno y moralmente valioso y los hombres deberán respetarlo.

El objetivo de los principios básicos de justicia es determinar el modo en que se *distribuyen* los derechos y deberes fundamentales y las ventajas de la cooperación social por medio de las instituciones sociales más importantes, que son la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales. Estos principios son:

- Cada persona debe tener un derecho igual al esquema de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.
- Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a- se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b- se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

La manera en la cual se *instituyen* estos principios en la sociedad es a través de un contrato. La figura del contrato es de suma importancia, puesto que es lo que le permite demostrar que lo que el propone sería aceptado por todos los sujetos potencialmente afectados. La idea de contrato en Rawls tiene algunas particularidades. A diferencia del contrato "real" que planteaba Hobbes, él postula un contrato hipotético que intenta "dar cuenta de nuestros puntos morales y ayuda a explicar el hecho de que tengamos un sentimiento de justicia" (RAWLS, 1971: 148). Al ser ideal logra reflejar la igualdad del status moral de los individuos y niega nuestra diferente capacidad de negociación. De este modo los principios serán equitativos, pues son el resultado de un acuerdo realizado en equidad de circunstancias.

Estos principios para Rawls serían aceptados por unanimidad, en una situación hipotética llamada "posición original" que tiene dos notas distintivas. Por un lado, el hecho de que los sujetos sean racionales, auto-interesados y conozcan los hechos generales, pero no respecto a sus hechos particulares y de su sociedad (ya que están sumidos bajo un "velo de ignorancia"). Por otro lado, el contexto social, que Rawls llama "circunstancias de justicia",

principalmente la escasez moderada de recursos. Asimismo, es necesario que en la posición original se dejen de lado las informaciones que versen sobre concepciones particulares del bien, creencias religiosas o filosóficas de los contratantes, ya que dentro de una sociedad encontraremos múltiples diferencias respecto a éstos tópicos y, como se dijo antes, los principios de justicia deben ser aceptados por todos los contratantes. Salvados estos obstáculos, la posibilidad de una sociedad "bien ordenada" propuesta por Rawls, donde no haya lugar para antagonismos y exclusiones, no tendría óbice en ser alcanzada.

En líneas generales, Rawls concibe la justicia como algo meramente procedimental, donde el resultado no puede evaluarse de forma independiente al proceso. Es éste el que garantiza que las instituciones se amoldarán a los principios de justicia logrando que surjan resultados correctos, cualquiera fuere, siempre y cuando se haya cumplido con los recaudos previstos.

Luego de ésta descripción sobre la teoría de la justicia de Rawls analizaré en primer lugar la relación justicia-derecho, que al ser abordada desde una perspectiva deconstructivista nos desplazará por infinitas paradojas, afectando no solo conceptos filosóficos, sino también a las instituciones que de ellos se sirven. Para analizar la justicia derridiana es necesario deconstruir lo que el sujeto humano instituye como medida de lo justo y de lo injusto. Hacer esto no tiene como consecuencia suprimir la distinción entre justo-injusto, sino que nos lleva a reinterpretar aquello que nos ha sido legado bajo el nombre de justicia. Para "ser justos con la justicia", nos dice Derrida, debemos preguntarnos sobre el origen, el fundamento y los límites de la justicia y el derecho. Ante la supuesta unanimidad a la que llegaría el contrato hipotético rawlsiano, que se enmascara bajo los auspicios de la racionalidad, Derrida nos advierte que no es posible llegar a un acuerdo sin exclusión. Debemos quitar este velo para indagar sobre los límites y formas de las instituciones, las cuales tienden en las sociedades democráticas a naturalizarse. En este sentido se pronuncia Chantal Mouffe al sostener que "dado que nos previene contra la ilusión de que la Justicia puede ser instanciada en las instituciones de cualquier sociedad, la deconstrucción nos obliga a mantener viva la exigencia de democracia." (MOUFFE, 1998, 29). La estabilidad no es natural, y es este el punto del que hay que partir dado que desde que la inestabilidad es lo fundamental, se torna necesaria la estabilización. Convención, institución, consenso, son distintas formas de estabilizar lo que de por sí se da de manera caótica, son intentos de reducir lo irreductible. Derrida no ve de manera negativa la imposibilidad de lograr una estabilidad permanente, ya que si fuera factible dominar lo caótico con leyes, reglas y principios no habría política, ni ética. De este modo "el caos es al mismo tiempo un riesgo y una posibilidad, y es aquí que se cruzan lo posible y lo imposible" (DERRIDA, 1998: 163).

La relación derecho-justicia, para Derrida, dista mucho de la de Rawls. El planteo de Rawls, equivaldría al de la justicia como derecho, la justicia posible, realizable. Sin embargo es menester, para Derrida, hablar de otra justicia, aquella justicia infinita que excede el derecho, y que si bien tiene cierta relación con el derecho, no puede ser reducida a lo mismo.

Derrida en *Fuerza de Ley* menciona el vacío aparente respecto del tema de la justicia en los textos deconstructivistas, pero justamente, señala el filósofo, no es más que una apariencia a la cual enfrenta con una afirmación polémica: "*la deconstrucción es la justicia*" (DERRIDA, 1997a: 35), pues ella está dada involucrada con la exigencia demanda de una justicia infinita. La justicia derridiana al no ser producto de una construcción será por tanto indeconstruible como la deconstrucción misma, confundándose, de este modo, justicia y deconstrucción. Contrariamente, el derecho al ser fruto de una construcción deviene deconstruible, lo que no tiene implicancias negativas, muy por el contrario, esto no es sino una posibilidad de perfeccionar, que puede ser observada incluso en

los avances logrados en el ámbito jurídico. No obstante, ningún derecho podrá adecuarse a la justicia, precisamente porque esta justicia es infinita. El hecho de que los derechos del hombre evolucionen evidencia que el derecho no es estático, que hay una "perfectibilidad sin fin de lo jurídico" (DERRIDA, 1997b) hacia la cual avanza, pero siempre limitada por su carácter contingente y finito. La justicia no puede ser desconstruida, puesto que ella misma se define por oposición a lo posible, esto es, el derecho, por lo que puede decirse que es infinita, incalculable, incondicionada, imposible.

Volviendo el planteo de Rawls los principios básicos de justicia son designados por medio de la figura del contrato hipotético, fundamento del cual tiende todo el derecho. Este, permite instituirlos contando con la unanimidad de los contratantes para luego en función de ellos hacer una distribución de los derechos y deberes fundamentales, dado que estos principios "definen los derechos y deberes básicos que deben asignar las principales instituciones políticas y sociales, regulan la división de los beneficios que surgen de la cooperación social y distribuyen las cargas necesarias para sostenerla". Esto conforma lo que él denomina "estructura básica", y la justicia doméstica será la encargada de regular todo lo que cabe dentro de ella. Es decir, luego de que se acuerden estos principios básicos de justicia el derecho deberá adaptarse a ellos. Esto no plantea ningún inconveniente para Rawls, no ve un obstáculo en que se de ese traspaso de la justicia al derecho. En *La justicia como equidad*, Rawls se refiere a la justicia que se aplica a la estructura básica y no tiene en mente una justicia global, tema que tratará específicamente en su obra *El derecho de Gentes*. Esto se debe precisamente a que para él los principios básicos de justicia a los que lleguen las diferentes sociedades, y que luego definirán su estructura básica para poder establecer los derechos y obligaciones, están gobernadas por diferentes objetivos y propósitos, y tienen una naturaleza particular. Sin embargo, en *El derecho de gentes* sostiene que la esperanza de las sociedades se basa en que en el mundo social existe una naturaleza tal que permite que sean los pueblos "liberales y decentes" aquellos que puedan alcanzar la paz y la justicia. Esta esperanza para Rawls es posible de realizarse, él nos propone un modelo teórico a partir del cual esto puede darse efectivamente, lo cual le permite sostener que la idea de esta sociedad "describe un mundo social alcanzable que combina equidad política y justicia para todos los pueblos liberales y decentes en una sociedad de los pueblos" (RAWLS, 1997: 15).

Para Derrida, la justicia es irreductible al derecho, lo desborda, lo excede, pero paradójicamente exige ser efectivizada en un derecho, generándose un juego entre lo imposible y lo posible. Aloja en su seno tanto al porvenir inesperado, como al presente efectivo. Ésta lógica paradójica se ve reflejada en lo que Derrida denomina *Hospitalidad incondicionada* y *Hospitalidad condicionada*. La justicia para Derrida es sinónimo de hospitalidad, y esta se guía por una doble ley: por un lado la "ley incondicional de la hospitalidad ilimitada", y por el otro a las "leyes de la hospitalidad" que están constituidas por derechos y deberes condicionados y condicionales. Estos dos sentidos de la hospitalidad son irreductibles el uno al otro. Es necesario hacer a la hospitalidad pura lo más efectiva posible, para lo cual se deben crear las disposiciones más justas en nombre de ella, de lo que resultan las "leyes de la hospitalidad". Estas dos figuras, son utilizadas por el filósofo argelino para mostrar como deben asumirse las responsabilidades y tomarse las decisiones. El principio de hospitalidad hiperbólica está presente en cualquier vínculo social y nos ordena darle una acogida al otro sin reservas ni cálculo. La hospitalidad absoluta, nos dice, es la ley que está encima de las leyes, ley que está fuera de la ley, absoluta, que me exige darle la acogida al otro absoluto, desconocido, anónimo, sin hacerlo renunciar a su cultura, sin pedirle reciprocidad, sin ni siquiera preguntarle su nombre, pues la hospitalidad debe darse como un don, sin exigencias, condiciones o reglas, y al responder a la pregunta ¿cómo te llamas? "respondes por ti, eres responsable ante la ley y ante tus anfitriones, eres sujeto de derecho" (DERRIDA, 1997b: 33).

Sin embargo, una comunidad condiciona este principio de hospitalidad absoluta para garantizar lo propio, su "en casa", y a su vez, para poder darle una acogida efectiva dado que tiene que haber una manifestación fáctica y concreta, transformándolo así en un contrato, un pacto vigilado, en fin, un derecho. Las leyes de la hospitalidad condicionada que resultan de este contrato deben estar inspiradas en la ley de la hospitalidad incondicional, y a su vez, la Ley de la hospitalidad absoluta necesita de las leyes aunque la nieguen y la amenacen muchas veces. Este es el precio que debe pagar la hospitalidad absoluta para no quedarse en la abstracción. Se podría decir que solo podemos ser hospitalarios siendo inhospitalarios en el sentido de la hospitalidad absoluta.

Este camino nos conduce a darle un lugar al cálculo a través de normas, pero sin cerrarle la puerta al porvenir, a lo incalculable. La decisión "se toma en el corazón de lo que parece un absurdo, lo imposible mismo, una antinomia, una tensión entre dos leyes igualmente imperativas pero sin oposición" (DERRIDA, 1997c). Tendrá, así, un lugar inestable, entre lo condicional y lo incondicional. Las dos hospitalidades, "permanecen heterogéneas en el momento mismo en que se reclaman la una a la otra, de modo desconcertante" (DERRIDA, 1997c). Son antinómicas porque un régimen niega al otro. No se vinculan por medio de una dialéctica sintética de tipo hegeliano que resuelve las contradicciones de las oposiciones binarias creando un tercer término que se encarga de subsumir cualquier diferencia, sino que "la decisión justa debe desgarrar el tiempo y desafiar las dialécticas" (DERRIDA, 1997a: 61). Es decir, la hospitalidad justa rompe con la hospitalidad de derecho, condicionada, o pacto de hospitalidad, lo que no significa que se le oponga, sino por el contrario, le permite mantenerse en progreso, en un movimiento permanente. Así, la hospitalidad consistirá en entregarse al otro, darle la acogida al otro, y evitar al mismo tiempo que al dirigirnos al él singularmente, al llamarlo, al preguntarle su nombre propio, le estemos poniendo una condición. Al no ser esta distinción entre derecho y justicia reducibles a la lógica de la oposición, la desconstrucción se desplazará entre ellas. Desde este lugar podremos darle la acogida a la alteridad sin caer en un reduccionismo propio de esquemas normalizadores.

Si seguimos la teoría de Rawls podemos decir que tenemos las reglas que nos marcan los principios de justicia y al aplicarlas estaremos realizando un acto de equidad. Aquí tendremos una decisión netamente del orden de lo calculable, que no dista mucho del discurso jurídico actual. Pero si reflexionamos sobre lo que acabamos de decir, al aplicar una regla del orden de lo calculable estaremos realizando un acto legal si se quiere, conforme a derecho, pero de ninguna manera resultará una decisión justa. Una decisión justa no puede ser entendida como la aplicación de una regla de derecho, como un acto que no tendría ningún inconveniente en ser hecho por una máquina. Por el contrario para lograr una decisión justa debe hacerse no solo de conformidad con una regla pre-existente, sino que a su vez debe ser un acto restaurador. En este sentido, al tomarse una decisión se debe re-interpretar la regla pre-existente de un modo absolutamente único, que no pueda ser garantizado por regla alguna. En cada decisión, si queremos que sea justa, el acto debe ser reglado y sin regla, he aquí una decisión imposible. Para ser una decisión libre tiene que pasar por la prueba de lo indecible pues ella está habitada por lo indecible que no permitirá que se diga en ningún momento que una decisión es presentemente justa. Ser justo es un momento que no pertenece al tiempo, es un momento espectral que con su "fantasmacidad desconstruye desde el interior toda seguridad de la presencia, toda certeza o toda pretendida criteriología que nos asegure la justicia de una decisión, el acontecimiento mismo de una decisión" (DERRIDA, 1997a: 57). A través de la figura del espectro, lo posible y lo imposible se mantendrán en contacto, sin llegar nunca a equipararse justicia y derecho, impidiendo, así, el discurso totalizador que pretende mostrar justicia donde no hay más que reglas. La imposible justicia derridiana asedia el derecho desde adentro, como un espectro, habitándolo en forma oscilante.

En el planteo de Rawls en un primer momento, cuando se instituyeron los derechos y deberes de los ciudadanos en su constitución política estos fueron inspirados en los principios de justicia, pero en ese mismo momento instituyente el problema de la justicia fue enterrado. Es decir, desde ese instante fundador en adelante se van a intentar borrar las diferencias entre derecho y justicia. En el origen mismo de la institución que funda el derecho no se le da solución, todo lo contrario, puesto que no hace más que alejar el problema de la justicia.

Asimismo, no puede ser dejado de lado el lugar que se le da al otro dentro del esquema rawlsiano, en el cual se revela, una vez más, el abismo que separa a estos filósofos en cuanto a su concepción de la justicia. Los principios de justicia, para Rawls son los que las personas libres y racionales aceptarían, estando interesadas en satisfacer sus propios intereses. La decisión racional que deben tomar estos sujetos para elegir los principios de justicia debe basarse en su auto-interés. Lo que subyace a esta posición originaria es una racionalidad concebida como maximización de la utilidad en provecho propio, puesto que los principios de justicia son elegidos por sujetos egoístas racionales, cuyo único interés es maximizar su acceso a lo que Rawls llama "bienes primarios" (libertad, recursos económicos). Sin embargo, Rawls se previene de estos planteos en los que se tacha a su teoría de egoísta o individualista diciendo que "la combinación de desinterés mutuo y el velo de la ignorancia alcanzan el mismo propósito que la benevolencia ya que fuerza a que cada persona en la posición original tome en cuenta el bien de los demás" (RAWLS, 1971: 9). Tener en cuenta el bien de los demás, tener en cuenta al otro, no es sino un efecto colateral, si se quiere, de la posición original en la cual se elegirán los principios básicos de justicia que él nos propone.

Esta manera de ver al otro difiere mucho de la concepción derridiana, ya que él nos plantea que la justicia debe ser entendida como una relación que respeta la alteridad del otro y responde al otro. La justicia, en sus palabras, es la "experiencia de la alteridad absoluta" (DERRIDA, 1997a: 65), no es calculable precisamente porque trata sobre el otro. Es el otro el que al enfrentarme me impide realizar cualquier tipo de cálculo, y quedo expuesto a él en una forma no-económica, donde lo que impera es una lógica del don. Ésta rompe con la lógica del intercambio que es la que rige en las normas del ámbito del derecho, en la cual la relación con el otro se hace a través de identidades, sujetos de derechos y deberes, que se enfrentan para ser reconocidos a partir de un modelo de reciprocidad. Este modelo, que es la base del derecho moderno, nos sugiere que veamos al otro a través de una lógica de mercado, "que calculemos con ese incalculable que es lo otro" (DERRIDA, 1994). Pero Derrida nos dice que la justicia se guía por la lógica del don, acto no recíproco, que exige que me olvide del dar-devolver, para no terminar siendo así, un equivalente de la mercancía. En el ámbito de la justicia al no imperar la lógica de la reciprocidad, sino la de lo sin retorno, estoy obligado a responder por el otro incluso antes de constituirme como identidad, antes de poder decir quien soy yo, puesto que "el otro irrumpe en mi supuesta yoidad, señalándome que ya estaba allí, que antes de todo intento de constitución de mi propia subjetividad, ya estaba allí: contaminando" (CRAGNOLINI, 2007: 129). Esto es explicado por Derrida a través del "efecto visera", el cual consiste en sentirse observado por algún otro, algún otro que me dicta la ley, y me hace responsable, sin poder, no obstante, cruzar mi mirada con la de él. Nos mira por medio de una anacronía absoluta, "antes y más allá de toda mirada por nuestra parte, conforme a una anterioridad y a una disimetría absolutas, conforme a una desproporción absolutamente indomitable" (DERRIDA, 1993).

La justicia apunta siempre a singularidades. Tenemos, por un lado, la justicia que se dirige siempre a un otro irremplazable, único, y por el otro, una regla de derecho que abstrae, generaliza con un afán universalizador - ya que se basa en principios de justicia - pero que niega la singularidad del otro. Rawls no nos habla del otro singularmente sino de ciudadanos como personas racionales, libres e iguales, es decir abstrae los rasgos particulares del otro.

Debemos idealizar, nos dice, si queremos tener una visión "clara y despejada". La concepción de la justicia como derecho, organizada bajo la forma de imperativos universales demarca su aplicación dentro del ámbito de lo posible, de lo calculable. Este planteo niega la singularidad del otro y negar esto es negar la justicia, porque la justicia es el peso de lo otro, es "el respeto a la singularidad y a la alteridad del otro que me empuja, siempre de una forma continua e inadecuada, a intentar ser justo con el otro, o conmigo mismo como otro" (DERRIDA, 1994). La justicia me exige que realice lo imposible, que juzgue lo absolutamente singular y único y tome una decisión, me exige que calcule con lo incalculable y que decida lo indecidible.

A partir de esto podemos concluir que tenemos dos modelos de pensamientos, que se manejan a través de lógicas diferentes. Por un lado tenemos a Rawls que plantea el problema, esto es, cómo alcanzar una sociedad justa, y luego nos da la solución. La misma se basa en un modelo procedimental que, dado que está fundado en la racionalidad y los principios de justicia, postula como objetivo una justicia posible, cuyas instituciones estén adaptadas a ella en el marco de una sociedad democrática. De modo que el problema planteado, aparentemente, habría de ser solucionado dentro de un esquema hermético. Por otro lado, encontramos a Derrida, que se queda un paso atrás. Él pregunta: ¿Es acaso posible la justicia?

A lo largo de este ensayo hemos intentado varios caminos que no hicieron más que conducirnos a sucesivas paradojas que escapan de la lógica jurídica y nos advierte que sus fundamentos están siendo amenazados. Quizás nunca lleguemos a destino, ya que la justicia es una aporía, un no-camino, algo de lo que no se puede tener experiencia puesto que requeriría ser transitable. Sin embargo, no hay ningún deseo de justicia, ninguna exigencia de ella que pueda ser tomada como una justa apelación a la justicia, si no es a través de una experiencia de lo imposible. La justicia es "una experiencia de aquello de lo que no se puede tener experiencia" (DERRIDA, 1997a: 39). La justicia me exige que decida lo indecidible. Es el otro singular y único, frente al cual soy infinitamente responsable, el que me empuja a ser justo, impidiéndome llegar a tomar decisión alguna. Sin embargo en el imperio del derecho nos encontramos con que la decisión cumple un papel fundamental en las instituciones de la ley. Dejándose de lado y evitándose cualquier planteo que implique comprometerse con la aporía de la justicia que nos exige responsabilidad infinita. Obstáculo insalvable para el filósofo argelino, dado que eludir la responsabilidad infinita equivale a suprimirla. La responsabilidad no puede ser limitada desde que me debo infinitamente ante cada otro singular y único. Esto se patentiza en la existencia de la ética y la política, puesto que "si la responsabilidad no fuera infinita no se tendrían problemas morales y políticos" (DERRIDA, 1998: 167). En cada decisión me comprometo en una deuda infinita en relación a otro, y es porque cada decisión está habitada por la indecibilidad. El momento de la indecibilidad es insuperable.

Quizás, la pregunta correcta sería. ¿Tiene solución este problema? O bien, ¿Sería justo que tenga una solución?, ¿Sería justo darle una solución al problema de la justicia? Lo que intento sugerir es que, quizás, no es posible darle una solución a esta aporía en la que nos sume pensar acerca de la posibilidad de la justicia, en el sentido de acabar con el problema. Las palabras de Derrida son elocuentes al respecto: "No es posible esperar una respuesta de la filosofía, si por respuesta se entiende una solución o una receta de la cual los filósofos afirmen "¡esta es la verdad, esto es lo que se requiere hacer" (DERRIDA, 1994). Sino que lo que necesita es trabajar por su solución, preguntarse sobre la posibilidad de la justicia, buscarle una solución, es la solución misma. Si resolvemos la aporía, es decir le damos una solución, la estamos destruyendo. Eso es lo que hizo Rawls. Pero si por resolver entendemos trabajar en su solución, ahí estaremos realizándola. No cesar de preguntarse sobre la justicia es haber respondido, ya, la pregunta qué es la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- CRAGNOLINI, M. (2007) *Derrida, un pensador del resto*, La cebra, Buenos Aires, 2007.
- DERRIDA, J. (1993), *Espectros de Marx "El estado de la deuda, el trabajo de duelo, y la nueva internacional"*. Recuperado de www.jacquesderrida.com.ar el día 1/07/2009.
- , (1994), "La democracia como promesa", Entrevista de Elena Fernández con Jacques Derrida, en *Jornal de Letras, Artes e Ideias*, 12 de octubre, 1994, pp. 9-10. Recuperado de www.jacquesderrida.com.ar el día 1/07/2009.
- , (1997a) *Fuerza de Ley el "fundamento místico de la autoridad"*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 2008.
- , (1997b) *La hospitalidad*, Ediciones de la Flor, Buenos Aires, 2000.
- , (1997c) "El principio de la hospitalidad", en *Le Monde*, 2 de diciembre de 1997. Recuperado de www.jacquesderrida.com.ar el día 1/07/2009.
- , (1998) "Notas sobre deconstrucción y pragmatismo", en Chantal Mouffe (Comp.), *Deconstrucción y pragmatismo*, Buenos Aires, Paidós, 1998.
- . (2001) ¡Palabra!, Recuperado de www.jacquesderrida.com.ar el día 1/07/2009.
- DREHER HEUSER, E. (2005), "El rastro de la filosofía de la diferencia", en Skliar Carlos y Frigerio Graciela (Comp.), *Huellas de Derrida: ensayos pedagógicos*, Del Estante Editorial, Buenos Aires, 2005.
- DUQUE-ESTRADA, P. C. (2008), "Perdón, historia y justicia: acerca de la (im)posible relación con el otro", en Mónica Cagnolini (comp.), *Por amor a Derrida*, Buenos Aires, La cebra, 2008.
- MOUFFE, C. (1998), "Deconstrucción, pragmatismo y la política de la democracia", en Chantal Mouffe (comp.), *Deconstrucción y pragmatismo*, Buenos Aires, Paidós, 1998,
- RAWLS, J. (1971) *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
- , (1997) *El derecho de gentes*, Paidós, Barcelona, 2001.
- , (2002) *La justicia como equidad. Una reformulación*, Edición de Erin Kelly, Paidós, Buenos Aires, 2002.

ENTRE LA JUSTICIA Y EL DERECHO. UNA LECTURA CRÍTICO-DECONSTRUCTIVA DE “¿QUÉ ES LA JUSTICIA?” DE HANS KELSEN

Por Jorge Roggero

RESUMEN

Hans Kelsen trata la problemática de la doctrina de la justicia en varios escritos. En todos ellos no sólo insiste en la necesidad de separar el derecho positivo de otros sistemas normativos, sino que también señala la inutilidad del intento de proveer una justificación racional para la justicia. Kelsen se propone denunciar la utilización política de las teorías de la justicia. Este trabajo presentará una lectura crítico-deconstructiva de “¿Qué es la justicia?” de Kelsen, basada en la relación entre justicia y derecho esbozada por Jacques Derrida. El propósito de Kelsen es impedir cualquier intento de naturalización del derecho. Derrida parece indicar que la mejor manera de lograrlo es admitiendo tanto la irreductibilidad de la justicia al derecho como la mutua implicación de ambos en una compleja y aporética relación.

PALABRAS CLAVE

Kelsen – Justicia – Derecho – Derrida – Deconstrucción – Pregunta – Contaminación

BETWEEN JUSTICE AND LAW. A CRITICAL-DECONSTRUCTIVE READING OF "WHAT IS JUSTICE?" BY HANS KELSEN

By Jorge Roggero

ABSTRACT

Hans Kelsen deals with the problematic of justice doctrine in several essays. In all of them not only does he insist on the need to separate positive law from other normative systems, but also points out the futility of the attempt to provide a rational justification for justice. Kelsen intends to denounce the political use of justice theories. This essay will present a critical-deconstructive reading of "What is justice?" by Kelsen, based on the relationship between justice and law outlined by Jacques Derrida. Kelsen's purpose is to prevent any attempt to naturalize law. Derrida seems to indicate that the best way to achieve it is to admit the non-reductiveness of justice to law as well as their mutual implication of both in a complex and aporetic relation.

KEY WORDS

Kelsen – Justice – Law – Derrida – Deconstruction – Question – Contamination

ENTRE LA JUSTICIA Y EL DERECHO. UNA LECTURA CRÍTICO-DECONSTRUCTIVA DE "¿QUÉ ES LA JUSTICIA?" DE HANS KELSEN

Por Jorge Roggero¹

El 27 de mayo de 1952, Hans Kelsen dicta una lección magistral en la Universidad de California con motivo de su retiro. El tema elegido es la pregunta por la justicia: "¿Qué es la justicia?". El profesor germanófono se ve obligado a dirigirse a su audiencia en inglés. Su *Was ist Gerechtigkeit?* es traducido en *What is justice?*, y, sin embargo, ¿no es ésta acaso la condición de posibilidad de la justicia? Ser justos con la justicia ¿no implica un compromiso radical de traducción? ¿No exige hablar la lengua del otro?

Treinta y siete años después, en octubre de 1989, Jacques Derrida lee la conferencia de apertura del coloquio *Deconstruction and the possibility of justice*, organizado por la Cardozo Law School. Nuevamente se habla de la justicia en la lengua del otro.

"Dos textos, dos manos, dos miradas, dos escuchas. Juntos a la vez y separados" (DERRIDA, 1968a, 75).

Un texto es siempre dos textos en uno. El primer texto es aquel que contiene el "querer- decir" del autor; es el que responde a los cánones de la lectura clásica. El segundo es el texto que se cuela en las fisuras del primero; es el decir *sin* querer que escapa al control del autor, escapa a su *autonía*. Una vez escrita, la palabra comete parricidio, su sentido comienza a rodar, se disemina sin poder ser reconducida a un significado originario. La escritura es diseminación de sentido. Por eso Derrida invita a emancipar el lenguaje, *laisser la parole*, "dejar la palabra [...] dejarla hablar completamente sola, cosa que sólo puede hacerse en lo escrito" (cf. DERRIDA, 1964, 106).

Este trabajo se propone "dejar la palabra" de "¿Qué es la justicia?" de Hans Kelsen aun en contra del supuesto "querer-decir" del autor, o, mejor dicho, del "querer-decir" de sus intérpretes que creen dominar el texto, "dominar su juego, vigilar a la vez todos sus hilos, engañándose así al querer mirar el texto sin tocarlo, sin poner la mano en el 'objeto', sin arriesgarse a añadir a él. [...] Añadir no es aquí otra cosa que dar a leer" (DERRIDA, 1968b, 71). Un texto nunca es *un* texto. Un texto es una multiplicidad de voces, de citas, de intertextualidades. "Dar a leer" es advertir la imposibilidad de controlar todos los hilos de su entramado. "Arriesgarse a añadir" implica aceptar el compromiso de abrir el texto a su irreductible heterogeneidad constitutiva.

Una lectura deconstructiva es, en palabras de Cristina de Peretti, "una lectura que 'sospecha', una lectura que vigila las fisuras del texto, una lectura de síntomas que rechaza por igual lo manifiesto y la pretendida profundidad del texto, una lectura que lee entre líneas y en los márgenes para poder, seguidamente, empezar a escribir sin líneas"(DE PERETTI, 1989, 152). Una lectura deconstructiva entiende la lectura como una operación

¹ Jorge Roggero es abogado y se encuentra trabajando en su tesis de grado para finalizar la carrera de Filosofía de la U.B.A.. Es docente de la materia "Teoría General y Filosofía del Derecho" de la carrera de Abogacía de la U.B.A. y adscrito a la cátedra de Metafísica de la carrera de Filosofía de la U.B.A. Ha participado como expositor en diversos congresos, jornadas y eventos académicos similares. Ha publicado artículos en sus áreas de especialidad.

activa y transformadora del texto. "La lectura siempre debe apuntar a una cierta relación, no percibida por el escritor, entre lo que él domina y lo que no domina de los esquemas de la lengua de que hace uso. Esta relación no es una cierta repartición cuantitativa de sombra y de luz, de debilidad o de fuerza, sino una estructura signficante que la lectura crítica debe producir" (DERRIDA, 1967, 227). La lectura deconstructiva produce la "estructura signficante del texto" que permite poner en acción todos sus efectos.

Este trabajo se propone una lectura deconstructiva de "¿Qué es la justicia?" de Hans Kelsen desde la perspectiva de una teoría crítica del derecho. Esta perspectiva implica aceptar que la comprensión del fenómeno jurídico en su especificidad conlleva la necesidad de no emprender el análisis desde su aislamiento como un sistema normativo autónomo, sino de tener presente su co-implicación con el resto de la interacción humana. Esto obliga a la apertura del estudio del derecho a otras disciplinas y, principalmente, conmina a una revisión de los presupuestos filosófico-epistemológicos en los que se asienta la iusfilosofía. En este sentido, el pensamiento de Derrida constituye un valioso aporte para el enfoque de una teoría crítica del derecho.

Entre la pregunta y la respuesta

"¿Qué es la justicia?". Ésta es la pregunta conductora de la reflexión kelseniana. En las líneas introductorias, Kelsen considera que quizás se trate de "una de esas preguntas para las cuales vale el resignado saber que no se puede encontrar jamás una respuesta definitiva [*endgültige Antwort*] sino tan sólo procurar preguntar mejor" (KELSEN, 1953, 1). Kelsen propone que no es posible encontrar una *endgültige Antwort*. Ernesto Garzón Valdés traduce correctamente esta expresión por "respuesta definitiva". En la versión en inglés se lee *definitive answer*. Pero los términos "definitiva" o *definitive* no dan cuenta de la presencia del adjetivo *gültig* en la conformación de esta palabra alemana. *Gültig* significa "vigente", "válido", "de curso legal", "legítimo"; *endgültig* mienta literalmente una legalidad o validez final. Este matiz permite acercar el adjetivo *endgültig* al campo semántico del derecho.² Kelsen está diciendo que jamás será posible encontrar una respuesta con vigencia legal y, sin embargo, hay que seguir buscando, procurando preguntar mejor. La justicia jamás podrá ser reducida al campo del derecho, pero la tarea es continuar intentándolo. Éste es el hilo por el que comienza a deconstruirse el texto de Kelsen. La pregunta kelseniana se deconstruye desde un comienzo.

La primera dificultad está dada en la forma misma del preguntar. Las preguntas por el "qué" buscan un contenido por respuesta, pero "no se puede tematizar u objetivar la justicia, decir 'esto es justo' y mucho menos 'yo soy justo' sin que se traicione inmediatamente la justicia" (DERRIDA, 1990, 934). Derrida recuerda la reflexión de Pascal. La justicia no puede identificarse con un contenido porque "nada, según la sola razón, es justo en sí, todo se tambalea con el tiempo" (PASCAL, 1670, 38). Kelsen podría suscribir estas palabras sin más. El texto kelseniano parece vislumbrar el problema de la forma de la pregunta cuando sugiere la posibilidad de "mejorar la pregunta". E incluso va más allá señalando que esta tarea de mejoramiento no debe esperar respuestas absolutas. Kelsen parece

² Si bien el término más utilizado en la jerga jurídica alemana para calificar la validez es *geltend*, se puede considerar el término *gültig* dentro del campo semántico normativo. Es más, ambos términos comparten la misma raíz etimológica. Cf. KLUGE, Friedrich, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, Berlin, Walter de Gruyter, 1995, S. 342 und S. 310. En la reflexión final, el propio Kelsen utiliza el adjetivo *gültig*: "Wenn die Geschichte der menschlichen Erkenntnis uns irgend etwas lehren kann, ist es die Vergeblichkeit des Versuches, auf rationalem absolut gültige Norm gerechten Verhaltens zu finden." (KELSEN, 1953, 40) ("Si la historia del conocimiento humano puede enseñarnos alguna cosa, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una *norma absolutamente válida de conducta justa*.") En la versión en inglés se pierden estas connotaciones: "If the history of human thought proves anything,

estar proponiendo adoptar una estrategia más radical: como ha sugerido Heidegger, quizás se pueda convertir en virtud este "dar vueltas sobre preguntas previas" propio de la filosofía (HEIDEGGER, 1920-21, 5). Se trata de sostener la difícil tarea de mantenerse en el cuestionamiento.

En este sentido, el enfoque de la deconstrucción parece el más adecuado. Ésta se caracteriza justamente por permanecer en la pregunta. "La deconstrucción [...] busca el cuestionamiento incesante de la autoridad de toda opinión, convencional o política, aun la de los filósofos" (MCCORMICK, 2001, 400). La pregunta de la deconstrucción es la pregunta radical que "incluso puede llegar, si se presenta el caso, a poner en cuestión o a exceder la posibilidad o la necesidad última del cuestionamiento (o del preguntar) mismo, de la forma interrogante del pensamiento, interrogando sin confianza ni prejuicio la historia misma de la pregunta y de su autoridad filosófica" (DERRIDA, 1990, 930).

La pregunta de la deconstrucción no se detiene y no evade su tarea conformándose con respuestas que violentan el carácter aporético, contingente e histórico de nuestra existencia. La pregunta parece erigirse en la estructura misma de nuestra existencia. Sostenerse en la incertidumbre del preguntar es la única manera de ser *justos* con el fondo abismal, indecible, en que reside la aporía constitutiva de nuestro existir.

Y sin embargo, la cuestión de la justicia exige una respuesta urgente, una decisión impostergable. "Una decisión justa es requerida siempre inmediatamente, 'right away'" (DERRIDA, 1990, 966). Pero ¿cómo responder? ¿Cómo ser *responsable* ante tan inmensa tarea? ¿Cómo *decidimos* por una respuesta que no se sustraiga a ese fondo de indecidibilidad?

Entre el afuera y el adentro

Kelsen flaquea en esta tarea y se *decide* por una respuesta que escapa al fondo de indecidibilidad. Luego de un recorrido a través de las diversas soluciones que el pensamiento occidental ha ofrecido, Kelsen se pronuncia por una respuesta que reduce la indecidibilidad a través de una serie de oposiciones. La respuesta de Kelsen se asienta en un conjunto de pares opuestos que se remiten mutuamente: emotividad/ciencia, irracional/racional, relativo/absoluto, subjetivo/objetivo, política/neutralidad.

Kelsen inscribe su pregunta por la justicia en un campo ya delimitado por su concepción de la ciencia y de la racionalidad. Albert Calsamiglia, en su "Estudio preliminar" a *¿Qué es justicia?*, destaca que la concepción irracional y emotiva de la Justicia, sostenida por Kelsen, es coherente con su concepto de ciencia y de racionalidad. "Kelsen identifica la razón científica con la racionalidad y considera que todo aquello que no sea abordable mediante el método de la Ciencia es irracional" (CALSAMIGLIA, 1982, 12). Sólo lo racional puede tener validez absoluta. Como la racionalidad es reducida a la racionalidad científica, y la justicia no es abordable mediante el método científico, la justicia tiene un carácter irracional. Sin embargo, si bien la razón indica que "la justicia absoluta es un ideal irracional", esta afirmación no excluye la posibilidad ni la necesidad de concebir una justicia de carácter relativo. Consecuentemente, Kelsen formula *su* concepción de la justicia, una concepción *relativa* (relativa principalmente a *su* concepción de ciencia). "Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante en mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuyo amparo puede avanzar la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia

it is the futility of the attempt to establish, in the way of rational considerations, an absolutely correct standard of human behavior." (KELSEN, 1957, 21)

de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia" (KELSEN, 1953, 43). Más allá de que se pueda compartir o no el espíritu de esta afirmación, y más allá de la imperiosa necesidad de afirmar y, a un tiempo, deconstruir los conceptos de libertad, democracia y tolerancia en tanto dependientes de una concepción moderna de sujeto y de una idea de liberalismo decimonónico, Kelsen defiende una visión de la ciencia que se ha vuelto insostenible después de las críticas y reformulaciones hechas en la segunda mitad del siglo XX. En este sentido, es pertinente la observación de Calsamiglia: "Si se abandona el rígido monismo metodológico y deja de considerarse indigno de atención todo aquello que *no concuerde con la convención establecida*, entonces, y sólo entonces, podremos realmente *relativizar nuestros saberes*, que son productos de convenciones y desarrollos de estas convenciones, y no podremos afirmar que nuestro conocimiento es la verdad, y que nuestra convención es la verdadera, la que corresponde a la razón humana, sino que simplemente mantendremos que es una forma de interpretar la realidad, un esquema de interpretación de la realidad que pretendemos conocer. Subrayo: un esquema de interpretación, ni el único posible ni el verdadero en última instancia" (CALSAMIGLIA, 1982, 32). Se puede concluir que Kelsen obstaculiza el desarrollo de una auténtica justicia de la libertad y la tolerancia a través de las tajantes demarcaciones que imponen su concepto de ciencia y racionalidad, y la serie de reducciones que se siguen de estas delimitaciones. Ni el derecho ni la justicia pueden corresponderse completamente con alguno de los polos de estos dualismos. En palabras de Frances Olsen: "El derecho no es racional, objetivo, abstracto y universal. Es tan irracional, subjetivo, concreto y particular como racional, objetivo, abstracto y universal." (OLSEN, 1990, 495).

Derrida ha sugerido que este tipo de demarcaciones a través de oposiciones binarias son siempre reconducibles al par afuera/adentro. "Para que estos valores contrarios [...] se puedan oponer, es necesario que cada uno de los términos resulte simplemente exterior al otro, es decir, que una de las oposiciones (adentro/afuera) esté ya acreditada como la matriz de toda oposición posible" (DERRIDA, 1968b, 117). El proyecto de purificación del derecho en tanto ciencia del derecho emprendido por Kelsen exige una delimitación clara de un adentro y un afuera. La consideración sobre la justicia queda excluida del campo jurídico. Son elocuentes las palabras de Robert Walter: "es una exigencia epistemológica aprehender el derecho positivo 'puro', es decir, separado del sistema de justicia representado por él. Sea para informar claramente sobre un determinado y efectivo sistema normativo (obviamente sin justificarlo con ello), o para poder indicar nítidamente si y en qué medida ese sistema se desvía de un determinado modelo de justicia y es, en consecuencia, 'injusto'" (WALTER, 1997, 17). Kelsen no está negando la necesidad de emitir juicios de valor respecto a los sistemas normativos; simplemente está señalando que éstos son exteriores a la validez misma del sistema. Es importante no perder de vista que son motivos éticos y políticos los que lo llevan a establecer esta demarcación entre un adentro y un afuera. Kelsen intenta sustraer la posibilidad de una utilización política del derecho. En palabras de Oscar Correas: "La *Teoría 'pura'* no es una ciencia sino una filosofía política que, por razones políticas, quiere fundar un ciencia apolítica: quiere quitar a los juristas la posibilidad de incluir, en la *descripción* de las normas, su *justificación*, cosa que es la que hacen principalmente los iusnaturalistas, pero también - según Kelsen- los marxistas y otros totalitarios" (CORREAS, 1989, 8-9).

Ahora bien, el precio de la estrategia kelseniana es el ocultamiento de que "cada momento de fundación y conservación del derecho está cargado políticamente y tiene implicaciones para las relaciones de poder en la sociedad a pesar de la declaración del derecho de una fundada neutralidad" (DAVIES, 2001, 219). Su teoría pura, pensada como apolítica por razones políticas, entra en tensión con el propio carácter político del derecho. El estudio científico del derecho exige trazar un límite respecto a la política, a la ética, al contexto social e histórico, pero ¿es posible tal tarea? ¿Puede tener éxito la táctica de Kelsen?

El establecimiento del límite entre el adentro y el afuera exige una "ley de leyes" que controle la frontera. Esta ley de leyes sólo puede tener características aporéticas. Derrida observa al examinar la cuestión de los géneros literarios en "La loi du genre", que esta ley de leyes tiene la característica de una presencia ausente o de una ausencia presente. La delimitación de un género implica la determinación de una característica definitiva, una marca. Sin embargo, esa marca que define lo que está dentro de un género no está ella misma dentro del género. "La marca de la pertenencia o inclusión no pertenece propiamente a ningún género o clase. La marca de pertenencia no pertenece. Pertenece sin pertenecer" (DERRIDA, 1979, 264). Aquello que determina qué pertenece a un género, la ley de leyes de los géneros, no pertenece a ningún género y, sin embargo, está presente en ellos como una huella. La ley de leyes "no es sólo un borde externo, sino también una impronta interna, lo que significa que nunca hay una clara distinción entre el afuera y el adentro de una categoría, porque el adentro lleva consigo la huella de lo otro" (DAVIES, 2001, 220). Esto implica que cualquier ley de leyes que pretenda establecer categorías puras está condenada al fracaso. Previo a la ley de leyes hay una ley de la impureza, una ley de la contaminación, que ya no se aplica a un campo determinado (género literario, derecho, etc.), sino que rige en el ilimitado campo de la textualidad general. La ley de la contaminación es la verdadera ley de leyes que desarticula toda pretensión de categorías puras, pues desenmascara cómo éstas se encuentran siempre marcadas por la otredad que excluyen.

Este principio de contaminación es el fondo de indecidibilidad al que Kelsen se sustrae estableciendo un espacio puro para la ciencia del derecho, y subordinando su decisión, su respuesta sobre la justicia, al aseguramiento de ese terreno neutral para la ciencia. Kelsen no asume el riesgo que el preguntar implica. Su pregunta por la justicia ya se encuentra respondida antes de ser formulada. La pregunta kelseniana no es justa con la justicia. Sólo entregándose al peligro de la exposición, de la apertura al acontecimiento, a lo incalculable, a lo indecible, puede comprenderse qué es la justicia.

Entre la justicia y el derecho

La justicia corresponde al plano de lo incalculable, de lo imposible. Éste es el motivo por el cual es irreductible al derecho. El derecho es un ámbito de ordenamiento racional, es decir, de cálculo de lo posible; lo imposible no puede volverse posible sin dejar de ser imposible. Y sin embargo, ¿no es acaso imprescindible que estos ámbitos interactúen, que la justicia se haga presente, de alguna manera, en el derecho? Y ¿no es precisamente ésta la tarea del juez: enfrentar la aporía y hacer posible lo imposible?

La justicia es aquel elemento radicalmente heterogéneo al derecho, que lo excede como lo imposible excede a lo posible, como lo incalculable a lo calculable, como lo indeconstruible a lo deconstruible. Pero, al mismo tiempo, esta "justicia incalculable *ordena* calcular". La justicia ordena hacer posible lo imposible. "El encargado de administrar justicia debe realizar la conjunción entre lo singular y lo general, hacer lo imposible. Quien es juez y sabe de esta imposibilidad puede negar ese saber, conformarse con aplicar mecánicamente la ley, el precedente, la doctrina y tranquilizarse diciendo que actúa 'conforme a derecho'. O puede hacerse cargo de la angustia que todo acto de juzgar supone y procurar lo imposible" (RUIZ, 1995, 10).

Kelsen intuye la imposibilidad de la justicia cuando afirma que la justicia es la felicidad. "El deseo de justicia es tan elemental y está tan profundamente enraizado en el corazón del hombre, porque no es más que la expresión de su inextinguible deseo de propia subjetiva felicidad" (KELSEN, 1953, 5). Siendo la felicidad irreductiblemente singular, también debe serlo la justicia. El deseo de justicia es el deseo del reconocimiento del carácter único,

acontecimental, de la existencia humana irreductiblemente singular. Y sin embargo, Kelsen niega la posibilidad de hacer posible lo imposible, pues no advierte la forma en que lo imposible interviene en lo posible como aquello que lo devuelve a su dimensión temporal, histórica, contingente. La justicia contamina al derecho como una advertencia permanente respecto a lo que éste excluye. La justicia es radicalmente heterogénea al derecho y sin embargo inescindible a él, como el supuesto mismo de su deconstrucción.

La justicia nos recuerda que "el derecho es esencialmente *deconstruible*, ya sea porque está fundado, construido sobre capas textuales interpretables y transformables (y esto es la historia del derecho, la posible y necesaria transformación, a veces la mejora del derecho), ya sea porque su último fundamento por definición no está fundado. Que el derecho sea deconstruible no es una desgracia. Podemos incluso ver ahí la oportunidad política de todo progreso histórico" (DERRIDA, 1990, 942). La afirmación del carácter deconstruible del derecho es clave para poder comprender el rol del derecho en el cambio social. "El papel del derecho [...] depende de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política" (CÁRCOVA, 1991, 152). Por este motivo, "lo que se necesita es pensar al derecho de tal manera que sea posible entrar en él, criticarlo pero sin rechazarlo completamente, y manipularlo sin dejarse llevar por *su* sistema de pensamiento y funcionamiento" (KENNEDY, 1990, 563).

El problema del carácter predominantemente conservador que el derecho generalmente adquiere en todo orden social ha sido advertido también por Kelsen. Su teoría pura del derecho se propone impedir toda utilización política del derecho que busque demostrar racionalmente la verdad eterna del valor último que sostiene. Y si bien el propósito de Kelsen no es negar el conflicto social, sino limitarse a "sacar el tema [de la justicia] del terreno de la metafísica para ponerlo en el terreno de la política" (CORREAS, 1989, 8), su solución –basada en la oposición política/neutralidad científica– adolece de los mismos problemas señalados en el apartado anterior. No es posible delimitar un campo neutral porque el derecho se encuentra existencialmente "contaminado" por la relación de fuerzas en el marco del conflicto social.

En este sentido, se puede afirmar que si "solamente donde se plantean conflictos de intereses aparece la justicia como problema" (KELSEN, 1953, 6), entonces la justicia es aquello que devuelve al derecho a su dimensión social. La justicia pone en evidencia que el derecho es "una práctica social específica que expresa históricamente, los conflictos y las tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social determinada." (CÁRCOVA, 1991, 148). La justicia habita el derecho como un llamado de atención respecto a su carácter contingente e histórico, como aquello que convoca y posibilita su transformación.

Si el objetivo de Kelsen es evitar la posibilidad de algún tipo de "naturalización" del derecho que permita la afirmación de valores absolutos, Derrida parece señalar que la mejor estrategia para responder a este tipo de argumentación es desarticular la oposición misma entre *physis* y *nómos*, es decir, poner en cuestión la base filosófico-epistemológica de los reduccionismos propuestos tanto por el iusnaturalismo como por el positivismo. Para ello, no sólo es necesario admitir la irreductibilidad de la justicia al derecho, sino también la mutua implicación de ambos en esta compleja y aporética relación en la cual no hay derecho sin justicia, pero tampoco hay justicia sin derecho. Pues, si bien la justicia no es reductible al derecho, nuestra tarea no puede ser otra que continuar intentando que así sea. En tanto la pregunta por la justicia se siga sosteniendo, lo imposible encontrará el modo de actuar en lo posible.

BIBLIOGRAFÍA

- CALSAMIGLIA, A. (1982) "Estudio preliminar". En KELSEN, H. *¿Qué es justicia?* Barcelona, Editorial Planeta De Agostini, 1993.
- CÁRCOVA, C. M. (1991) "Acerca de las funciones del derecho". En MARÍ, E. y otros *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- CORREAS, O. (1989) "Presentación". En CORREAS, O. (comp.) *El otro Kelsen*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1989.
- DAVIES, M. (2001) "Derrida and law: legitimate fictions". En COHEN, T. (ed.) *Jacques Derrida and the humanities. A critical reader*. Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 213-237.
- DE PERETTI, C. (1989) *Jacques Derrida: texto y deconstrucción*. Barcelona, Editorial Anthropos, 1989.
- DERRIDA, J. (1963) "Force et signification". En *L'écriture et la différence*. Paris, Éditions du Seuil, 1967.
- (1964) "Edmond Jabès et la question du livre". En *L'écriture et la différence*. Paris, Éditions du Seuil, 1967.
- (1967) *De la grammatologie*. Paris, Les Éditions de Minuit, 1967.
- (1968a) "Ousia et Grammè. Note sur une note de *Sein und Seif*". En *Marges de la philosophie*. Paris, Les Éditions de Minuit, 1972.
- (1968b) "La pharmacie de Platon". En *La dissémination*. Paris, Éditions du Seuil, 1972.
- (1979) "Le loi de genre". En *Parages*. Paris, Éditions Galilée, 1986.
- (1990) "Force de loi: le 'fondament mystique de l'autorité' / Force of law: the 'mystical foundation of authority'". En *Cardozo Law Review*, 1990, 11, 5-6, 920-1045.
- HEIDEGGER, M. (1920-21) "Einleitung in der Phänomenologie der Religion". *Gesamtausgabe. II. Abteilung: Vorlesungen 1919-1944. Band 60*. Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1995.
- KELSEN, H. (1953) *Was ist Gerechtigkeit?* Wien, Franz Deuticke, 1975.
- (1957) *What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science. Collected essays by Hans Kelsen*. Union, The Lawbook Exchange Ltd., 2000.
- (1962) *¿Qué es la justicia?* Traducción del alemán de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Librería "El Foro", 2006.
- (1982) *¿Qué es justicia?* Traducción del inglés de Albert Calsamiglia, Barcelona, Editorial Planeta De Agostini, 1993.
- KENNEDY, D. (1990) "La educación legal como preparación para la jerarquía". En COURTIS, Ch. (comp.) *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- MCCORMICK, J. P. (2001) "Derrida on law: Or, poststructuralism gets serious". En *Political theory*, 2001, 3, 29, 395-423.
- OLSEN, F. (1990) "El sexo del derecho". En COURTIS, Ch. (comp.) *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- PASCAL, B. (1670) *Pensamientos*. Madrid, Alianza Editorial, 1981.
- RUIZ, A. (1995) "Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo". En COURTIS, Ch. (comp.) *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- WALTER, R. (1997) *Kelsen, la teoría pura del derecho y el problema de la justicia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

VALIDEZ, EFICACIA Y LA NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL EN EL PENSAMIENTO DE HANS KELSEN

Por Benjamín García Holgado

RESUMEN

En este ensayo analizo la ambigua relación entre los principios de validez y eficacia y el concepto de Norma Hipotética Fundamental. Examino esta tensión conceptual para comprender de qué forma Kelsen responde a estas preguntas: "What constitutes the unity of a multitude of norms?; Why does a certain norm belong to a certain order?; Why is a norm valid?; What is the reason for its validity?" (Kelsen, 1960, 193). Para comprender la génesis y estructura de la Norma Hipotética Fundamental y para entender la lógica que subyace a esta tensión estructural entre la validez y la eficacia, analizo la diferencia entre el sentido objetivo y subjetivo de las normas. Asimismo, explico el criterio que le permite a Kelsen diferenciar una banda de ladrones de un Estado. Por último, examino el concepto de revolución y de cambio de un sistema jurídico para aclarar la tensión estructural entre los conceptos de validez y eficacia.

PALABRAS CLAVE

Norma Fundamental; Eficacia; Validez; Teoría Pura Del Derecho; Hans Kelsen

VALIDITY, EFFECTIVENESS AND THE BASIC NORM IN THE THOUGHT OF HANS KELSEN

By **Benjamín García Holgado**

ABSTRACT

In this essay I discuss the unclear relationship between the principles of validity and effectiveness and the concept of Basic Norm. I examine this conceptual tension to understand the way Kelsen deals with these questions: "What Constitutes the unity of a multitude of norms?; Why does a certain norm belong to a certain order?; Why is a valid norm?; What is the reason for its validity? "(Kelsen, 1960, 193). In order to comprehend the genesis and structure of the Basic Norm and to understand the logic behind this structural tension between validity and effectiveness, I discuss the differentiation between the subjective and objective meaning of a norm. Furthermore, I explain the criterion that allows Kelsen to differentiate a gang of robbers from a State. Finally, I examine the concept of revolution and change of a legal system to enlighten the structural tension between the concepts of validity and effectiveness.

KEYWORDS

Basic Norm; Effectiveness; Validity; Pure Theory Of Law; Hans Kelsen

VALIDEZ, EFICACIA Y LA NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL EN EL PENSAMIENTO DE HANS KELSEN¹

Por Benjamín García Holgado*

1. Conceptos fundamentales de la Teoría Pura

Según Kelsen, sólo se puede concebir una norma jurídica válida dentro de un sistema de normas válido. El jurista se refiere a distintos conceptos de validez de las normas y de los sistemas jurídicos. En primer lugar, que una norma sea válida significa que existe y pertenece a un sistema jurídico particular. En segundo lugar, la validez de las normas depende de un criterio formal (no material) de tipo procedimental. Es decir, la norma B es válida si y solo si el órgano gubernamental competente y autorizado por la norma A, que tiene una jerarquía superior a la norma B, siguió el procedimiento adecuado y estipulado (en la norma A) cuando creó a la norma B. En tercer lugar, la validez de un sistema jurídico significa que los individuos se encuentran sujetos a las órdenes y mandatos que las normas de este sistema les imponen. Sin embargo, esta igualación de validez y obligatoriedad (no moral) del derecho tiene un significado especial y original (Nino, 1998, 256). Las personas tienen la obligación, el deber, de comportarse en la forma en que las normas lo prescriben. Las normas, dice Kelsen, tienen fuerza vinculante, obligan, imponen un deber, no en sentido moral, sino en sentido jurídico-objetivo. Este trabajo busca reflexionar sobre este "deber jurídico-objetivo".

Mi interpretación, en este punto, es contraria a la expuesta por Alf Ross, que acusa a Kelsen de ser un quasi-positivista. Ross interpreta que Kelsen sostiene que si un sistema de normas jurídicas es válido, entonces es legal y posee una fuerza *moral* y jurídica absolutamente obligatoria (Ross 1998: 159-169). Según la exégesis de Ross, Kelsen representa una doctrina ideológica, que se desprende del derecho natural, denominada "quasi-positivista" ("natural law philosophy of the quasi-positivist kind"): se debe obedecer al derecho positivo por la sola razón de que es válido. En este sentido, Carlos Nino afirma que Ross sostiene que el jurista vienés es un representante del "positivismo ideológico". Sin embargo, según mi visión, Kelsen deja muy en claro la diferencia entre un *ought* moral y absoluto y un *ought* jurídico y relativo.

Explicar en qué consiste la diferenciación que Kelsen desarrolla entre el sentido subjetivo y objetivo de las normas jurídicas y las órdenes no jurídicas es central para comprender el concepto de Norma Hipotética Fundamental. Según Kelsen, un *ought* es el sentido subjetivo de cualquier acto de la voluntad de A dirigido al comportamiento de B. Si A le dice a B: "Si no me entrega 1000 \$, lo voy a encerrar y se los voy a quitar por la fuerza", está enunciando una orden cuyo sentido subjetivo es un *ought* que un sujeto le impone a otro. En esta situación, B está obligado solamente en sentido subjetivo a cumplir la orden de A. Por eso, Kelsen aclara que no todos los actos de voluntad de un sujeto tienen también un sentido objetivo. Si el contenido de un acto de voluntad (que es un *ought*) tiene también un sentido objetivo, se está enunciando una norma, no una orden. Entonces, una

¹ Utilizaré las últimas ediciones que fueron traducidas al inglés de las principales obras de Kelsen: *Pure Theory of Law* y *General Theory of Law and State*. Por cuestiones de hermenéutica decidí no traducir las citas ni los conceptos para no alterar su significado.

* Estudiante de Ciencias Políticas, Universidad de San Andrés.

norma válida y obligatoria siempre establece un *ought* obligatorio en un sentido objetivo. Kelsen define el sentido objetivo de un acto como: "the behavior at which the act is directed is regarded as something that ought to be not only from the point of view of the individual who has preformed the act, but also from the point of view of the individual at whose behavior the act is directed, and of a third individual not involved in the relation between the two" (Kelsen, 1960, 7-8). Es decir, el sentido objetivo de una norma es, de alguna forma, independiente del acto de voluntad inicial que dio origen a la norma. Por otro lado, un sujeto debe comportarse como lo indica el sentido objetivo de una norma aunque desconozca la existencia del acto de voluntad originario que creó esta norma. Kelsen aclara, por último, que la existencia misma del sentido objetivo de una norma depende directamente de que el acto de voluntad que crea la norma fuera autorizado por una norma superior para hacerlo.

Entonces, se puede establecer una diferencia fundamental entre el pedido de dinero que realiza un ladrón y el de un recaudador de impuestos. La exigencia, el *ought* creado por el acto de voluntad de ambos, tiene el mismo sentido subjetivo: "the individual at whom the command is directed ought to pay something" (Kelsen, 1960, 8). Sin embargo, la ordenanza, el *ought* que es creado por el acto de voluntad del recaudador de impuestos es una norma válida vinculante (*binding valid norm*), ya que este acto de voluntad está autorizado por una norma superior (norma impositiva) para crear esta norma válida vinculante. A su vez, el acto de voluntad de los legisladores, cuando crearon esta ley tributaria, tiene un sentido objetivo, ya que la Constitución, que es la norma positiva superior del sistema jurídico, los ha autorizado para que todos los actos de voluntad que fueron realizados de cierta forma, sean válidos y obligatorios. Sin embargo, el problema fundamental se encuentra en el concepto mismo de la Constitución que sea obligatoria, que imponga un *ought* objetivo. Siguiendo el razonamiento de Kelsen, si afirmamos que la Constitución es una norma con un *ought* con un sentido objetivo y obligatorio, que le otorga validez a todas las normas inferiores, debe existir una norma anterior a la Constitución que le otorgue su validez y obligatoriedad. Esta norma, que le otorga validez a todo el sistema jurídico y que permite realizar el primer "juicio de validez" de toda la "cadena de validez" de un sistema jurídico (Nino 1998, 257-258), no es positiva sino presupuesta, y es llamada Norma Hipotética Fundamental (Kelsen, 1960, 8-9).

Entonces, la razón o causa lógico-formal que posibilita que una norma sea válida, es decir, que obligue, no se puede encontrar en un hecho: "The objective validity of a norm, which is the subjective meaning of an act of will that men ought to behave in a certain way, does not follow from the factual act (from an *is*), but again from a norm authorizing this act (from an *ought*)" (Kelsen, 1960, 193).

Por lo tanto, solo se puede afirmar que el recaudador de impuestos, a diferencia de un ladrón, no emite órdenes, sino normas, que poseen un *ought* con sentido objetivo y vinculante, si y solo si el agente estatal se encuentra autorizado, por una norma jerárquicamente superior y válida, a emitir, de una forma determinada, cierto tipo de normas. Es decir, lo que diferencia a uno del otro, es la existencia o ausencia de una "cadena de validez", que permita derivar un *ought* de otro *ought* y no de un *is*. Pero, si en vez de un ladrón, hubiera un grupo de ellos, organizados jerárquicamente, que ocupan un territorio y cuyos mandatos son obedecidos por la población, en este caso, ¿sus mandatos, sus *ought*, serían objetivamente obligatorios y válidos? En últimas, siguiendo la hermenéutica que propone Kelsen, ¿por medio de qué criterios se puede diferenciar una banda de guerrilleros de un Estado republicano? Después volveré sobre esta pregunta.

Es importante recordar que Kelsen se propone crear una Teoría Pura del Derecho que tiene como uno de sus pilares atacar la falacia que David Hume le imputa a las doctrinas del derecho natural ("from the circumstance

that something *is* cannot follow that something *ought to be*"). Comprender esta crítica, característica del positivismo jurídico, es central para la interpretación de toda la obra de Kelsen, que se aboca a crear una teoría del derecho positivista. Las escuelas del Derecho Natural son diversas, pero todas afirman la existencia de principios morales trascendentes, metafísicos y vinculantes, no creados por el hombre, sino descubiertos por él. Estos principios son obligatorios para todos los hombres, constituyen los máximos criterios evaluativos que le otorgan validez al derecho positivo. Es decir, si el derecho positivo no es una copia justa del derecho natural, carece de validez, y por lo tanto, de obligatoriedad. Hume critica a estas doctrinas que sostienen que existe un orden natural que tiene mayor densidad metafísica y moral, que posee mayor existencia y que es, en definitiva, más real. En este sentido, Kelsen quiere, como señalé, una teoría del derecho en la cual el ser no se convierta en deber ser. Por lo tanto, el origen de la validez de una norma, para no caer en la falacia naturalista, sólo se la puede encontrar en la validez de una norma superior que se la otorgue. De esta forma, se estaría derivando un *ought* no a partir de un *is*, sino de un *ought* superior, que le otorga validez a una norma inferior. En este sentido, Kelsen siempre afirma que el derecho regula su propia creación, y que su validez y legitimidad no depende de consideraciones políticas, sociales o morales.

Veamos todo lo expuesto en un caso concreto. La razón para obedecer la Ley 20.628 (impuesto a las ganancias) que emite el Congreso (*is-statement*) no se encuentra en el hecho de que el parlamento emitió esta ley (*is-statement*), sino la presunción de una norma tácita y presupuesta que sostiene que todos debemos cumplir con todas las leyes que emite el Congreso (*ought-statement*). Kelsen presenta un silogismo compuesto por tres premisas.

La premisa mayor es un *ought-statement* (debemos obedecer las leyes que provienen del parlamento). Es una norma presupuesta y tácita. De esta se deriva lógicamente una nueva premisa mayor, un nuevo *ought-statement*, que declara la validez de todas las leyes tributarias que sanciona el parlamento (debemos obedecer las leyes tributarias que emite el parlamento). La conexión esencial es la premisa menor, que postula un *is-statement*, un hecho (el congreso emitió la Ley 20.628). Siguiendo el razonamiento, la conclusión del silogismo es un *ought-statement* (debemos obedecer la Ley tributaria 20.628). Entonces, la premisa mayor y la conclusión siempre son un *ought-statement*, mientras que la premisa menor es un *is-statement*. La norma cuya validez se afirma en la premisa mayor es la *conditio per quam* de la validez de la norma cuya validez se sostiene en la conclusión. La validez de la conclusión se deriva de la validez de la premisa mayor. La premisa menor, que es un *is-statement*, funciona como la *conditio sine qua non* en relación a la validez de la conclusión: "the fact whose existence is asserted in the minor premise is not the reason for the validity of the norm whose validity is asserted in the conclusion" (Kelsen, 1960, 194).

La Norma Hipotética Fundamental (a partir de ahora, NHF) es la premisa mayor del sistema jurídico. Entonces, su validez no se deriva de una norma superior sino que se presupone. En este sentido, para Kelsen, la razón de su validez es incuestionable. Como es la norma más alta (supuesta) no hay una norma superior con la que se pueda verificar su validez. No es una norma positiva, es decir, puesta por una autoridad cuya competencia válida descansa en una norma superior.

Kelsen responde a las cuatro preguntas formuladas al inicio mediante su concepto de NHF. Todas las normas cuya validez se derivan de una única NHF constituyen un sistema de normas u orden normativo. Por lo tanto, la NHF es la fuente común que le da validez a todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico, constituye la fuente misma de unidad de la multiplicidad de normas de un sistema jurídico.

La característica formal y *no material* (no tiene un contenido moral o político) de la NHF permite que el derecho, a diferencia de otros sistemas de normas como los que pertenecen al Derecho Natural, sea un sistema *dinámico* de normas. La NHF sólo contiene la determinación de un "norm-creating fact" (Kelsen, 1960, 196): "The

basic norm merely establishes a certain authority, which may well in turn vest norm-creating power in some other authorities [...] is the fundamental rule according to which the norms of the system are to be created" (Kelsen, 1945, 113). En definitiva, la NHF es una regla formal que establece de qué manera las normas generales e individuales de un orden legal (que fundamentan su validez en esta misma NHF) deben ser creadas. Las normas forman parte de un sistema jurídico si han sido creadas en una forma determinada y autorizada por la NHF. Entonces, las normas son válidas sólo si cumplen con el procedimiento que ha sido establecido en la NHF, sin importar su contenido. Es la adecuación al proceso específico de creación de normas respecto de la NHF lo que otorga validez a las normas particulares y generales.

2. Presentación del problema

El problema central de la Teoría Pura es determinar cuándo debemos presuponer la existencia de una Norma Hipotética Fundamental que le otorgue validez a un sistema jurídico. Es decir, es el antiguo problema que está presente en la filosofía política y del derecho que consiste en establecer algún tipo de criterio que permita diferenciar a un Estado de un grupo de ladrones. Asimismo, también consiste en la dificultad de determinar si una revolución, que tiene por objetivo el cambio de un sistema jurídico por otro, es exitosa o no. En estas dos situaciones se evidencia la tensa relación entre los principios de la validez y la eficacia y la Norma Hipotética Fundamental. Kelsen intenta resolver esta tensión sin caer en la falacia del Derecho Natural, pero incurre en varios argumentos contradictorios y poco claros.

Por una lado, Kelsen afirma que "the basic norm is presupposed *when* the custom through which the constitution has come into existence, or the constitution-creating act consciously performed by certain human being, is *objectively interpreted* as a norm creating fact, if, in the latter case, the individual or the assembly who created the constitution on which de legal order rest, *are looked upon* as norm-creating authorities" (El énfasis me pertenece. Kelsen, 1960, 199). Luego vuelve a definir la NHF como "a norm presupposed *if* the subjective meaning of the constitution-creating facts and the subjective meaning of the norm-creating facts established according to the constitution *are interpreted* as their objective meaning" (El énfasis me pertenece. Kelsen, 1960, 200). Es decir, la NHF debe ser presupuesta después de observar empíricamente que los individuos previamente reconocen e interpretan a las órdenes subjetivas que les son impuestas por las normas como objetivamente válidas, es decir, como normas que provienen de un poder válidamente autorizado. La existencia misma de esta NHF depende de que el observador del derecho suponga que ocurre previamente este reconocimiento por parte de las personas. Por eso, la NHF no puede garantizar en ningún caso la eficacia del sistema jurídico (Kelsen 1965: 1140-1141). En cambio, su existencia misma depende de que un sistema jurídico sea eficaz.

Mi interpretación es que Kelsen supone que si un sistema de normas es eficaz, esto implica que las personas previamente realizan un proceso de interpretación por medio del cual reconocen las normas de un sistema (y al sistema como un todo) como objetivamente válido. Por esto, solamente los sistemas legales coercitivos que son efectivos poseen una NHF. Por lo tanto, la NHF se "adapta" a este orden coercitivo eficaz, ya que el jurista, desde el punto de vista de la ciencia del derecho, debe presuponer una NHF solamente cuando analiza un orden social coercitivo efectivo (Kelsen 1965: 1142). Sólo podemos postular la existencia de una NHF que le otorga validez a un sistema solamente si éste es, previamente, eficaz.

Por lo tanto, para Kelsen, la validez de la NHF del sistema X está estrechamente vinculada a la eficacia previa de este sistema X. La validez del sistema depende de su nivel de eficacia, no de una NHF que lo trasciende y

es anterior a él. La NHF solamente puede ser presupuesta como válida y constituirse como fuente de validez de todo el sistema jurídico en aquellos casos donde observamos empíricamente un sistema jurídico eficaz: "Effectiveness is stipulated as a condition for the validity [of the legal system as a whole] by the basic norm" (Kelsen, 1960, 208). Kelsen busca establecer la validez del sistema en la eficacia del sistema mismo. De alguna forma, el sistema es válido, tiene normatividad, es obligatorio, como consecuencia de su eficacia. La NHF sólo existe en sistemas legales eficaces, donde la validez objetiva de este sistema no depende, en últimas, de la validez presupuesta de esta NHF, sino de un proceso de reconocimiento de los que aplican y obedecen el derecho. En definitiva, es este proceso de reconocimiento que realiza la población lo que le da eficacia y, por lo tanto, validez al sistema.

En conclusión, solo se podría presuponer la existencia de la NHF (*ought-statement*) luego de verificar el establecimiento de normas por actos de voluntad (*is-statement*) y que estas normas sean: 1. Interpretadas y reconocidas por la población como si fueran objetivamente válidas. 2. Efectivamente cumplidas y aplicadas (*is-statement*) por los individuos.

Sin embargo, Kelsen también afirma que "the function of the basic norm is to make it posible to consider the *subjective meaning* of the law-creating acts -which is an *ought*- as their *objective meaning*, and thus as objectively norms [y no solo como órdenes con un *ought* con sentido solamente subjetivo]. Only if we presuppose the basic norm can we consider a coercive order which is by and large effective as a system of objectively valid norms. Consequently, the foundation of the objective validity of the legal norms is conditional, conditioned by the presupposition of the basic norm" (El énfasis me pertenece. Kelsen, 1965, 1145). Kelsen, a diferencia de lo que afirmó en el apartado anterior, asegura que *la presuposición* de la NHF le otorga validez al sistema jurídico y que permite considerar las órdenes subjetivas que establecen las normas como objetivamente válidas.

No queda claro, por lo visto anteriormente, si la NHF otorga validez a un sistema jurídico eficaz, o si por el contrario, todo sistema jurídico eficaz (en el cual las personas, al obedecer las normas reconocen a los *oughts* como objetivamente válidos) permite suponer una NHF que, a su vez, "establezca" la validez del sistema. Según mi interpretación, la validez ya habría sido establecida previamente cuando las personas realizan un juicio de validez donde reconocen los *oughts* que les imponen el contenido de las normas como objetivamente válidos.

En el primer caso, se subordina la eficacia a la validez. En el segundo, la validez se subordina y depende de la eficacia del sistema. En este sentido, Kelsen debería aclarar que la presuposición, desde la ciencia del derecho, de la existencia de una NHF particular (fuente última y única de validez de un sistema legal), que se corresponde con un sistema jurídico específico, puede realizarse solamente después de comprobar, a través de una observación empírica que este sistema jurídico, como un todo completo y cerrado, es eficaz (o de suponer que el sistema es eficaz). Sólo el jurista puede presuponer la existencia de una NHF que le da validez al sistema jurídico X como una consecuencia de que el sistema jurídico X es eficaz. Entonces, las normas del sistema jurídico X son válidas como consecuencia de que son eficaces.

De esta forma, la NHF nunca puede entrar en contradicción con el sistema jurídico eficaz, cuya validez depende de ella (Kelsen, 1960, 217). Kelsen continúa argumentando circularmente. La NHF es la condición para la interpretación objetiva de la ley y establece la validez de cualquier orden legal positivo, que haya sido creado por la voluntad de ciertos individuos y que sea eficaz. Por lo tanto, no puede existir ningún sistema jurídico eficaz que no se corresponda con su NHF: "It is imposible that a positive legal order is not in conformity with its basic norm and hence not valid" (Kelsen 1959: 109). Todo sistema jurídico eficaz es válido, y por lo tanto, posee una Norma Hipotética Fundamental, que le otorga validez.

A partir de estas afirmaciones, se puede extraer la siguiente conclusión: la validez (es decir, la existencia lógico-explicativa) de la NHF (que permite considerar a todo el sistema como válido) es un efecto, una consecuencia, de la eficacia real del sistema jurídico. Sin embargo, la validez de un sistema de normas (que los *oughts* de las normas sean reconocidos como objetivos y no meramente subjetivos, es decir, que sean obligatorios) depende, a su vez, de que se presuma la existencia de una NHF. Pero, la NHF sólo es válida y puede ser presupuesta si se refiere a un sistema jurídico eficaz. El problema con este razonamiento es su circularidad. Además, Kelsen estaría afirmando un *deber* (*ought-statement*) que se encuentra expresado en la NHF, premisa mayor incuestionable (*one ought to behave as the constitution prescribes*), como consecuencia necesaria de la existencia de un *hecho fáctico* (*is-statement*), que consiste en una observación empírica (la gente obedece al derecho en un sistema jurídico).

3. Situaciones problemáticas: banda de ladrones y revolución

La paradoja mencionada anteriormente se evidencia claramente en dos situaciones especiales. La primera consiste determinar cómo podemos diferenciar a los mandatos de una organización delictiva de los mandatos normativos del sistema legal (Kelsen, 1960, 44-50). La segunda consiste en una revolución que cambia la Norma Hipotética Fundamental. El análisis de estos dos momentos es esencial para el objetivo de este trabajo: establecer los verdaderos criterios que diferencian una norma (con un *ought* con sentido objetivo, es decir, válido y obligatorio) de una orden y determinar en qué momento el jurista debe presuponer una NHF.

3.1 ¿En qué se diferencian una banda de ladrones de un sistema jurídico?

Como señalé antes, la orden de un ladrón hacia otra persona exigiéndole su dinero, posee, en sentido subjetivo, el mismo significado que tiene la orden de un recaudador de impuestos cuando le exige el pago de una suma a esa persona. En ambos casos, se establece un *ought* que puede o no ser cumplido: "So far as only the subjective meaning of the acts are considered, there is no difference between describing the command of a robber and the command of a legal organ" (Kelsen, 1960, 44-45)

Sin embargo, la orden del recaudador tiene sentido normativo y es realmente, en un sentido jurídico, desde el punto de vista objetivo, obligatoria y vinculante. La diferencia entre ambos está dada por el sentido objetivo de la acción: "The meaning of a *threat* is that an evil will be inflicted under certain conditions, the meaning of a legal order is that certain evils ought to be inflicted [...] or that certain coercive acts *ought to be* executed under certain conditions" (Kelsen, 1960, 45). La existencia de esta diferencia entre el *will* y el *ought* es causa de la ausencia de una "cadena de validez", que permite que el *ought* de la norma jurídica sea considerado objetivamente válido y vinculante. En ese caso, el *ought* no se estaría derivando de un *is*, sino de un *ought* superior. Por lo tanto, la persona solo se encuentra realmente obligada (en sentido objetivo) hacia el recaudador de impuestos.

Se podría encontrar algún tipo de similitud entre el sentido subjetivo de una orden en Kelsen y las regularidades relacionadas con el punto de vista externo de H.L.A. Hart. Asimismo, en términos de Hart, se podría sostener que el sentido subjetivo de la orden del ladrón hace que la otra persona se vea obligada a entregar su dinero. Sin embargo, la norma que emite el recaudador de impuestos, posee un sentido objetivo, que produce que la persona tenga una obligación.

Kelsen realiza nuevamente la pregunta "Why do we interpret the subjective meaning of the one act also as its objective meaning, but not so of the other act?" (Kelsen, 1960, 45) y la responde analizando todos las etapas de la

“cadena de validez” hasta llegar a la Norma Hipotética Fundamental. El jurista vuelve a definir la NHF como una norma presupuesta “according to which the act whose meaning is to be interpreted as “constitution” is to be regarded as establishing objectively valid norms”. Luego, aclara que la NHF es presupuesta “if the act [whose meaning is to be interpreted as “constitution”] is interpreted as establishing a constitution and the acts based on the constitution are interpreted as legal acts” (Kelsen, 1960, 46). Es decir, la NHF permite interpretar la primera constitución positiva como una norma que, en un sentido objetivo, establece normas válidas y obligatorias. Sin embargo, aparece nuevamente la tensión entre validez y eficacia: “The basic norm which is the reason for the validity of the legal order, refers only to a constitution, which is the basis of an effective coercive order. Only if the actual behavior of the individual conforms, by and large, with the subjective meaning of the acts directed toward this behavior –if, in other words, the subjective meaning *is recognized* as the objective meaning- only then are the acts interpreted as legal acts” (Kelsen, 1960, 47). Entonces, la NHF es supuesta, desde el punto de vista de la ciencia del derecho, cuando se percibe un sistema de normas jerárquico, cerrado y completo, que es eficaz. Kelsen, de alguna forma, está afirmando que si el comportamiento externo de los individuos se corresponde con los *oughts* de las órdenes, si las personas cumplen con las órdenes, el sistema es eficaz, por lo tanto, válido, obligatorio y vinculante.

Es posible pensar en un sistema de normas que, como no es eficaz, sólo establece una obligación en un sentido subjetivo. Sin embargo, este sistema de normas impone una obligación, en sentido objetivo (es decir, este sistema se vuelve válido), si las personas comienzan a cumplir esos mandatos que les son impuestos. Entonces, si las personas cumplen con un sistema de normas (antes de que ellas las obedezcan, este sistema no era válido, no tiene obligatoriedad objetiva, sino sólo subjetiva) éste se “transforma” en un sistema obligatorio y válido. Las normas imponen un *ought*, en sentido objetivo, solo en la medida en que estas son eficaces.

En este punto, Kelsen entra en una contradicción interna. Si entendemos que “an objective norm is one that ought to be obeyed, subjective attitudes to the contrary or otherwise notwithstanding” (Beyleveld y Brownsword, 1998, 131), Kelsen no puede afirmar, simultáneamente, que si un conjunto de personas deja de obedecer al derecho, éste deja de ser efectivo (por tanto, deja de ser válido), perdiendo su sentido objetivo. Si afirma que como consecuencia de que un conjunto de normas dejan de ser obedecidas, éstas ya no son válidas, es decir, pierden su fuerza normativa y obligatoria, está aceptando que “from the fact that the norm is not effective it ought not to be obeyed” (Beyleveld y Brownsword, 1998, 131) y dejando un tanto olvidado su objetivo de no derivar un *ought* a partir de un *is*.

Kelsen no aclara quién decide en qué momento las órdenes deben ser interpretadas como normas válidas y vinculantes, que forman parte de un sistema jurídico. Por un lado, si las personas obedecen al sistema de normas de un orden coercitivo, éste es eficaz y, por tanto, válido, lo que le permite a un jurista, desde el punto de vista de la ciencia del derecho, afirmar que existen *ought* tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo. Por otro lado, como afirma Joseph Raz, la normatividad (es decir, interpretar los *oughts* como objetivamente válidos y vinculantes) del sistema jurídico, depende, en definitiva, de que los individuos perciban al sistema jurídico como normativo (juzgando los *oughts* que les imponen las leyes del Estado como objetivamente válidas) (Raz, 1998, 57-60).

Según mi interpretación, cuando la gente cumple con un sistema de normas, se debe dar un proceso de reconocimiento, donde las personas reconocen al derecho como un sistema de normas obligatorio, que debe ser obedecido, a diferencia de los mandatos de una organización delictiva. En algún sentido, podría ser afirmado que las personas adoptan un punto de vista interno (similar al de Hart) donde reconocen la obligación de obedecer a estas normas.

Luego, Kelsen diferencia a las órdenes de un ladrón individual respecto de las que emite una banda de ladrones: "How about a situation, however, in which an organized gang systematically jeopardizes a certain territory by forcing the people living there, under, threat, to surrender their money?" (Kelsen, 1960, 47). De acuerdo con mi interpretación, es viable definir dos situaciones posibles.

En la primera, la banda de ladrones actúa dentro de un sistema jurídico válido. Kelsen se pregunta, entonces, porqué esta banda de ladrones no es interpretada como un orden legal, es decir, porqué el sentido subjetivo de este orden coercitivo no es interpretado en sentido objetivo. Responde que esto es así ya que no se ha presupuesto una NHF "according to which one ought to behave in conformity with this order". Sin embargo, vuelve a preguntarse "why is no such basic norm presupposed? *Because this order [el sistema de normas de los ladrones] does not have the lasting effectiveness without which no basic norm is presupposed*" (El énfasis me pertenece. Kelsen, 1960, 47). El sistema coercitivo de los ladrones, en este caso, no tiene validez si las normas del sistema legal dentro del cual se encuentra poseen mayor eficacia, es decir, si este sistema es válido. Esta situación se da "if the coercive order regarded as the legal order is more effective than the coercive order constituting the gang" (Kelsen, 1960, 48).

Sin embargo, es posible pensar en una segunda situación, donde la validez del orden coercitivo de los ladrones (que asegura un nivel mínimo de seguridad colectiva) se restringe a una zona específica. Esta situación se puede dar aunque dicho sistema se encuentre "compartiendo" territorio con otro sistema jurídico. Además, en el territorio que se corresponde con el orden coercitivo de los ladrones, la validez de cualquier otro orden coercitivo distinto está excluida. Entonces, en este caso, el orden coercitivo del grupo de ladrones, si es eficaz, es válido y, por lo tanto, considerado como un sistema legal, un Estado (Kelsen, 1960, 48).

Kelsen explícitamente rechaza cualquier criterio axiológico que le permita diferenciar, desde el punto de vista de la ciencia del derecho, un sistema jurídico que pertenece a un Estado republicano y democrático del sistema legal de un grupo de guerrilleros, que se apoderan de un territorio, y cuyas órdenes son eficazmente obedecidas. No existe ningún tipo de diferenciación cualitativa entre un Estado y un grupo armado que aún no logra imponer sus mandatos. La diferencia entre ambos es puramente cuantitativa: solamente el nivel de eficacia de las normas de uno de los sistemas coercitivos va a determinar si éste considerado como legal o no. Es decir, un población, frente a dos órdenes coercitivos en competencia (aún ninguno es más eficaz que el otro) cuando decide comenzar a obedecer a uno de ellos por sobre el otro, está determinando que éste es un orden legal válido, es decir, un conjunto de normas que deben ser obedecidas. En algún sentido, para Kelsen, un Estado no sería mucho más que un conjunto de ladrones, delincuentes o guerrilleros organizados en un territorio determinado que logran establecer un sistema de normas jerárquico que es eficaz.

3.2. ¿Cómo determinar si existe una revolución que cambia un sistema jurídico por otro?

Para Kelsen una revolución consiste en un cambio no legítimo de una constitución válida. Es decir, un cambio cuyo procedimiento no se corresponde con el cambio de constitución que está autorizado en la misma constitución válida (Kelsen, 1945, 117 y 372). En este punto, se vuelve a notar en su razonamiento la tensión entre el principio de la validez al de la eficacia: "As the new constitution becomes valid, so simultaneously changes de basic norm" (El énfasis me pertenece. Kelsen, 1960, 220). A medida que los *oughts* de las normas que se derivan de la nueva constitución comienzan a ser reconocidos como objetivamente válidos, empieza a cambiar la NHF. La relación causal es clara. El nivel de eficacia del nuevo sistema legal permite la posibilidad de suponer una Norma Hipotética Fundamental, que "garantiza" la validez de la nueva Constitución y es distinta a la que existía cuando la

anterior constitución era eficaz. Queda claro que la validez de este sistema depende enteramente de la capacidad que éste tiene de ser obedecido por la población, es decir, de ser eficaz. Kelsen afirma que se produce un cambio en la presuposición que identifica el "constitution-creating fact" y los "the facts established according to the constitution" como, respectivamente, "norm-creating" y "norm-applying facts". En efecto, es el "*cambio de juicio de validez*" el que determina que una revolución sea efectiva o no. Es decir, las personas dejan de reconocer, cumplir y obedecer los *oughts* de las normas pertenecientes a un anterior sistema jurídico, que era efectivo y válido, y comienzan a reconocer, cumplir y obedecer *oughts* de normas pertenecientes a un nuevo sistema jurídico que, a medida que se vuelve efectivo, comienza a ser válido. Sin embargo, es claro que este "*cambio de juicio de validez*" no es consecuencia de un cambio previo de NHF. Por el contrario, el cambio de la NHF es una consecuencia posterior al hecho de que las personas realicen previamente este "*cambio de juicio de validez*". Es decir, que el cambio de NHF depende del nivel de eficacia del nuevo sistema. El problema fundamental se establece claramente en la siguiente afirmación: "The change of the basic norm follows the change of the facts that are interpreted as creating and applying valid legal norms. The basic norm refers only to a constitution which is actually established by legislative act or custom, and is effective. A constitution is "effective" if the norms created in conformity with it are by and large applied and obeyed. As soon as the old constitution loses its effectiveness and the new one has become effective, the acts with appear with the subjective meaning of creating or applying legal norms are no longer interpreted by presupposing the old basic norm, but by presupposing a new one" (El énfasis me pertenece. Kelsen, 1960, 210). En definitiva, el principio de validez y, por tanto, de legitimidad de un sistema jurídico depende del principio de efectividad. La NHF depende de la eficacia del sistema.

Para dilucidar, en profundidad, la manera en que Kelsen reduce la validez a la eficacia, habría que preguntarse cuál es la fuerza causal que cambia la NHF de un sistema jurídico cuando ocurre una revolución. El cambio de NHF está dado por el cambio de obediencia de los individuos, no por la fuerza coercitiva de un grupo que derroca a un gobierno constitucionalmente válido. La verdadera revolución que cambia a la NHF es una revolución en el proceso de identificación ("*cambio de juicio de validez*") y de obediencia de las normas jurídicas por parte de la población.

Imaginemos el sistema jurídico de un país en la actualidad, que es completamente eficaz y válido. Este país tuvo numerosos sistemas jurídicos, con sus correspondientes y diferentes NHF. En un momento determinado, todo el conjunto de la población comienza a aplicar, obedecer y reconocer sistemáticamente, durante un tiempo considerable, normas jurídicas pertenecientes a un sistema jurídico anterior (que solía ser eficaz y válido). En consecuencia, el actual sistema jurídico deja de ser eficaz y válido. Se estaría produciendo una verdadera revolución que cambia al sistema jurídico y a su NHF, como consecuencia de un cambio en la efectividad. La revolución, el cambio del sistema jurídico, no ocurre al nivel de la imposición, sino de la obediencia, de la eficacia.

4. Conclusiones

La tensión entre la validez y la eficacia, evidenciada en los casos de una revolución y de establecer la diferencia entre una banda de ladrones y un Estado, es un problema estructural en la Teoría Pura. Kelsen reconoce que el acto por el cual se creó la primera constitución histórica y por el cual se crean todas las normas jurídicas son un "is-fact" o "is-statement". Simultáneamente, presupone un *ought-statement* (es decir, la Norma Hipotética Fundamental) que significa la obligación de obedecer los mandatos de la actual constitución eficaz. Sin embargo, solamente puede presuponer este *ough-statement* cuando se evidencia empíricamente un *hecho social* (*the effectiveness of a*

legal system), que es un *is-statement*. Esta tensión se evidencia, una vez más, en la siguiente afirmación: "The norms of a positive legal order are valid *because* the fundamental rule regulating their creation, that is, the basic norm, is presupposed to be valid, not because they are effective, *but they are valid as long as this legal order is effective*. As soon as the constitution loses its effectiveness, as soon as the legal order as a whole based on the constitution loses its effectiveness, the legal order and every single norm lose their validity" (Kelsen, 1960, 212).

Sin embargo, Kelsen intenta resolver esta tensión al sostener que la Teoría Pura es un "middle ground" entre dos extremos (Beyleveld y Brownsword, 1989). El primero, cuyo ejemplo es una teoría idealista del derecho, sostiene que no existe conexión entre la validez (*ought-statement*) y la efectividad (*is-statement*): la validez de un sistema jurídico es completamente independiente de su eficacia. El segundo, característico de una teoría realista, establece la identidad entre la validez y la efectividad de un sistema jurídico. Asegura que su teoría no forma parte del primer extremo ya que "is undeniable that a relation exists between the *ought* of the legal norm and the *is* of physical reality also insofar as the positive legal norm, to be valid, must be created by an act which exist in reality of being" (Kelsen, 1960, 211). Por otro lado, afirma que la eficacia de un orden legal y de una norma particular es, conjuntamente con el "norm-creating act", la condición para la validez. Su estrategia, para no caer en ninguno de los dos extremos, consiste en postular dos condiciones ("the positing of the norms and the efficacy of the norms" (Kelsen, 1965, 1139) que se deben dar simultáneamente para que pueda existir la validez de un sistema legal: "The conditions of the validity of the legal order as a whole and of a single legal norm are: for the legal order as a whole, the acts by which the norms of the legal order are created, for the single norm, the act by which this norm is created, and in addition, the fact that the legal order as a whole and the single legal norm are, respectively, effective" (Kelsen, 1965, 1139). Por lo tanto, la validez, afirma Kelsen, no es idéntica a la eficacia, ya que una condición no puede ser igualada a aquello a lo que condiciona, a menos que sea la condición suficiente y necesaria.

Aunque intente evitar, mediante la inclusión de los dos elementos causales generadores de la validez, que su Teoría se encuentre en el segundo de los extremos, no lo logra. Cuando incluye a la eficacia del sistema como causa necesaria de la validez del mismo, la validez termina siendo reducida a la eficacia de las normas. En este sentido, las condiciones causales que permiten considerar a una norma como válida son dos *is-statement*.

Por lo tanto, la NHF y la validez del derecho (un *ought-statement*, que permite percibir las órdenes subjetivas de las normas como objetivamente válidas y le otorga normatividad al derecho) dependen de dos condiciones que son dos "is-statements". Aunque es cierto que Kelsen no cae en la falacia que le critica al Derecho Natural está, mediante la verificación de dos hechos (la primera constitución histórica y todas las normas del sistema jurídico son, de hecho, puestas por voluntad de las personas, que cumplen con estas normas), afirmando que las personas están objetivamente obligadas, que existe una obligación jurídica, a cumplir con los mandatos de la constitución.

Kelsen admite que el principio de efectividad limita, en parte, al de validez. La eficacia de la totalidad del sistema jurídico es una condición necesaria (*conditio sine qua non*) pero no suficiente (*conditio per quam*) para que un sistema sea válido. La eficacia del sistema es sólo una condición necesaria, no la razón suficiente para la validez de sus normas. Ella existe cuando las normas son creadas cumpliendo con los requisitos formales que les imponen las normas superiores, como consecuencia de formar parte de la "cadena de validez" (Raz, 1998, 50). Sin embargo, Kelsen es renuente a reconocer el verdadero poder causal del principio de eficacia en su sistema. En este sentido, Kelsen menciona que "a legal norm [not a legal order as a whole] becomes valid *before* it can be effective" (Kelsen 1965: 1140). Pero, considerando al sistema legal en su conjunto, ¿puede Kelsen afirmar que la validez del mismo precede a su eficacia, como sucede en el caso de la norma particular?

A Kelsen nunca le interesó responder (¿nunca pudo responder?) en sus obras a dos preguntas fundamentales. La primera es sociológica, la segunda ética. La primera de ellas consiste en poder establecer las razones por las cuales un grupo de personas, en un país y una circunstancia histórica determinada, deciden obedecer, en mayor o menor medida, al sistema jurídico. Asimismo, no ofrece una respuesta acerca de los factores que hacen que un golpe de estado determinado sea exitoso (en términos de su efectividad) para cambiar el sistema jurídico y su Norma Hipotética Fundamental. La segunda es la pregunta central de la filosofía del derecho: ¿Por qué la gente debe obedecer al derecho? Aunque la pregunta está constantemente presente ("¿Why one has to respect the first constitution as a binding norm?"). Kelsen, 1945, 116), Kelsen no la responde.

En definitiva, la crítica central del positivismo al iusnaturalismo consiste en que las obligaciones del sistema jurídico positivo no deben derivarse de un orden natural meta-jurídico. Según mi interpretación, Kelsen intenta defender la idea de que el derecho es obligatorio qua derecho, es decir, la obligatoriedad del sistema jurídico positivo emana, en algún punto, del propio sistema jurídico. Kelsen en ningún momento niega la existencia de lo que podríamos llamar diversas "esferas normativas" (la política, la ética, la economía) que producen distintos tipos de obligaciones y de sentidos. Sin embargo, busca señalar que la obligatoriedad que genera la "esfera normativa" del derecho no depende ontológicamente de la existencia de las otras esferas normativas. No queda demasiado claro en qué consiste una "obligación *propriamente* jurídica". Quizás esto se deba a que Kelsen, en algún punto, siempre presupone que el derecho es obligatorio y tiene poder normativo.

BIBLIOGRAFÍA (CITADA Y CONSULTADA)

- Beyleveld, D. y Brownsword, R. (1989) "Normative Positivism: The Mirage of the Middle-Way". En *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No 4.
- Beyleveld, D. y Brownsword, R. (1998) "Methodological Syncretism in Kelsen's Pure Theory of Law". En *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Stanley Paulson, Bonnie Paulson Ed.). Oxford University Press, Oxford.
- Hart, H.L.A. (1961) *The Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, 1998.
- Kelsen, H. (1945) *General Theory of Law and State*. Massachusetts, Harvard University Press.
- Kelsen, H. (1960) *Pure Theory of Law*. Los Angeles, University of California Press, 1967.
- Kelsen, H. (1965) "Professor Stone and the Pure Theory of Law". En *Stanford Law Review*, Vol. 17, No 6.
- Nino, C. (1998) "Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity". En *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Stanley Paulson, Bonnie Paulson Ed.). Oxford University Press, Oxford.
- Paulson S. y Paulson. B Editores (1998) *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford, Oxford University Press.
- Raz, J. (1998) "Kelsen's Theory of the Basic Norm". En *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Stanley Paulson, Bonnie Paulson Ed.). Oxford University Press, Oxford.
- Ross, A. (1969) *El concepto de validez y otros ensayos*. Mexico D.F., Distribuciones Fontamara, 2006.
- Troper, M. (2004) *Ensayos de teoría constitucional*. Mexico D.F., Distribuciones Fontamara.
- Tuori, K. (1998) *Positivismos crítico y derecho moderno*. Mexico D.F., Distribuciones Fontamara, 2004.

PRINCIPIOS GENERALES DEL ANARQUISMO

Por Carlos Adrián Garaventa

RESUMEN

Responder a la pregunta ¿qué es el anarquismo? Es una tarea difícil de realizar. Hay famosos artículos y ensayos donde se ofrecen definiciones del anarquismo (Kropotkin en la Enciclopedia Británica, Malatesta en muchos de sus escritos, y folletos como los de Sebastian Faure, Luigi Fabbri, etc.). En verdad es difícil definir porque no se trata de ningún credo dogmático. Hay además muchos tipos de anarquismos (pacifistas, terroristas, individualistas, socialistas, organizacionistas, anti-organizacionistas, sindicalistas, tolstonianos, etc.). Si tuviéramos que buscar un denominador común, podría decirse que se trata de una concepción ética y política que se rebela contra todo tipo de autoridad del hombre sobre el hombre. El objetivo de esta ponencia es exponer aquellos principios comunes (a los que llamo principios generales) que tienen los distintos tipos de anarquismo. Pero sin enunciarlos taxativamente, sino dejando la posibilidad al lector de interpretarlos con mayor amplitud y no tener que sujetarse a una mera enumeración de los mismos. Con esto se busca rescatar la idea de Malatesta de que más allá de las pequeñas diferencias que existan entre los distintos anarquistas, es preciso entender que en el fondo todos buscamos lo mismo y que es mejor la asociación a la confrontación.

PALABRAS CLAVE

Anarquismo – Concepto – Principios

GENERAL PRINCIPLES OF ANARCHISM

By **Carlos Adrián Garaventa**

ABSTRACT

It is difficult to answer to the question "What is anarchism?" There are famous articles and essays providing definitions on anarchism (that of Kropotkin in the Encyclopædia Britannica, Malatesta in many of his writings, and brochures such as those of Sébastien Faure, Luigi Fabbri, etcetera). Indeed, anarchism is difficult to define because it is no dogmatic belief. In addition, there is a myriad of anarchisms (pacifist, terrorist, individualist, socialist, organizational, anti-organizational, unionist, etcetera). If we had to search for a common denominator, we could say that anarchism is an ethical and political conception against any type of authority of men over men. The purpose of this paper is to set out the common fundamentals (which I call general principles) shared by the different types of anarchism. Without stating such principles specifically, I will give the reader the possibility to interpret them with more range and without having to hold on to a mere enumeration. This is to rescue Malatesta's idea that notwithstanding little differences between anarchists, it is imperative to understand that in the end we are all looking for the same, and that association is better than confrontation.

KEYWORDS

Anarchism – Concept – Principles

PRINCIPIOS GENERALES DEL ANARQUISMO

Por Carlos Adrián Garaventa*

Estoy consciente de que la opinión dominante en la actualidad es el sistema de competencia o del "sálvese quien pueda" es el último sistema económico de la humanidad; que su perfección, y por lo tanto su finalidad, han sido alcanzadas. Sin duda, desafiar esta opinión, que hoy es sostenida incluso por los mayores eruditos, es un acto de valentía.

William Morris "Art and Socialism", 1884.

I - Introducción

El anarquismo es sin dudas la corriente política sobre la cual se han vertido la mayor cantidad de mentiras. En este sentido Chomsky explica que estas deformaciones de la realidad son un concomitante lógico: a las estructuras de poder les interesa impedir el entendimiento del anarquismo ya que éste es contrario a las mismas, es por ello que recurren a la deformación y la demonización (CHOMSKY, 2007, 69). Se utiliza el término anarquía como sinónimo de desorden y caos, se describe a los anarquistas como terroristas; toda esta manipulación del psiquismo humano crea, en fin, un "imaginario colectivo" y se justifica, así, el discurso del orden y el poder (MARÍ, 1986, 93).

Con la globalización la humanidad se introdujo en una nueva era de las comunicaciones. Los medios de comunicación actuales tienen dos cosas en común: hay que pagar por ellos y no hay forma de participar en los mismos; están controlados por una oligarquía que conoce muy bien que poseen el poder de influir en las personas y lo utilizan para obtener beneficios económicos y políticos. No debe resultarnos extraño que personajes como Francisco de Narváez ganen elecciones debido a su influencia en los medios; o que el Primer ministro italiano Silvio Berlusconi, propietario de Mediaset (grupo que controla los tres principales canales audiovisuales privados de Italia) ataque a la RAI por contrariar su gobierno.

Etimológicamente la palabra anarquía deriva del griego: *a*, negativo, y *arkhein*, autoridad. El anarquismo no es una idea muy difícil de comprender, básicamente quiere decir dirigir la propia vida en lugar de ser gobernado por otros. Chomsky asegura que no se trata de una cuestión "filosófica" sino del sentido común (CHOMSKY, 2007, 71). El anarquismo no es algo que pueda ser "creado" por los intelectuales. Bakunin afirma que es la "rebelión de la vida contra la ciencia, o más bien contra el gobierno de la ciencia" (BAKUNIN, 2008, 58). Por su parte, Chomsky critica a los intelectuales diciendo que tienden a hacer que las cosas fáciles parezcan difíciles por razones de dominación y de privilegio personal, de manera tal que se vuelven personas importantes diciendo cosas que nadie entiende (CHOMSKY, 2007, 116-117).

* Estudiante de Derecho (UBA) y redactor de la revista jurídica "Lecciones y Ensayos". Agradezco al Dr. Anibal D'Auria por su buena predisposición en la resolución de mis dudas; al Trad. Pub. Mariano Vitetta por las traducciones; a Sabrina Ayelén Cartabia por sus correcciones y recomendaciones; y a Cecilia Hopp y Mariana Spiratos por la detenida lectura del presente trabajo y sus valiosos comentarios sobre el mismo. Agradezco también a Dante Reyes Marín por el artículo periodístico que escribió sobre mi exposición de esta ponencia en las "I Jornadas para jóvenes investigadores en Derecho y Ciencias Sociales. Sociedad, Derecho y Estado en cuestión" disponible en: <http://espanol.upi.com/Noticias-destacadas/2009/11/05/Universidad-de-Buenos-Aires-El-hombre-no-es-bueno-ni-malo/UPI-60111257423267/> Cualquier crítica, consulta o comentario es siempre bienvenido: cgaraventa@live.com.ar

La anarquía se construye en la práctica. Justamente por esto es que no se puede hablar de una "teoría" anarquista, en este sentido vale la pena citar unas palabras de Rousseau: "Todo el conocimiento que el hombre pretende tener sobre el universo es más un producto de su imaginación que otra cosa. El único vínculo que tenemos con el mundo son nuestros sentidos, limitados y recíprocamente contradictorios (unos corrigen a los otros); sólo los saltos audaces de nuestra imaginación nos permiten generalizar sobre las leyes del universo" (D'AURIA, 2007a, 69).

Lo cierto es que existirán tantos anarquismos distintos como anarquistas existan. Sin embargo, todos los anarquismos poseen puntos comunes a los cuales podemos llamar "principios generales del anarquismo". El objetivo de este trabajo no es hacer con ellos una mera lista, sino realizar un desarrollo general de las principales ideas que nos aporta este fenómeno social y político para que el lector extraiga los que, a su entender, rigen el anarquismo, y pueda desarrollar sus propias conclusiones.

II - Libertad, igualdad y fraternidad

Estos tres pilares de la revolución francesa que dieron origen al liberalismo clásico son la base fundamental del anarquismo pero con una estructura y funcionamiento distinta. No hablo aquí de tres pilares sino de un único pilar que se compone de tres presupuestos, en caos de faltar uno de esos presupuestos el pilar se derrumba totalmente. Para verlo gráficamente imaginemos un banco de tres patas, si al mismo le cortamos una, el banco se derrumba y queda inservible.

Libertad, igualdad y fraternidad funcionan de la misma manera que el juego de piedra, papel o tijeras; no puede existir la libertad si no hay igualdad, sin libertad no hay fraternidad, y sin fraternidad sería imposible la igualdad. Como puede verse estos tres elementos interactúan cíclicamente entre sí conformando un único "triángulo virtuoso" (ACKERMAN, 2003, 7)¹. Estas ideas inspiradoras del liberalismo clásico fueron barridas por la aparición de la autocracia estatal capitalista, y fueron reinventadas de distintas maneras en la cultura de la resistencia contra la opresión (CHOMSKY, 2007, 87).

Como el funcionamiento del triángulo virtuoso es cíclico resulta indiferente el orden en que analicemos sus elementos, en este caso comenzaré por la igualdad para luego hablar de la libertad y finalmente de la fraternidad.

La igualdad es un concepto difícil de definir unánimemente. Así, por ejemplo, un anarquismo económicamente comunista nos dirá "a cada cual según sus necesidades" y un anarquismo mutualista proclamará "a cada cual en la medida de su compromiso" (PRELOT, 1991, 423), este último concepto de igualdad es el que afirma Proudhon cuando dice "la sociedad debe ser considerada no como una jerarquía de funciones y de facultades sino como un sistema de equilibrio entre fuerzas libres, en el que cada cual tiene la seguridad de gozar de los mismos derechos, a condición de cumplir los mismos deberes, de obtener las mismas ventajas a cambio de los mismos servicios" (PRELOT, 1991, 419). Si tomamos lo que el autor nos dice podremos definir a la igualdad en dos sentidos: en sentido negativo como ausencia de jerarquía de funciones y de facultades; y en sentido positivo como igualdad de goce de todos los derechos; no incluyo el grado de compromiso puesto que mientras el prudonismo fijaba los principios de cooperación y reciprocidad, el anarquismo "puro" no retiene sino el primer término; la introducción

¹ Aquí tomo el término de triángulo virtuoso (libertad, igualdad y fraternidad) que utiliza el Dr. Mario Ackerman pero le otorgo un funcionamiento distinto del que le da esta autor.

del segundo se debe a una concepción contractualista del anarquismo que tiene el prudonismo (PRELOT, 1991, 423).

Es importante destacar que la igualdad (en sentido positivo) es para el anarquismo el goce de todos los derechos; el liberalismo genera una igualdad ficta, ya que asegura que todas las personas tienen los mismos derechos pero no asegura que todos puedan gozar de éstos. Esta desarrollada sobre la base de la desigualdad económica, y es ésta trae consecuentemente la desigualdad absoluta. En Rousseau podemos distinguir (a grandes rasgos) tres etapas de evolución de la desigualdad: la primera estaría constituida por las leyes y el derecho de propiedad que genera la distinción entre ricos y pobres; de esta primera etapa deriva la segunda, marcada por la institución de la magistratura que diferencia entre el poderoso y el débil; y la tercera, que es consecuencia de la segunda, es el cambio del poder legítimo al poder arbitrario generando la distinción entre el señor y el esclavo (D'AURIA, 2007a, 24). Este último grado de desigualdad conlleva a la institución del Estado y a la pérdida de la libertad. Para Bakunin la igualdad es el punto de partida de la libertad, por ello afirma "la libertad sólo es válida cuando es compartida por todos" (BAKUNIN, 1978, 11 t. II).

Pasamos ahora a hablar de la libertad. Berlin (2001) realiza una distinción en libertad positiva y libertad negativa que es interesante mencionar. Según el autor, la libertad en sentido negativo significa la ausencia de interferencia en la actividad de uno, es decir, actuar sin ser obstaculizado por otros; en sentido positivo libertad significa que el individuo es su propio dueño. Cuando Hobbes define a la libertad como "la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que a menudo pueden arrebatar a un hombre parte de su poder de hacer lo que le plazca" (HOBBS, 2003, 129) parece estar teorizando sobre la libertad negativa. El anarquismo, en cambio, hace hincapié en el aspecto positivo² pero con algunas reservas. Por ejemplo, Bakunin entiende la libertad humana como una libertad social intersubjetiva y no como una libertad individual absoluta (JIMÉNEZ, 1994, 31).

La libertad está íntimamente ligada a la igualdad en el pensamiento Bakuniano. Esta igualdad de libertades es lo que lo lleva a afirmar que "la libertad del individuo es incrementada y no limitada por la libertad de todos. Sólo soy libre cuando todos los seres humanos que me rodean, hombres y mujeres, son igualmente libres. Lejos de limitar o negar mi libertad, la libertad de los demás es su condición necesaria y su confirmación" (BAKUNIN, 1978, 14 t. II). Con esta afirmación es que el autor deja de lado la clasificación de libertad en sentido negativo, pero es preciso resaltar que se trata de una libertad social y no así de una individual "un hombre aislado no puede tener conciencia de su libertad. Ser libre significa que el hombre será reconocido y tratado como tal por otro hombre, por todos los hombres que lo rodean. La libertad no es entonces un hecho que nace del aislamiento, sino de la acción recíproca; no es un resultado de la exclusión sino, por el contrario, de la interacción social" (BAKUNIN, 1978, 12 t. II).

Finalmente es el turno de hablar sobre la fraternidad, la misma surge del amor tanto a la propia persona como a las demás. Esta solidaridad es la base sobre la cual se sostiene la equidad (PROUDHON, 2007, 199), de modo que si sentimos por todos los seres humanos el mismo amor que por nosotros mismos lógicamente se llega a una situación de igualdad. Pero ¿por qué motivo las personas van a amarse entre sí tanto como se aman a ellas mismas? Esto es una cuestión de antropología y educación anarquista que será analizada en el próximo apartado.

² Es sabido que cuando Berlin se refiere a la libertad positiva lo hace siguiendo a Benjamin Constant que la define como el derecho a elegir representantes. Cuando hablo de libertad positiva no me refiero al derecho a votar sino a la posibilidad de autogobernarse, no a través de representantes.

Los anarquistas han resaltado mucho la libertad y la igualdad pasando por alto este tercer lado del triángulo. Tal vez es esta falta de conciencia de humanidad³ lo que ha llevado a que el pensamiento anarquista haya sido interpretado como "lucha de clases" generando la denominada "[des]propaganda por el hecho"⁴ que consistió en emplear la violencia como método revolucionario (LÓPEZ, 1987, 221 t. I) claramente en contra del modo de vida anarquista.

Antes de cerrar este apartado considero prudente citar una reflexión de Jean Jacques Rousseau señalada por Anibal D'Auria que pone de manifiesto la problemática de esta falta de fraternidad en la sociedad. "toda la sociabilidad moderna de las grandes ciudades no es más que ficticia: se simula estar conviviendo, pero sólo se arriman unos a otros para intentar rebajarse mutuamente. Hay aproximación de los cuerpos pero no hay comunidad de almas, no hay comunicación" (D'AURIA, 2007a, 71).

III - Antropología y educación

Un error que no debe cometerse es el de asignar al anarquismo una concepción antropológica excesivamente positiva. El hombre es naturalmente inocente, ni bueno ni malo, y es el medio en que se encuentra el que determina su conducta (D'AURIA, 2007a, 115). Por ejemplo, la concepción negativa de Hobbes surge de la idea de que el hombre tiene un "deseo perpetuo e insaciable de poder tras poder, que sólo cesa con la muerte" (HOBBS, 2003, 106); pero ¿qué ocurriría si tuviéramos una sociedad sin poder? Proudhon dice que el hombre se mueve impulsado por una simpatía a sus semejantes que lo hace amar, sentir y apenarse por él (PROUDHON, 2007, 187). Por lo tanto en un ambiente de igualdad (hombres semejantes) las personas actuarían en forma solidaria, pero si introducimos aquí el poder y los hombres dejan de ser semejantes (iguales) pasaría lo que Hobbes nos advierte.

Es importante el papel que juega la educación en la determinación del hombre, contribuye "al afianzamiento del sistema socioeconómico imperante, al acostumbrar a los niños, desde el primer día en que ingresan en la escuela, a una competencia voraz con sus compañeros" (FORNASERO, 2007, 179). Los gobiernos conocen muy bien la influencia que tiene la instrucción formal en la vida de las personas y es por ello que los Estados la han monopolizado repetidamente en la historia (FERRER I GUARDIA, 2002, 113). Parafraseando a Kropotkin: someten al niño por el temor, el cura le hablará de la ley divina y el infierno preparándolo para que el abogado le hable de la ley jurídica y el castigo de la autoridad convirtiendo al niño en "un amigo del orden" (KROPOTKIN, 2008, 15-16).

A menudo se confunde la instrucción formal con la educación en general, pero es una falacia el creer que se necesita de la escuela para educar a las personas. La educación es un proceso de aprendizaje que dura toda la vida y que no sólo tiene lugar en la escuela; "la enseñanza formal no es sino una pequeña parte del proceso educacional, y sólo es necesaria para las asignaturas específicas, en particular las más avanzadas y sistemáticas" (ROTHBARD, 2005, 142). La educación que recibimos en la escuela se basa en un sistema de premios y castigos y nos somete a la autoridad de un tercero (sea éste un maestro, un cura o el Estado) (FORNASERO, 2007, 179). El anarquismo propone la abolición de la escuela y, en cierta forma, de la autoridad del maestro también, ya que el conocimiento debe ser transmitido por el especialista y eso le otorga al mismo una suerte de autoridad. Pero ésta no debe traspasar

³ Por oposición a la conciencia de clase de la que hablan Marx y Engels (MARX y ENGELS, 2008, 99).

⁴ Algunos autores hablan de la "propaganda por el hecho" refiriéndose a los actos terroristas de algunas corrientes anarquistas. La propaganda por el hecho no consistía en realizar este tipo de actos, sino en hacer propaganda del anarquismo con los hechos (*res non verba*). Es por ello que a estos actos contrarios al espíritu anarquista los denomino "despropaganda por el hecho".

los límites de la transmisión del conocimiento y, además, no debe ser la única, sino que se deben transmitir las distintas opiniones y las ideas divergentes para asegurar la libertad de elección en la persona que recibe la información (BAKUNIN, 2008, 34).

Para concluir este apartado quiero tomar la clasificación de los tipos de hombres que hace Platón. Él dice que estos se dividen en filósofos, ambiciosos y codiciosos. El filósofo es el que adquiere el conocimiento por el amor al saber, el ambicioso el que lo hace por los honores y el codicioso por la riqueza (PLATÓN, 2007, 129). Siguiendo este esquema, no caben dudas de que si queremos lograr el ideal de fraternidad expuesto en el apartado anterior es sumamente importante que la educación esté orientada a crear hombres filósofos, ya que toda ambición y codicia producida en favor de una persona es en desmedro del resto. Quien busca riqueza u honores lo hace con la finalidad de poseer más que las demás personas, generando, así, desigualdad.

IV - Derecho

Se suele enseñar que el Derecho tiene por finalidad "eliminar la guerra" (CARNELUTTI, 2004, 25). Esto surge de una concepción individualista de la libertad; del reinado del *yo* que el Derecho transforma en el reinado del *tú* (CARNELUTTI, 2004, 17). No es extraño escuchar que "el derecho de uno termina donde comienza el derecho del otro". El anarquismo (y principalmente Bakunin) arremete contra esta concepción de la libertad individual y del Derecho como límite a la misma.

En el apartado II hemos visto que Bakunin reemplaza a la libertad individual por una libertad social. Dice éste autor: "¿Qué es la libertad? ¿Qué es la esclavitud? ¿Consiste la libertad del hombre en una rebelión contra todas las leyes? Diremos no, en tanto que esas leyes sean naturales, económicas y sociales; no impuestas autoritariamente, sino immanentes a las cosas, las relaciones y las situaciones cuyo desarrollo natural es expresado por esas leyes. Diremos si cuando son leyes políticas y jurídicas, impuestas por el hombre sobre el hombre" (BAKUNIN, 1978, 7 t. II). Vemos que lo que plantea el anarquismo es la abolición de lo que conocemos como ordenamiento jurídico positivo pero no de todo tipo de Derecho. Bakunin contrapone al Derecho positivo lo que él llama Derecho natural, esto ha llevado a que se denomine al anarquismo como Iusnaturalista; sin embargo lo que Bakunin llama "derecho natural o humano" está muy lejos de ser Iusnaturalismo. Ésta corriente iusfilosófica sostiene que la validez de la ley proviene de la autoridad de un mandato divino o de la razón humana (NINO, 1987, 28-29) y el anarquismo, por el contrario, se opone a todo tipo de autoridad. El Derecho natural del que habla Bakunin no tiene nada que ver con lo que los juristas llaman del mismo modo (D'AURIA, 2007b, 58).

Debido a la concepción social de la libertad es que el anarquismo renuncia a las sanciones y la autoridad de los magistrados pudiendo decir "haz lo que quieras y como quieras" (KROPOTKIN, 2008, 40) ya que la libertad anarquista no es reinado del *yo* ni del *tú* sino del *nosotros*.

Las sanciones autoritarias no consiguen solucionar conflictos; las prisiones, lejos de proporcionar bienestar, aniquilan todas las cualidades y capacidades que hacen que el hombre viva en sociedad (VITA, 2007, 151). Ante esta situación los escépticos podrían afirmar que una sociedad sin la autoridad de un magistrado viviría en el caos y en cierta forma tendrían razón, es un error confundir al anarquismo con una utopía en donde no existen los conflictos, pero también es cierto (y lo podemos ver con facilidad) que los legisladores, los jueces y las prisiones no solucionan los problemas de la sociedad. La diferencia radica en las vías para solucionar esos conflictos: si por medios

argumentativos o por medios contraprestatarios y/o coactivos (D'AURIA, 2007a, 81). El delito no se elimina por medio de la represión, "si queremos eliminar el crimen, debemos eliminar las condiciones que lo hacen posible" (D'AURIA, 2007b, 55). Podemos concluir, entonces, que el anarquismo critica al libre albedrío teológico y afirma que, ya que el hombre no es más que el resultado de su medio, "no existe otra política criminal honesta que la generación de las condiciones sociales que tornen improbable el crimen" (D'AURIA, 2007b, 54-55).

Para finalizar este apartado haré referencia brevemente a la concepción anarquista del contrato social. Éste es el acto jurídico que da origen al Estado que es un ordenamiento jurídico particular (KELSEN, 2003, 150-151). El contractualismo consiste en ceder la libertad, reducimos nuestra libertad al nivel que queremos ver reducida la de los demás; por ello podemos afirmar que este contrato es nulo, ya que la libertad es irrenunciable, ningún hombre puede renunciar a su libertad (PROUDHON, 2007, 84). Para el anarquismo no hay un solo contrato establecedor de un Estado que quite la libertad; sino que los hombres, en ejercicio de su libertad de asociarse, celebran una multiplicidad de contratos que conforman, mediante su "espontáneo movimiento", el Derecho (D'AURIA, 2007c, 44-45).

V - Propiedad

La palabra propiedad puede ser utilizada con distintos significados. Aquí me refiero a la propiedad definida como *jus utendi et abutendi* como lo hace Vélez Sarsfield en la nota al artículo 2506 del Código Civil.

Si le preguntáramos a un conocido anarquista ¿qué es la propiedad? Nos respondería inmediatamente "¡la propiedad es un robo!" (PROUDHON, 2007, 17). La obra de Pierre Joseph Proudhon (2007) está dedicada a demostrar que la propiedad es imposible, y lo hace atacando los dos principales argumentos que sus defensores utilizan para fundamentarla: la ocupación y el trabajo (D'AURIA, 2007d, 90). En ella critica la santificación que hacen del derecho de propiedad los juristas como Pothier (PROUDHON, 2007, 66) y demuestra como la propiedad es lo que da origen al Estado y al Derecho (PROUDHON, 2007, 70).

La propiedad es madre de la desigualdad: de la civil (explotación del trabajo ajeno) y de la política (gobierno del hombre sobre el hombre) (D'AURIA, 2007d, 89). ¿Puede haber igualdad existiendo la propiedad? ¡Claro que no!. Aún cuando todos fuéramos propietarios de lo mismo no habría igualdad puesto que las necesidades de los hombres no son siempre iguales. Entonces, si hiciéramos esto, tendríamos personas que no serían satisfechas y otras que por el contrario gozarían de un excedente y acumularían riqueza; es ahí en donde la propiedad genera la desigualdad. La propiedad da el derecho de exclusión de la cosa propia y esto atenta contra la igualdad; la propiedad mata la sociedad y es por ello necesario que la sociedad mate la propiedad (PROUDHON, 2007, 51).

El anarquismo se opone a la propiedad, ésta no debe existir. Como remedio contra la misma Proudhon presenta la ocupación, así nos dice: "La ocupación no sólo conduce a la igualdad, sino que impide la propiedad" (PROUDHON, 2007, 75). Este autor otorga al ocupante la calidad de poseedor y usufructuario de la cosa, excluyéndolo de la propiedad de la misma e imponiéndole la obligación de conservación de ésta. Y, a diferencia del propietario que tiene el derecho de abusar de la cosa, el ocupante sólo puede servirse de ella en la medida de su necesidad (PROUDHON, 2007, 76).

Proudhon encuentra en la propiedad el origen de todos los males y es por ello que concluye su obra afirmando que suprimiendo la propiedad y conservando la posesión desaparecerán los privilegios y la servidumbre, se cambiará la

ley, el gobierno, la economía y las instituciones; y se logrará, así, eliminar el mal de la tierra (PROUDHON, 2007, 229).

VI - Estado

En los tres apartados anteriores vimos como se niega la libertad, la igualdad y la fraternidad: la primera con el Derecho que se dedica a reprimirla; la segunda con la propiedad que otorga el derecho de exclusión; y la tercera con la educación (formal) que prepara a las personas desde pequeñas para ser enemigos mutuos. Veremos ahora la gran negación de todo ideal libertario y de la vida anarquista: el Estado.

Un anarquismo extremo o "puro" se opone a todo tipo de institución jerarquizada como por ejemplo la familia, la escuela, la fabrica, la iglesia y el Estado. Sin embargo, y como ya se ha dicho en la introducción, hay tantos anarquismos como anarquistas. Por ejemplo Proudhon no sólo no se opone a la institución de la familia sino que propone una organización social a partir del modelo de una familia extremadamente paternalista; Tolstoi no se opone a la existencia de Dios ni de la religión; y Rothbard defiende la propiedad. Como estos ejemplos tenemos muchos más, pero, en lo que todos los anarquistas coinciden es en la abolición del Estado.

Existen dos tipos de teorías que intentan explicar el origen del Estado: la teocrática y la contractualista; estas doctrinas, lejos de discrepar, se complementan. La primera señala que el Estado es la representación terrenal de Dios y la segunda lo legitima en un pacto social necesario para la protección de la humanidad. El Leviatán es una suerte de "Dios mortal" al que se le debe nuestra paz y protección (MARÍ, 1986, 93-94).

Para los anarquistas (excepto los tolstonianos) Dios no es más que una invención del hombre para justificar la explotación humana; es el hombre quien crea a Dios a su imagen y semejanza para adueñarse de él (PROUDHON, 2007, 26). Los intermediarios divinos que son dueños de la palabra del Señor se encargan de gobernar y dirigir en su nombre a la especie humana (BAKUNIN, 2008, 38), por esto mismo es que Bakunin afirma que no existe ni puede existir Estado sin religión (BAKUNIN, 2008, 80).

Para la teoría contractualista el Estado surge producto de un pacto social necesario para restringir los derechos naturales de las personas (SPINOZA, 1946, 256). Ésta limitación de los derechos y libertades se hace necesaria para los contractualistas debido a que tienen una concepción antropológica negativa del hombre pre-Estado. De esta manera, el Leviatán surgiría del temor que existe entre los hombres con la función de hacer seguro ese miedo (ESPÓSITO, 2003, 61); esto lo logra mediante la creación de un Derecho positivo represor y la utilización de la prisión como medio de "reeducación" y, principalmente, de aislamiento de aquellos que no respetan la norma (FOUCAULT, 2006, 233-235).

Los anarquistas arremeten contra la tesis contractualista. El Estado no surge de un pacto entre hombres libres, sino de la imposición violenta de un grupo organizado de hombres fuertes que someten a los mas débiles y los gobiernan manipulando el miedo (NIETZSCHE, 2007, 121)⁵. El Estado contraría sus propios fundamentos, es el "agresor supremo" (ROTHBARD, 2005, 60) y su naturaleza no es persuadir, sino imponer y obligar (BAKUNIN, 2007, 96).

⁵ Si bien no puede afirmarse que Friedrich Nietzsche sea anarquista no caben dudas de la influencia que ha tenido Max Stirner en su obra y es por ello que ciertos aspectos del pensamiento nietzscheano (como la oposición al Estado) coinciden con el anarquismo.

Aunque, como ya se ha dicho, el Estado es la negación misma del anarquismo, en la actualidad hay anarquistas, que influenciados por las catastróficas consecuencias del achicamiento estatal producto del neoliberalismo económico, afirman que al corto plazo los anarquistas deben proteger al Estado ya que es éste el único capaz de impedir el abuso de los capitalistas privados y asegurar una mejor transición al anarquismo (CHOMSKY, 2007, 112-113). Esta corriente de pensamiento es altamente cuestionable desde la óptica anarquista. Chomsky se equivoca al confundir el achicamiento estatal con la desaparición del Estado. El neoliberalismo, lejos de dar vida al triangulo virtuosos del que hablé en el apartado II, se dedicó a profundizar más aún sus vicios, y el Estado neoliberal fue cómplice de esto. Aún cuando fue un Estado mínimo siguió protegiendo la propiedad privada, sancionando leyes represivas y estableciendo la educación formal; aún cuando aparentó estar ausente estuvo más presente que nunca, negando, como siempre, la libertad, igualdad y fraternidad.

VII - Conclusión

Al comenzar a escribir esta ponencia puse en claro que mi objetivo con la misma es hacer meditar al lector sobre la propuesta anarquista, y que sea él quien saque sus propias conclusiones. Sin embargo me permito hacer una reflexión final sin ánimos de influenciar ni convencer⁶ al mismo.

A primera vista parece que el anarquismo es un imposible pero, sin darnos cuenta, no hace mucho tiempo fuimos testigos de lo que pudo ser una revolución anarquista: en diciembre de 2001 se vivió en la Argentina un momento único en su historia en donde integrantes de distintos sectores sociales hicieron a un lado las banderas políticas y se unieron para dar un claro mensaje contra-poder en el grito de "que se vayan todos"⁷ (SVAMPA, 2005, 67-70); este grito no se quedó sólo en una manifestación en plaza de mayo, se convirtió en asambleas barriales y en mercados alternativos conocidos como "ferias del trueque". Por desgracia el Estado se dedicó a ahogar este grito, primero a través de la represión policial en las manifestaciones de aquel diciembre y luego haciendo sentir el temor de que si la protesta prosperaba volvería aquel pasado terrible de la década del 70. Y, una vez más, el Estado se impuso por la fuerza y el miedo.

La palabra anarquía suele ser utilizada para significar caos, terror y desorden; sin embargo no se la utiliza como sinónimo de libertad, igualdad y fraternidad. La inadecuada educación y la desinformación son el principal obstáculo a vencer si el anarquismo desea prosperar. Muchas personas no saben lo que es esta forma de vida y pertenecen a ella sin siquiera darse cuenta. Es fundamental la tarea de los anarquistas que deben informar de aquello que las escuelas no enseñan o enseñan mal y los medios de comunicación callan o deforman. Una buena educación esta destinada a crear independencia en el pensamiento, y a otorgar un sentido crítico y reconstructivo de la realidad. Una buena educación no es la que imparte la escuela en donde el conocimiento se recibe por obligación, sino, en donde se recibe como el mejor de los regalos (EINSTEIN, 1985, 30-31).

⁶ De la canción de Hermética *Vida impersonal* "[...] No busco influenciarte ni convencerte. Fuera de ti no hay ningún mediador. [...]". En este trabajo no he desarrollado los distintos métodos de propaganda del anarquismo entre los que se encuentran artes como la música en este caso.

⁷ Es cierto que el "que se vayan todos" puede interpretarse como un grito contra-poder o como una manifestación fascista que pide el derrocamiento de un gobierno democrático y el establecimiento de una dictadura. Sin amargo no desarrollo aquí las distintas formas de ver el fenómeno histórico vivido en diciembre de 2001, me limito a enunciarlo como la posibilidad desperdiciada de haber podido dar origen a un nuevo sistema social mas libre, igualitario y fraterno. Pero considero importante dejar abierto este tema al debate y no quedarse sólo con lo que aquí digo.

Aunque sean muchos los anarquistas y muchos los anarquismos quienes se sientan anarquistas deben dejar de lado las pequeñas diferencias que tienen con sus compañeros y poner el acento en las similitudes para recorrer todos el mismo camino; de lo contrario la anarquía nunca podrá prosperar (MALATESTA, 2000, 30-31).

Bibliografía:

- ACKERMAN, M. "Entre el exabrupto y la esperanza". En: *Revista da AMATRA II. Año IV n. 8*. San Pablo, 2003.
- BAKUNIN, M. *Escritos de filosofía política* (compilación de G. P. Maximoff). Alianza. Madrid, 1978.
- _____. *Dios y el Estado*. Utopía libertaria, Anarres. Buenos Aires, 2008.
- BERLIN, I. *Dos conceptos de libertad*. Alianza. Madrid, 2001.
- CARNELUTTI, F. *Cómo nace el Derecho*. Temis. Bogotá, 2004.
- CHOMSKY, N. *Escritos libertarios. Esperanza en el porvenir*. Capital Intelectual. Buenos Aires, 2007.
- D'AURIA, A. *Rousseau: su crítica social y su propuesta política (una lectura actual y libertaria)*. Facultad de Derecho (UBA) - La Ley. Buenos Aires, 2007a.
- _____. "Anarquismo y Derecho: Una aproximación a Bakunin". En: VARIOS AUTORES. *El anarquismo frente al Derecho*. Utopía libertaria, Anarres. Buenos Aires, 2007b.
- _____. "Introducción al ideario anarquista". En: VARIOS AUTORES. *El anarquismo frente al Derecho*. Utopía libertaria, Anarres. Buenos Aires, 2007c.
- _____. "El anarquismo ante la propiedad". En: VARIOS AUTORES. *El anarquismo frente al Derecho*. Utopía libertaria, Anarres. Buenos Aires, 2007d.
- EINSTEIN, A. *Mi visión del mundo*. Tusquets. Barcelona, 1985.
- ESPÓSITO, R. *Communitas, origen y destino de la comunidad*. Amorrortu. Buenos Aires, 2003.
- FERRER I GUARDIA, F. *La escuela moderna*. Tusquets. Barcelona, 2002.
- FORNASERO, L. "Nociones educativas anarquistas: el problema de la autoridad en la educación". En: VARIOS AUTORES. *El anarquismo frente al Derecho*. Utopía libertaria, Anarres. Buenos Aires, 2007.
- FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo veintiuno. Buenos Aires, 2006.
- HOBBS, T. *Leviatán*. La Pagina - Losada. Buenos Aires, 2003.
- JIMENEZ, J. "Leviatán en los confines de la modernidad: una crítica anarquista de la sociedad civil y el Estado". En: *Revista de filosofía de la universidad de Costa Rica. Vol. 32 n. 77*. San José, 1994.
- KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Eudeba. Buenos Aires, 2003.
- KROPOTKIN, P. *La moral anarquista y otros escritos*. Utopía libertaria, Anarres, Buenos Aires, 2008.
- LÓPEZ, M. *Introducción a los estudios políticos*. Depalma. Buenos Aires, 1987.
- MALATESTA, E. *Anarquismo y anarquía*. Tupac. Buenos Aires, 2000.
- MARÍ, E. "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden". En: *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho. N. 3*. 1986.
- MARX, K. - ENGELS, F. *El manifiesto comunista*. Ediciones libertador. Buenos Aires, 2008.
- NIETZSCHE, F. *La genealogía de la moral*. Edimat. Madrid, 2007.
- NINO, C. *Introducción al análisis del Derecho*. Astrea. Buenos Aires, 1987.
- PRELOT, M. *Historia de las ideas políticas*. La Ley. Buenos Aires, 1991.
- PLATÓN. *La república*. Centro editor de cultura. Buenos Aires, 2007.
- ROTHBARD, M. *Hacia una nueva libertad. El manifiesto libertario*. Grito Sagrado. Buenos Aires, 2005.
- SPINOZA, B. *Tratado teológico-político*. Lautaro. Buenos Aires, 1946.
- SVAMPA, M. *La sociedad excluyente. La Argentina bajo el signo del neoliberalismo*. Taurus. Buenos Aires, 2005.
- VITA, L. "El delito y la pena. Un acercamiento desde la teoría anarquista". En: VARIOS AUTORES. *El anarquismo frente al Derecho*. Utopía libertaria, Anarres. Buenos Aires, 2007.

NOTAS SOBRE LA HISTORIA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO POLÍTICO ARGENTINO CONTRIBUCIÓN AL OBJETO DE ESTUDIO DE LA TEORÍA DEL ESTADO

Por Pablo Taboada

RESUMEN

Este trabajo pasa revista a la historia de la doctrina del derecho político en la Argentina y los más destacados juristas nacionales de la materia a lo largo del siglo XX, acerca de sus ideas respecto al método aplicable a la teoría del Estado. Asimismo, el ensayo trata de mostrar la relación entre nuestros autores y los juristas alemanes y franceses en boga como Jellinek, Duguit, Kelsen, Heller y Carl Schmitt.

PALABRAS CLAVES

Derecho Político – Historia – Teoría Del Estado

ON THE HISTORY OF POLITICAL LAW TEACHING IN ARGENTINE. A CONTRIBUTION TO THE PROBLEM OF THE STATE AS AN OBJECT

By Pablo Taboada

ABSTRACT

This article reviews the development of the Political Law studies in Argentina during the XXth century. It focuses on the method concerning State's Theory and aims to show the links between local authors and french and german jurists such as Jellinek, Duguit, Kelsen, Heller and Schmitt.

KEYWORDS

Political Law - History- State'S Theory

NOTAS SOBRE LA HISTORIA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO POLÍTICO ARGENTINO CONTRIBUCIÓN AL OBJETO DE ESTUDIO DE LA TEORÍA DEL ESTADO

Por Pablo Taboada*

“Para aprender derecho, deben leerse otras muchas cosas
que no sean derecho”¹

1. INTRODUCCIÓN

La presente exposición en torno al desarrollo cronológico de la enseñanza de la disciplina conocida como derecho político o teoría del Estado, obedece no a una mera reconsideración de los aspectos histórico-jurídicos de la asignatura, sino que trata de responder a la finalidad que debe perseguir el objeto propio de la materia que me ocupa como investigador. De la revista histórica que se haga, pretenderé extraer algunas conclusiones que permitan estimular el debate acerca de la relevancia que algunos contenidos vinculados a los estudios políticos relacionados con el derecho, deben a mi criterio, estar presentes en los programas de nuestra casa de estudios. Hago la salvedad, que todo lo que aquí se sostenga, implica nada más que el criterio que me inspira, y bajo ningún concepto deben ser tenidas estas palabras, como síntesis de la realidad que opera en la totalidad de las cátedras de ésta u otras facultades jurídicas que se ocupan del particular.

Es dable señalar, que cuando hago mención de la enseñanza del derecho político argentino, me refiero exclusivamente a su condición epistemológica. No han de encontrarse en estas notas preliminares, cuestiones concernientes a los problemas filosóficos que pueden generarse tras la alocución “derecho político”, como un ente considerado en sí mismo, ora en su aspecto metafísico, ora en su significación exclusivamente jurídica como rama del derecho público-positivo. Las posturas que se sostengan sobre el concepto “derecho político”,-ni más ni menos problemático que los conceptos propios de “derecho” y “política”-, tienen íntima relación con la predisposición gnoseológica que el sujeto cognoscente asume frente a la materia, que abre paso finalmente a la epistemología. Sin desconocer que estos problemas existen y que han preocupado la atención de muchos estudiosos, doy por sentado que es posible el conocimiento de las relaciones suscitadas entre derecho y política, y que precisamente la base de esas mismas relaciones, deben constituir el inicio del objeto del derecho político o Teoría del Estado.

Debo reconocer también que la denominación de la asignatura no es unánime. Mientras algunos consideran que la designación es meramente estipulativa, otros abogan por una estricta diferenciación sobre los objetos

* Abogado, docente de Teoría del Estado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

¹ El profesor Mario Rojas, me transmitió ésta frase, que a su vez, fuera una de las enseñanzas que a él, le legara el profesor de quebras Ignacio Winizky, fundador de la revista Lecciones y Ensayos.

peculiares del derecho político por un lado y de la teoría del Estado por otro. Sendas direcciones son orientadas precisamente por el concepto que cada uno tenga respecto a cada una de las definiciones en uso.

Al solo efecto de este ensayo, entenderé ambos términos como sinónimos en el campo de la enseñanza, y tomaré un concepto exclusivamente cognitivo de "derecho político" muy genérico e integrador de entre las más variadas fórmulas.² Llamo derecho político a la rama del conocimiento jurídico que se ocupa del estudio de las relaciones emergentes entre la teoría y la práctica política, las formas de organización social y el derecho, considerado éste último, desde sus aspectos filosóficos, lógicos, normativos e histórico-sociológicos.³

2. BREVE REPASO HISTÓRICO

Antes de dar inicio al núcleo central de este ensayo, significaré datos para nada novedosos pero si sumamente ilustrativos. Las relaciones entre la organización social y la política en su forma jurídica se ha teorizado a lo largo de la historia. Si bien muy lejos de otorgar conciencia de nuestra definición sobre derecho político, parte del contenido de lo que la teoría del Estado estudia, era ya materia de atención por parte de los grandes filósofos de la antigüedad. Diálogos platónicos como "República", "Político", o "Las leyes", o bien "Política" de Aristóteles, encierran en sus páginas ideas concernientes a la organización de la polis, clasificación sobre las formas de gobierno, deber ser político, rol de las leyes, comparación de constituciones. La Academia dirigida por Platón se asemejaba a un instituto de investigaciones, y con el paso del tiempo, sus cursos se hicieron cada vez más sistemáticos (ARMSTRONG. A. H., 1966, 64-65). Aristóteles y Teofrasto, hicieron del Liceo "un lugar importante que permitió coordinar el trabajo de un buen número de filósofos y científicos e iniciar un ambicioso programa sin precedentes dedicado a diferentes campos de investigación" (LLOYD, G, 2007, 24). Los estudios políticos no fueron extraños a Cicerón en Roma, quien en correspondencia con su hermano expresaba que sus trabajos trataban de la mejor constitución del Estado y del mejor ciudadano, en referencia a "Sobre la república". Se supo por otra carta de Cicerón dirigida a Celio que sus obras políticas habían alcanzado enorme difusión. (FONTÁN, A., 2000, 5 y ss.)

Hacia la edad media, las nociones sobre jurisprudencia con prevalencia del derecho romano se estudiaban en las clases de retórica, integrantes del "Trivium" que se diseminaba por las escuelas de artes liberales. El derecho

² Recordaba el profesor Hart, que las definiciones simples o meramente verbales como por ejemplo "el triángulo es una figura rectilínea de tres lados", permiten instruir un mapa o punto de partida para una más aguda descripción de los fenómenos que se perciben, y que la utilidad de éstas definiciones serán en mayor o menor medida fiables sobre la base de cierto contexto. Cuando de las palabras que tratan de ubicar una definición emerge la sustitución de la palabra definida o bien nos remonta a una familia de cosas entre las cuales se incluye lo que se pretende definir, estaremos más cerca de llegar a una definición satisfactoria. Al decir de Hart, por este camino, la definición del triángulo sería apropiada, y no demasiado útil -o para nada-, la de derecho. A pesar de ello, confío en este tipo de definiciones, por ser ellas introductorias de cada una de las posturas conceptuales que pueden ratificarse, rectificarse o modificarse. Sobre la cuestión, HART, H.L., "El concepto de derecho", Traducción del Dr. Prof. Genaro Carrió, 2ª Edición-reimpresión, Abeledo-Perrot, Bs.As., 2007, p. 17-18.

³ Alf Ross hacía notar que existían tres grandes vertientes para abordar el estudio del fenómeno jurídico: la escuela analítica preocupada por el problema de la naturaleza o el concepto de derecho; la corriente preocupada por el propósito o finalidad del derecho y la idea de justicia (escuela axiológica o filosofía del derecho natural); y la línea histórico-sociológica, motivada por la interacción entre derecho y sociedad. Partidarios destacados de la primera posición serían el profesor inglés John Austin en el siglo XIX, y Hans Kelsen en el siglo XX -aunque sin conexión histórica con el británico-; el enfoque religioso-metafísico abarcaría trabajos de los filósofos griegos y la escuela tomista medieval, los sistemas racionalistas de los siglos XVII y XVIII, Kant y Hegel. Militantes de la tercera postura serían: Montesquieu, Savigny, Puchta, Maine, Bryce, Durkheim, Duguit, Pound, Llewellyn, etc. Ver: ROSS, A. "Sobre el derecho y la justicia", Eudeba, 2ª ed. Bs.As, 1997, p. 23-27. La escuela trialista del derecho propugnada entre otros por Luis Recaséns Siches, Reale y Goldschmitt, intenta estudiar el mundo del derecho desde la complementariedad surgida entre normas, hechos y valores. Mi definición trata de incluir a todas las corrientes dentro de una teoría general del derecho político. Ésta no puede ser indiferente a las discusiones propias de la teoría general del derecho y como disciplina de estudio comparte los contenidos de los problemas planteados a lo largo de la historia de la filosofía jurídico-política, razón por la cual todas las corrientes y tendencias ingresan dentro del campo de su órbita.

romano-canónico fue creación de los propios juristas, fusionándose su concepto con el de derecho común. Se agregaba también la enseñanza del derecho feudal y del derecho estatutario de las ciudades italianas⁴. El período bajo medieval vio surgir los estudios generales, luego denominados universidades: Bologna, Padua, Nápoles, Salamanca, Valladolid y París, impartían rudimentos de derecho.

Desde los aportes de Maquiavelo, los estudios políticos cobraron resignificación en tiempos modernos, por lo menos entre juristas y filósofos, al margen de su enseñanza formal. En esa línea de difusión de problemas jurídico-políticos deben situarse las obras de Bodino, Hobbes y Locke. En el siglo XVIII, Montesquieu hace patente la denominación derecho político como proceso regulador de las relaciones entre gobernantes y gobernados, Burlamaqui lo utiliza con fines didácticos y Rousseau lo difunde a través del "Contrato social"⁵. Hacia 1820, se utilizó en España la denominación derecho político para bautizar una materia por fuera de los planes oficiales, aunque a mediados del siglo XIX se la incorporó regularmente a la enseñanza universitaria, como asignatura atenta a las relaciones entre derecho y política. Hacia fines del siglo XIX, comenzó a difundirse la denominación teoría general del Estado en Alemania, como materia comprensiva del fenómeno estatal en su relación con el mundo jurídico-político⁶.

3. EL DERECHO POLÍTICO EN LA ARGENTINA

La primer difusión del epíteto derecho político en nuestro país, se remonta a la traducción que de la obra "El contrato social" de Jean J. Rousseau, hiciera Mariano Moreno.⁷ Sin embargo, la misma no respondía a cuestiones concernientes a la enseñanza, sino a intereses políticos concretos, productos de la época del 1810. Con anterioridad a esa fecha, existen antecedentes coloniales de la enseñanza del derecho en nuestro territorio, pero los asuntos jurídicos de carácter público no eran tratados de manera sistemática.⁸ Primeramente fue la Universidad de Córdoba, por expreso pedido del Deán Gregorio Funes, la que incorporó los estudios de derecho público al programa de 1813, pero dentro del curso de derecho de gentes. A partir de 1834, se creó una cátedra independiente a cargo del Doctor Santiago Derqui. En la Universidad de Buenos Aires, se dictaron cursos de derecho constitucional con posterioridad a 1853, y fueron sus principales expositores José Manuel Estrada y luego Joaquín V. González. Hubo que esperar hasta el año 1922, para inaugurar la cátedra de derecho político, patrocinada por el gran jurista Mariano De Vedia y Mitre⁹.

4 Por ejemplo, en Pavia, se enseñaba derecho longobardo.

5 Montesquieu dividía a las leyes positivas en aquellas vinculadas al derecho de gentes, comprensivo de las relaciones entre Estados sobre asuntos de guerra y paz, el derecho civil como regulador de las relaciones entre los ciudadanos y el derecho político como regulador de las relaciones entre gobernantes y gobernados. Las leyes criminales rigen los asuntos penales. MONTESQUIEU, "Del espíritu de las leyes", Folio, Barcelona, 1984. Tomo I, 1° parte, Libro I, cap. III y libro VI, cap. II, p. 34-35 y 85. Para seguir la historia del concepto "derecho político", puede recurrirse a la clásica obra del Profesor MARIO JUSTO LÓPEZ, "Manual de derecho político", Kapeluz, Bs. As., 1973, p. 79-82.

6 Para la lectura de la evolución de los estudios políticos en Alemania en los siglos XIX y XX, puede verse, MARCEL PRELOT: "La ciencia política", Eudeba, Bs.As., 1964, p. 38-43. Para las relaciones entre la enseñanza del derecho político y el derecho constitucional en Inglaterra, Italia y Francia desde el siglo XVIII en adelante, se recomienda, SAGUÉS, NÉSTOR P.: "Teoría de la constitución", Astrea, Bs. As., 2001, p. 66-73.

7 Me ha manifestado el Dr. Prof. Aníbal D'Auria, que "Principios de derecho político", iba a ser el título de un libro del ginebrino que finalmente nunca culminó y que finalmente algunas notas de Rousseau para ese trabajo, más otros planteos dieron forma al Contrato social, que llevó como subtítulo, el nombre de la obra abortada.

8 Para un exhaustivo estudio de la cuestión se recomiendan todos los textos de Ricardo Levene sobre los inicios de la Academia de Jurisprudencia de Buenos Aires.

9 Distintos autores han barajado otras dos fechas de inauguración de la cátedra: 1924 y 1925. Tomo 1922 a partir de la obra de Víctor Tau Anzóategui.

A) LAS OBRAS DE MARIANO DE VEDIA Y MITRE

La labor desarrollada en los claustros universitarios por el profesor de De Vedia y Mitre (1881-1958), ha dado el principal aporte a la cultura enciclopédica del derecho político. Un repaso sobre sus publicaciones nos brinda un panorama de múltiple difusión en el particular, aún descartando su no menor condición de historiador de la vida nacional. Para la materia que me ocupa, ha publicado un curso de derecho político y una imponente "Historia general de las ideas políticas" con una introducción a la teoría del Estado.¹⁰

Su curso de la década del veinte, hacía hincapié en las distintas posturas que se debatían en aquellos años respecto a la teoría de la personalidad del Estado¹¹, estando presente en primera instancia el tratamiento de la obra del publicista francés León Duguit, quien llegaba a la cruda conclusión de vislumbrar en toda cuestión jurídica, simples relaciones de mando y obediencia entre gobernantes y gobernados, negando el principio de personalidad estatal. El estado es un hecho¹² donde determinados grupos o personas físicas, prevalecen sobre los demás por motivos de fortaleza.¹³ Los más fuertes, imponen necesariamente su voluntad a los débiles. De Vedia y Mitre refuta esta posición, expresando que la intención de Duguit de desembarazar a las teorías jurídicas sobre el Estado, de la abstracción consecuente, es gnoseológicamente imposible, puesto que la abstracción forma parte de la esencia propia de los estudios jurídico-políticos. En definitiva, nos manifiesta que la tipología apuntada de las relaciones políticas entre gobernantes y gobernados expuesta por Duguit, no es más que una sustitución de abstracciones (La de "Estado-jurídico" por la de "mando-obediencia"). Pero es fundamental recalcar que si bien De Vedia y Mitre recurre al campo de la abstracción como herramienta conceptual para el derecho político, la misma se halla siempre supeditada, no a la mera abstracción misma o a los postulados lógicos del lenguaje, sino a los hechos de la vida real del mundo sensible. En este sentido constructivo de una teoría realista del saber político, coincidirá su filosofía del Estado con la de Arturo Sampay, tan disímil en otras cuestiones. Precisamente por ello, aconsejaba abordar el objeto de estudio "derecho político", desde la combinación de los métodos histórico y jurídico. (DE VEDIA Y MITRE, 1946, pag. 522 y ss.)

Su historia general de las ideas políticas, desarrolla de manera pormenorizada toda la seguidilla de pensamientos vinculados al mundo del derecho y la política¹⁴, como la presentación de una genealogía que en nada difiere de los postulados metodológicos propugnados por Carl Schmitt. Una vez más, es el método y no la filosofía o ideología, lo que hace coincidente el enfoque de estos autores. En su "Introducción a la teoría del Estado", desenvuelve su método histórico-jurídico ocupándose de temas clásicos de la materia, hasta elaborar una propia

10 Su historia de las ideas políticas, publicada originalmente en 15 volúmenes, ha sido compendiada por el propio autor, bajo los dos tomos dados a conocer como "Derecho político general", publicado por Kraft editores. Por cuestiones de brevedad no he incluido en este ensayo, la obra de su discípulo Alberto Elguera, ni la del profesor socialista Carlos Sánchez Viamonte, también notable constitucionalista. De igual modo, Enrique Del Valle Iberlucea.

11 Hacia 1925, el profesor italiano Víctor Manuel Orlando dictó en nuestra facultad un curso sobre "personalidad del Estado", tema tan caro a los intereses de aquel entonces.

12 Hablo de un "estado de hecho", como situación de circunstancias imperantes y lo diferencio del "Estado" como persona colectiva moral o jurídica. Según Duguit, el Estado jurídico es una mera abstracción o ficción sin sustento real. Lo real está dado como un fenómeno de relaciones entre los poderosos que mandan y el resto que los obedece.

13 Fuerza física, económica, sobrenatural o cuantitativa.

14 Es preciso recordar que si bien De Vedia y Mitre acudía a la realización de una genealogía de la historia de las ideas, y no de la historia política de los pueblos, no ha podido ceñirse exclusivamente al cometido de referenciar ideas, puesto que las mismas se hayan presas de las circunstancias de hecho acaecidas a lo largo de la historia. Gratamente, nos otorga siempre un marco de referencia histórico político previo, para luego pasar al estudio de las ideas. A este respecto, cabe endilgarle el mérito de trabajar con las fuentes directas de los filósofos, juristas o políticos estudiados (desde Platón hasta Marx), generalmente en sus idiomas originales, y finalmente apoyarse en una serie de notas complementarias de inmejorable interés didáctico.

cosmovisión del ente "Estado" y también de la disciplina del derecho político. En la misma se hacen presentes las ideas expuestas por Georges Jellinek y Hans Kelsen, mostrando De Vedia y Mitre, una aproximación parcial al pensamiento del primero y un alejamiento no fatal acerca de las ideas del segundo. Mientras acepta de Jellinek la doble tipología de una teoría del Estado de carácter sociológica y otra de índole jurídica, se diferencia del método kelseniano de estirpe neokantiano y logicista, por considerarlo incompleto para una fructífera investigación sobre el fenómeno estatal. Para De Vedia y Mitre, tanto la teoría sociológica como jurídica del Estado, forman parte del objeto del derecho político, que se complementa con el estudio de la historia de las ideas y de las instituciones más salientes del derecho público.¹⁵

B) LA LABOR DE FAUSTINO LEGÓN

Continuador de la tarea intelectual de Mariano De Vedia y Mitre en la Universidad de Buenos Aires, y primer catedrático de derecho político en la Universidad de La Plata, Faustino J. Legón, ha sido otro de los juristas que propiciaron el método enciclopédico para el estudio de los asuntos políticos. En sus obras de mayor gravitación, ha pronunciado su preferencia por el método complejo¹⁶, tomado de una combinación de modelos en boga, del español Adolfo Posada y del francés Marcel Bigne de Villeneuve. En concordancia con la filosofía de Sampay, considera que la sociología política y el método histórico deben dar marco teórico a los estudios sobre el Estado, y deja a la filosofía política la función de orientar los postulados necesarios y universales del conocimiento político. No descarta el método jurídico. En suma y siguiendo a Bigne de Villeneuve se inclina por el método complejo¹⁷; porque en el Estado se producen conexiones de política y derecho, que da lugar al derecho político cognitivo. Es decir, acuerda un procedimiento donde estarían inmersos: la lógica deductiva, con base y raigambre metafísica, la observación y el inductivismo. La complejidad del método, no puede llegar a éxito alguno de no mediar un conocimiento enciclopédico de la política.

En sus textos pueden verse como impartió algunas de sus clases y como integró los problemas de la organización jurídica del Estado, con la filosofía de la justicia, la teología, la historia política, y el derecho constitucional. En su magistral tratado, bifurcó una parte propedéutica afanosa de dilucidar las implicancias metodológicas del derecho político y en la otra describió y expuso algunas ideas sobre el núcleo central del derecho político positivo.¹⁸ Lamentablemente, su deceso impidió que nos llegara la tercera parte del tratado, destinada a desarrollar los aspectos de la historia de las instituciones e ideas políticas que hubiesen completado su cuadro englobador, en alas de sus premisas metodológicas.

15 Otro de los méritos del insigne profesor, ha sido incluir en su estudio una historia de las ideas políticas en la Argentina, y asociar constantemente las relaciones entre derecho y política como las causantes de la construcción del orden legal vigente, y también de la justificación y sostenimiento de determinados planes de gobierno a través del dictado de determinada legislación. Ello responde al deber de emplear como punto de partida para la materia la noción de frontera donde se tocan el derecho y la política. Mi definición de derecho político, no es más que una ampliación de su premisa, con la salvedad de que he incluido además de las posturas histórico-sociológicas, axiológicas, y jurídico-dogmáticas, la concepción lógico-normativa, que De Vedia y Mitre consideró poco apta para la explicación de la realidad estatal. Aclaro que lo antedicho no significa que De Vedia negara de cuajo las ideas de Kelsen ni militara decididamente en el antikelsenianismo profusamente difundido por Arturo E. Sampay.

16 Me inclino por llamar a este método como enciclopédico y no complejo, aunque a la postre el consejo es meramente convencional.

17 Su contraposición sería el método simplista, sea éste especialidad de la rama jurídica o sociológica. Por este motivo, no desechará buena parte de la obra de Jellinek o Bluntschli, y será muy difícil encontrar coincidencias con la metodología kelseniana, si bien sus diferencias no son tan vehementes como las alentadas por su colega Arturo Sampay.

C) LA TEORÍA DEL ESTADO DE SAMPAY

Entre los profesores que ha tenido la Universidad de La Plata, se destaca el gran jurista entrerriano Arturo Enrique Sampay.¹⁹ A menudo, suele recordarse su labor como el jurista que diagramó los pormenores de la reforma constitucional de 1949²⁰. También Sampay ha sido uno de los más importantes teóricos del Estado a nivel internacional.

En sus obras cumbres elabora una teoría del Estado de tinte gnoseológico-realista, sustentadora de una filosofía del Estado arraigada en la tradición aristotélico-tomista²¹. Luego de refutar la "des-realización metafísica" del Estado por parte de todas las teorías de corte idealista (y también algunas de perfil materialista)²², -corolarios de la filosofía moderna-, proclama por la guía del bien común como fundamento y finalidad del Estado. Dentro de su método de estudio, deja a la sociología política la función de describir la realidad estatal, base de la teoría del Estado, que debe incluir -en función enciclopédica-, los conocimientos de cultura política, a través de la historia de las ideas, pero también de la historia de las instituciones.²³ En este aspecto, coincide con la teoría realista del Estado del alemán Hermann Heller, a quien le reconoce preponderancia en el retorno de la sociología política como molde de unidad de comprensión de la realidad estatal.²⁴ Esta debe construir los juicios descriptivos de la vida existencial, por intermedio de los cuales y con la ayuda de la filosofía política de raigambre metafísica, se llegará a juicios esenciales sobre la concepción del derecho y la política.²⁵

Sampay proclama el retorno a la metafísica como fundamento esencial de la política y en este sentido coincide su pensamiento con el del jurista Eric Voegelin y enfrenta de manera abierta el relativismo axiológico y la epistemología científica de Hans Kelsen. Inclusive, las críticas contra el autor de la teoría pura no se limitan al plano metodológico o filosófico, sino que también supo desafiarlo desde posturas lógicas y otras francamente políticas²⁶.

18 Elementos del Estado, anormalidad de las instituciones, formas de gobierno, etc.

19 Quiero hacer mención al hecho de que Arturo Sampay no fue un político que ocupó circunstancialmente cargos académicos, sino un brillante intelectual que alguna vez ocupó cargos públicos. Su eventual acercamiento al peronismo le valió censuras posteriores, a pesar de haberse alejado del movimiento por desavenencias profundas con algunos de sus integrantes. A mi modesto entender, su trayectoria se sitúa junto a la de los grandes teóricos alemanes de su tiempo. Así también lo entendieron su maestro Jacques Maritain y Andre Hauriou.

20 Así lo manifestaba Tau Anzóategui.

21 Al margen de nuestras preferencias filosóficas, destaco el profundo y singular contenido de una teoría del Estado propia, construida con una saga de conocimientos filosóficos inigualados en la historia del pensamiento jurídico argentino.

22 Incluye su crítica los tipos ideales de Max Weber, las tipologías anunciadas de Jellinek, la noción de servicio público en Duguit como contradictoria de su cruda observación mando-obediencia, y fundamentalmente la dialéctica marxista y el logicismo de la escuela de Marburgo.

23 Por lo tanto, además de relevar la historia del pensamiento, la teoría del Estado debe explicar el fenómeno de la realidad estatal a través de la historia de todas las organizaciones políticas humanas. Aquí y en discordancia con Heller y su noción de "Estado moderno", extiende el radio de acción de la materia, a la historia y geografía política fáctica ad infinitum, y también a la jurídica, económica y religiosa. Esta postura conlleva necesariamente al enciclopedismo como método de estudio del derecho político.

24 Si bien Heller aplica el método dialéctico y simpatiza con la socialdemocracia alemana, aboga por una teoría del Estado de carácter realista. Sampay aplaude esta idea, aunque se halla lejos de compartir sus creencias políticas. También realiza una sutil crítica respecto de algunos asuntos sobre filosofía del derecho y ética jurídica subyacentes en la teoría del estado helleriana, que exceden este trabajo. Solo adelanto que dicha crítica de Sampay podría ser exagerada.

25 Nótese que Sampay llama teoría del Estado a las disciplinas histórico-sociológicas que estudian la organización política; ciencia política a la filosofía metafísica que descubre verdades eternas e inmutables con ayuda de la filosofía política, y derecho político al derecho público general y constitucional. A pesar de que su nomenclatura incluye un discutido concepto de ciencia política, y al margen de endilgarle al derecho político la función de ser una de las ramas previas del derecho constitucional, cada una de estas disciplinas concatenadas indisolublemente entre sí, se identifican una vez más con nuestra propuesta enciclopédica de información política.

26 Sampay consideraba una hipocresía la pretendida neutralidad valorativa de Kelsen, Gerber y Laband. Coincidió en esto con Carl Schmitt. Interpretaba que los postulados kelsenianos eran producto de su simpatía por el Estado del liberalismo burgués. En materia metodológica compartía con Heller la idea de que el logicismo antimetafísico y antisociológico, llevaba a una teoría vacía de contenido, y por lo tanto, nada explicaba acerca de la vida del Estado. Desde la concepción lógica, puso en tela de juicio la

Tampoco estuvo ausente de sus críticas Carl Schmitt.²⁷ Si bien reconoce ciertamente, que su obra constituye la única fundamentación seria del totalitarismo como sistema político, y no objeta su metodología por ser ésta concordante con los postulados histórico-sociológicos de análisis del fenómeno estatal, no deja de atacar la falta de finalidad y bondad del decisionismo político²⁸.

D) CARLOS S. FAYT y MARIO JUSTO LÓPEZ

Considero ya autores clásicos del derecho político argentino, a los profesores Mario Justo López y Carlos S. Fayt.²⁹ A diferencia de los autores anteriores que habíanse desempeñado no solo como cultores ineludibles de la pedagogía jurídico-política, sino también como teóricos del Estado, las obras de López y Fayt se dirigen preponderantemente a los estudiantes y no elaboran una concepción propia de la filosofía del Estado.³⁰ Sin embargo, es menester señalar, que han contribuido enormemente a la difusión de los contenidos generales de la materia, tan difíciles de compendiar de manera didáctica.

Fayt ha considerado al derecho político como una disciplina cuyo objeto de estudio surge del enlace entre la teoría de la sociedad, la teoría del Estado, la teoría de la constitución y la teoría de los actos políticos. De esta manera, encuadra cuestiones vinculadas a la sociología como sustento de la comprensión de la realidad viva del Estado, en cuya teoría estricta, residían los problemas históricos y de filosofía práctica que englobaban las distintas posturas en cuanto al origen, justificación, finalidad y funciones estatales. A su vez, el derecho político se manifiesta en su visión, como una antesala o introducción al derecho público positivo, siendo el problema jurídico de la organización estatal, materia de previa indagación para el jurista³¹: de aquí la relevancia de la teoría constitucional y los actos políticos para plantear cuestiones concernientes a poderes constituyentes y constituidos, partidos políticos y participación ciudadana, formas de Estado y de gobierno, sistemas electorales, distribución de poder y opinión pública ante la actividad política y gubernamental, como puntos centrales de la asignatura.

Por su parte, López, ha presentado al derecho político como la disciplina encargada de considerar los preceptos jurídicos imbuidos de valores morales, que deben regular la actividad política y el estudio de cómo esa regulación tiene vigencia en la realidad. (LÓPEZ, M.J., 1973, 81)

Su definición de la materia se torna tan compleja como meritoria, pero al margen del análisis lógico y filosófico que pueda repararse sobre la misma, resulta de meridiana claridad, la exposición de los tópicos del derecho político como disciplina que estudia la realidad política y el poder, y la organización social imperante, de acuerdo a

exacta transpolación de la gnoseología kantiana a los cánones de lo que Kelsen llamaba ciencia jurídica, denunciado algunas contradicciones.

27 Siempre me pareció extraño encontrar la crítica a Schmitt en el prólogo de la obra. El jurista del nacionalsocialismo no fue tratado por Sampay en el cuerpo del libro. Tampoco el jurista holandés Krabbé, de enorme fama en ese entonces. Sí dedicó un trabajo aparte: "Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica"-publicada por Abeledo-Perrot en 1953-, donde se diferencia estrictamente de las posiciones del gran jurista alemán.

28 Sampay gustaba decir "voluntarismo político".

29 Podría también mencionarse al doctor profesor Germán Bidart Campos como exponente destacado entre los investigadores del derecho político, pero considero que su labor como constitucionalista, amerita ser tenido en cuenta como un notable especialista de dicha rama jurídica en todo el mundo latinoamericano. Otro de los destacados catedráticos de la materia ha sido el profesor Ambrosio Romero Carranza, cuya "Historia del derecho político", de enorme carga prescriptiva merecería un análisis al margen, por hallarse en juego en su tratado, planteos teológicos y metafísicos de estirpe cristiana, que se vinculan directamente con la historia de la filosofía del derecho y de la filosofía política. Inclusive su clasificación interna del derecho político, no deja de ser llamativa. Lamentablemente, por razones de brevedad he optado por no incluirlo en este trabajo.

30 No quiere esto significar que no la tuvieron, sino que simplemente las obras en cuestión han desempeñado una labor casi exclusivamente descriptiva de la disciplina.

una clasificación de enorme utilidad para el encuadre de asuntos propios de la ciencia política.³² A la faz de lo que entiende por constitución natural emergen los factores geográficos, económicos, histórico-culturales y hasta psicofísicos que determinan las relaciones políticas. Reglón seguido, la faz conceptualizada como constitución real presta atención a la dinámica política y las fuerzas de poder, y finalmente en la esfera entendida como constitución jurídica destaca los problemas referentes a la organización estatal por intermedio del orden legal. A partir de allí y en un engarce con una historia y teoría constitucional, abre paso al estudio de la teoría del Estado, las formas de gobierno y los regímenes políticos, como una serie de preceptos jurídicos introductorios al derecho positivo. De esta suerte, constituye al derecho político como la rama jurídica introductoria e indispensable previa al estudio dogmático del orden constitucional, cuya solidez descansa en el carácter multidisciplinario de los estudios histórico-sociológicos concernientes a la actividad política, atendidos en el campo de la constitución real y natural.

Los enfoques de Fayt y López, no escapan a la vieja usanza de entender al derecho político como la disciplina de carácter enciclopédico que se vincula directa o indirectamente con las interminables relaciones entre los entes "derecho" y "política", sea cual fuere el concepto que se quiera imprimir a tales definiciones. En este punto, es donde coinciden con los antiguos profesores reseñados³³.

Lamentablemente, las modas académicas de nuestro tiempo, han hecho prevalecer en el campo de los estudios sociales, la "especialidad" y la "cientificidad" como atributos indispensables del conocimiento, desdeñándose de manera palmaria, la cultura general que otorga una visión enciclopédica de los asuntos políticos³⁴.

4. CONTRIBUCIÓN A LA CULTURA DEL DERECHO POLÍTICO

En virtud de lo antedicho, quiero destacar algunas propuestas que me resultan adecuadas para recuperar dentro de los estudios políticos y jurídicos en general, la confianza en el enlace de las materias que constituyen el derecho político.³⁵

31 En este caso, jurista y politólogo se confunden en una misma definición.

32 Utilizo la alocución ciencia política como sinónimo de derecho político, sin estar convencido de la similitud o identidad de las mentadas disciplinas, e inclusive aún, sin asegurar con solvencia si es atinado creer en la posibilidad de abordar "científicamente" el conocimiento de la política. Quizás, el empleo de la acepción "estudios políticos", sea más atinada para englobar las distintas alternativas de abordajes intelectuales sobre la actividad política. La decisión de utilizar el epíteto "ciencia política", obedece exclusivamente a motivos de carácter estéticos.

33 Soy partidario de la idea de los que consideran, de que a pesar de la existencia de diversos planteos esgrimidos y de las distintas influencias ejercidas por parte de las diferentes escuelas de derecho político españolas, ciencia política francesas y teoría del Estado alemanas, los autores que publicaron obras sobre Estado, derecho o política durante los siglos XIX y XX con anterioridad a 1945, no escaparon nunca jamás, a la visión enciclopedista de los estudios políticos. Mi argumentación amerita una defensa aparte que no puede ser objeto de este trabajo puntual.

34 No desconozco que hoy día está muy mal visto en los círculos académicos, proponer un retorno a la vieja cultura política enciclopédica. Pero no puedo más que proponer dicho camino cuando no deja de asombrarme con que facilidad se le endilga a cualquier disciplina medianamente sistemática, el adjetivo de científica. No puedo dejar de perturbarme cuando se habla abiertamente de ciencia del derecho, ciencia política o lo que es harto discutido aún, ciencias humanísticas. En definitiva, el origen de estas diferencias radica en el hecho de partir desde criterios diferentes en cuanto al concepto que se tenga de la palabra ciencia. Por otra parte, no debe pasar inadvertido, que si bien la especialización ha tenido logros importantes en algunos campos del conocimiento, no deja de preocupar la cantidad de lagunas profundas que zanján en las disciplinas de carácter cultural (en sentido diltheyano), y que solo llevan a un constante abandono por el ansia de conocimiento (en sentido aristotélico) y a una profunda aridez intelectual. El derecho político no puede darse ese lujo. Un generalista de la cultura política, puede considerarse también un especialista.

35 Las disciplinas históricas y sociológicas (sobre todo las de carácter jurídico), otorgan el marco de cultura política sin el cual no podría entenderse el fenómeno jurídico-social y mucho menos la teoría del Estado. La filosofía y principalmente la historia de las ideas, son auxiliares del derecho político. Finalmente, todas las ramas jurídicas sin excepción (en la esfera de su politicidad), con preeminencia de las materias del bien o mal llamado derecho público y la teoría general del derecho, constituyen el soporte epistemológico de todas las relaciones entre los entes "derecho" y "política", que justifican la existencia del derecho político como

El estudio de las relaciones entre los entes "derecho" y "política" en todas las manifestaciones en las cuales estos pueden desenvolverse, merece para dilucidar el asunto de su mera conceptualización el apoyo de la filosofía como un camino a la clarificación de algunos términos sumamente problemáticos. Los estudios ontológicos como gnoseológicos, y la filosofía del lenguaje y la epistemología, son válidos auxiliares para permitirnos definir el significado del derecho político.

La genealogía como método de estudio, exposición y desarrollo del derecho político, empleado por Mariano De Vedia y Mitre o Carl Schmitt, permiten enfocar desde el ángulo histórico, cualquier problema atinente a la vida política y la organización social, desde el fenómeno dado en sí mismo, hasta las costumbres e ideas que rodearon los hechos pertinentes vinculados con el Estado y la política. Para este camino, no solo la historia fáctica de los acontecimientos políticos, económicos o religiosos son valederos, sino también la propia historia del pensamiento filosófico y jurídico de la época, completan el marco general de la etapa estudiada.

La actualidad política y jurídica, también debe ser tenida en cuenta para observar y describir la realidad social circundante, y he aquí la importancia de los estudios sociológicos³⁶. Pero es necesario señalar, que el derecho político no puede quedarse estático en el campo meramente histórico o filosófico (en ese caso no se diferenciaría de la historia política o la filosofía misma), sino que debe permanentemente dirigir su atención a como las variadas relaciones que se han dado o que se dan, entre "derecho" y "política", repercuten en la construcción del orden social, preferentemente el jurídico, y en nuestro caso, el orden jurídico argentino. No solamente la teoría o la acción política, los intereses económicos, o las cosmovisiones metafísicas o religiosas ejercen su influencia sobre la constitución escrita. El derecho político debe utilizar todas las herramientas a su alcance para comprender de que manera los asuntos políticos, determinan la legislación y la jurisprudencia y el pensamiento jurídico en general. De aquí la importancia que la teoría general del derecho aplicable a cualquier rama jurídica, tiene para la asociación de elementos en la cabal comprensión del fenómeno jurídico.³⁷

En esta inteligencia, el derecho político enciclopédico puede expresar su función para otorgar al estudiante o al estudioso una visión más amplia del fenómeno jurídico no limitada a la dogmática legal, que será de suma utilidad para patentizar de qué manera diversos factores condicionan determinada costumbre, imposición de criterios, códigos de leyes o fallos judiciales. Asimismo, los estudios políticos permitirán al estudiante adentrarse con mayor solvencia en la problemática del derecho positivo, sobre todo público. Aunque la materia alcanza grados mucho más extensos que los vínculos con el derecho público, no debe dejar de reconocerse que la teoría del Estado

materia que estudia la relación entre esos dos entes en todas sus manifestaciones. El derecho político tiene un objeto propio - estudiar los vaivenes que surgen de la relación precitada-, pero gran variedad de herramientas para desarrollar su trabajo.

³⁶ Coincido con el Profesor Mario Rojas: La lectura de los periódicos se torna ineludible para un serio estudio del derecho. ¿Cómo no recomendar a los estudiantes la lectura de los diarios que condensan los debates parlamentarios, las decisiones del gobierno, las novedades salientes de los boletines oficiales, la opinión de los actores políticos, los fallos del poder judicial, las relaciones con los Estados extranjeros, la vida política internacional? ¿Cómo afirmar que esto no tiene nada que ver con el derecho político?

³⁷ No existe rama jurídica que quede excluida del análisis comprensivo del derecho político. Es tan importante destacar cómo las relaciones entre política y derecho ejercen su influencia en el campo del derecho laboral individual y colectivo, como en la reforma a las leyes criminales o de procedimientos penales. No puede desconocerse las cuestiones tan vitales para nuestra disciplina como el desentrañar el pensamiento histórico o filosófico que desemboca en determinado concepto de derecho de propiedad y no en otro, y cuando y por qué; y así con todas las relaciones de derecho privado. Contratos civiles y mercantiles; legislación minera, petrolera, marítima o agraria. Y por sobre todas las cosas asuntos constitucionales y derechos políticos positivos. Y también es menester del derecho político preguntarse ¿por qué ahora es así y antes de otra manera?, o ¿por qué modificar la ley de entidades financieras o de sociedades comerciales o de contrataciones del Estado de una forma y no de otra? Y ¿por qué este sistema legal funciona aquí y en otro país no funciona? En este punto, el estudio de la geopolítica puede ser de gran aporte, aunque éste ya se halla inmerso como una disciplina auxiliar de las fases históricas y sociológicas y también del derecho internacional público.

estricta como la teoría constitucional, se yerguen en antecelas obligadas del derecho constitucional positivo.³⁸ Finalmente, en lo que a este punto respecta, el derecho político enciclopédico trata de formar en el jurista una plenitud intelectual que jamás debió ser abandonada.

5. RECOMENDACIONES GENERALES

Es mi intención retomar para los estudios de teoría del Estado, las enseñanzas de los antiguos cursos de derecho político. Para ello, resulta conveniente dividir la asignatura en una introducción general de carácter filosófico que se ocupe de los problemas conceptuales de la materia: "justicia", "Estado", "derecho", "política". Luego una parte dedicada a la revisión histórico-jurídico-política de la organización social, resaltando de manera inmediata, la relación entre los hechos acaecidos y las ideas imperantes.³⁹ Este mismo esquema debe ser aplicado a la historia de la formación del Estado argentino.⁴⁰ Otra parte de la materia deberá encuadrar una categoría que podría llamarse instituciones de derecho político o derecho político positivo, donde se incluirían nociones sobre la legislación vinculada a partidos políticos, formas de Estado, juridicidad de elementos estatales⁴¹, problemas de organización de poderes, sistemas electorales y teoría de la constitución.⁴² También deberá estar presente el examen de las teorías del Estado más descolantes, en alusión a la estricta e importante enseñanza de la materia de tal nombre. Resultarán imprescindibles, el estudio de los autores clásicos alemanes y franceses estudiados por De Vedia y Mitre, Sampay y Legón⁴³. Con respecto al pensamiento filosófico, la historia de las ideas conlleva necesariamente desde Platón y Aristóteles hasta Martin Heidegger.⁴⁴ Para el estudio del Estado argentino, no deben olvidarse las plumas señeras de

38 La enseñanza enciclopédica del derecho político, podrá referenciar utilidades para otras disciplinas cercanas como la teoría general del derecho y la filosofía jurídica; la sociología jurídica y la historia del derecho, incluyendo el derecho romano. También la multidisciplinariedad del derecho político servirá de guía a todo estudio de derecho comparado.

39 En definitiva, las ideas son también hechos que se suceden en la temporalidad. Pero marco el vulgar contraste, para graficar claramente como un acto político y una idea política, se desarrollan como hechos que ejercen influencia en las relaciones humanas. Para ello aconsejo aplicar la genealogía schmittiana y la unión de los métodos histórico y jurídico, pregonado por Mariano De Vedia y Mitre. En este asunto, podrían reseñarse las formas de vida política desde la antigüedad hasta el siglo XX, o bien hasta nuestros días.

40 Por cuestiones de didáctica general, aconsejo incluir el estudio del Estado argentino, después de repasar la historia general de las organizaciones e ideas políticas.

41 Legislación y jurisprudencia vinculada a cuestiones de soberanía, territorio, población y poder del Estado. De Vedia y Mitre y Sampay han sido promotores de estos temas en el país. También algunos fallos de Fayt por casos de derecho de incidencia colectiva.

42 Instituciones de derecho político puede ser un concepto demasiado genérico. Se podría objetar que toda institución jurídica se engendra en las relaciones que el derecho político que enfoca estudia. Por eso, una definición más estricta de los derechos políticos positivos, se vinculan con toda la legislación y jurisprudencia habida en materia de reglamentación de acceso al poder público y participación ciudadana, como la referente a los cimientos de la organización estatal. Aparte de ello incluyo a la teoría constitucional desechada por los cursos de derecho constitucional positivo. En este orden de ideas, quedaría dentro de éste conjunto el estudio de la organización general de los poderes del Estado (verbigracia: importancia política del consejo de la magistratura, juicio político, derecho parlamentario, acefalía), el régimen legal de los partidos políticos y asociaciones políticas en general. La relación del Estado con la Iglesia, los sindicatos y las fuerzas armadas. Derechos electorales y formas de participación ciudadana. La opinión pública. Algunos derechos constitucionales: imprenta, expresión, asociación y petición. Algunas leyes específicas sobre seguridad, antidiscriminación, ciudadanía, represión, terrorismo, derechos humanos, ética pública o acceso a la información por relacionarse con determinadas formas de gobierno. Delitos políticos, golpes de Estado, intervenciones federales, estado de sitio, revoluciones.

43 No discrimino a los autores por nacionalidad, pero resulta innegable que Hauriou, Carré de Malberg, Duguit, Jellinek, Weber, Heller, Kelsen y Schmitt, no pueden estar ausentes.

44 Podría remontarse tal estudio a las escuelas pitagóricas, pero a los fines de la materia no aconsejaría sobrepasar los límites de la obra de Heidegger, de vital importancia para comprender la problemática del ser y los entes con relación a los conceptos jurídicos. Salvo por honrosas excepciones, el pensamiento post-heideggeriano no se torna demasiado apacible para el derecho político. Si en cambio la obra de varios comentaristas o historiadores de la filosofía, pero no de "filósofos post-modernos". Debo reconocer mi sincero agradecimiento al Dr. Prof. Aníbal D' Auria y a la Profesora Elina Ibarra, su constante asesoramiento en materia filosófica. Cualquier enfoque mal expresado obedece a mi exclusiva responsabilidad, y no a su excelente desempeño como docentes en el campo filosófico.

nuestra literatura política y nuestra historiografía. Moreno, Monteagudo, los hombres de las generaciones del 37, del 80 o de 1910, son autores imperdibles, como así también las historias de Mitre, Saldías, Levene, Irazusta, De Gandía.⁴⁵ En lo concerniente al derecho político positivo, la doctrina constitucional y la jurisprudencia histórica relevante, nos obligan a no desligarnos de los asuntos jurídicos concretos. Le cabe lo mismo, a cualquier rama jurídica que se pretenda estudiar a la luz del derecho político de carácter enciclopédico, al que aconsejo retornar para enaltecer el objeto de la teoría del Estado como disciplina de la carrera de derecho, en nuestra querida casa de estudios.

BIBLIOGRAFÍA:

- ARMSTRONG, A. : (1957) *Introducción a la filosofía antigua*. Buenos Aires, EUDEBA, 1980.
- DE VEDIA Y MITRE, M. (1946) *Historia general de las ideas políticas. Tomo I. Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires, KRAFT, 1946.
- FAYT, C. S. (1962) *Derecho político*. Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1962.
- FONTÁN, A: (2000) “*Introducción general a Sobre la República de Cicerón*”. Madrid, GREDOS, 2000.
- HART, H.L. (1961) *El concepto de derecho*. Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 2007.
- LEGÓN, F. (1951) *Cuestiones de política y derecho*. Buenos Aires, EMILIO PERROT, 1951.
- _____ *Tratado de derecho político general T. I y II*. EDIAR, 1959.
- LEVAGGI, A. (1986) *Manual de historia del derecho argentino (castellano-indiano-nacional), Tomo I, Parte General*. Buenos Aires, DEPALMA, 1998.
- LLOYDS, (1968) *Aristóteles*. Buenos Aires, PROMETEO, 2008.
- LÓPEZ, M.J.(1979) *Manual de derecho político*. Buenos Aires, KAPELUZ, 1979
- PRÉLOT, M. (1964). *La ciencia política*. Buenos Aires, EUDEBA, 1964.
- ROSS, A. (1958) *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos aires, EUDEBA, 1997.
- SAGUÉS, N.P. (2001) *Teoría de la constitución*, Buenos Aires, ASTREA, 2001.
- SAMPAY, A.E. (1951), *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, POLITEIA, 1951.
- TAU ANZÓATEGUI, V. (1977) *Las ideas jurídicas en la Argentina*, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1999.

45 Sería un grave error excluir a los autores que no nos gustan políticamente. De Angeli, Echeverría, Sarmiento, Alberdi, José Hernández, Groussac, Lugones, Rojas, Gálvez, Scalabrini Ortiz o Arturo Jauretche entre muchos, con sus similitudes y diferencias forman parte del acervo histórico de nuestra cultura política. Lo mismo digo de las escuelas historiográficas: liberales, revisionistas, marxistas o las que fueren, deben considerarse por igual. Nuestra preferencia ideológica debe ceder ante la apertura de nuestro derecho político enciclopédico.

LA FORMACIÓN UNIVERSITARIA Y LOS SECTORES VULNERABLES.

**Por Canesini, Melina, Cappellino, María Elena,
Mendiburu, María José y Randon Salgado, Fermín Antonio**

RESUMEN

Nuestra investigación tiene por objetivo abordar la ausencia de contenidos referidos a normas vinculadas con algunas de las problemáticas propias de los sectores vulnerables de la sociedad en el currículum universitario de grado de la carrera de Abogacía de las Universidades de la Ciudad de Córdoba. Nos centraremos especialmente en tres tópicos: el código de faltas, los derechos del sector campesino y los derechos del niño.

Partimos de considerar que dicha ausencia en la formación de grado incide en el futuro ejercicio de la profesión de los operadores jurídicos con las consecuencias sociales que esto trae aparejado. Una de ellas es la indiferencia ante esta realidad, y la correlativa dificultad de revertir la situación. Por ello sostenemos, que si bien no es solamente el único factor que hace vulnerable a estos sectores; la ignorancia de herramientas disponibles al alcance y el desconocimiento de los mismos abogados (potenciales jueces o legisladores) encargados de defenderlos y protegerlos, tiene una gran incidencia al momento de reducir esta vulnerabilidad. Por lo tanto nos preguntamos, ¿en qué medida la situación de los sectores vulnerables está presente en el currículum de la carrera de abogacía? ¿La formación en la carrera de grado nos prepara para afrontar situaciones ligadas a estos sectores? ¿Hay espacios dentro de la formación de grado para analizar estos temas?

PALABRAS CLAVE

Sectores Vulnerables- Acceso A La Justicia- Formación Académica Del Abogado- Descontextualización Del Discurso Jurídico

UNIVERSITY CURRICULUM AND THE VULNERABLE SECTORS OF OUR SOCIETY

By **Canesini, Melina, Cappellino, Maria Elena, Mendiburu, María José y Randon Salgado, Fermín Antonio**

ABSTRACT

Our investigation's main goal is to deal with the absence, in the curriculum of our School of Law, of contents related to certain norms concerning the problematic of vulnerable sectors of our society. We will focus in three of those sectors: Contraventional laws, the Rights of the peasants and the Rights of the child. We are going to start considering that this absence in the University's curriculum has an influence in the professional practice of legal workers, and it has social consequences, like the indifference to this reality, and the difficulty to revert this situation.

We know that it is not the only factor that makes those sectors vulnerable, but the ignorance of the available tools and the lack of knowledge of those lawyers (potential magistrates and legislators) who could be in the position to help them, have a huge incidence at the moment of reducing that vulnerability. So, we wonder ourselves, in what degree is the situation of vulnerable sectors present in the curriculum of Laws Studies, and therefore: are we prepared to face problems that are related with these sectors?

KEY WORDS

Vulnerable Sectors - Access To Justice - Curriculum Of Laws Studies - Decontextualization Legal Discourse

LA FORMACIÓN UNIVERSITARIA Y LOS SECTORES VULNERABLES.

Por Canesini, Melina, Cappellino, Maria Elena,
Mendiburu, María José y Randon Salgado, Fermín Antonio*

INTRODUCCIÓN

Si de manera sincera nos planteamos la realidad de ser estudiantes universitarios de la carrera de abogacía y lo que eso implica como futuros trabajadores del derecho, por qué no preguntarnos también, cuál es el derecho que queremos trabajar.

El camino a andar como profesionales del Derecho comienza en la universidad. Es nuestra etapa de formación como futuros operadores del Derecho. Es sin duda, en esta etapa de formación donde seguramente se consolida lo que podemos denominar lo que será nuestra perspectiva jurídica. Su importancia radica entonces en que define muchas cuestiones que en el futuro practicaremos.

Nos vemos inmersos en una formación descontextualizada de la realidad, que si bien parece estar dotada de cierta coherencia, sólo la tiene cuando se observa solo una parte, aquella que nos enseñan a través de clases puramente teóricas donde se aborda una enseñanza limitada a un plano puramente jurídico. Como objetivo de nuestra investigación nos proponemos plantear, que nuestra formación universitaria no contribuya intensificar aún más la dificultad de acceder a la justicia por parte de los sectores vulnerables de nuestra sociedad.

Para realizar dicho análisis tomamos de nuestras experiencias y prácticas, lo relacionado con tres sectores vulnerables, cuyos reclamos se vinculan con diferentes regímenes normativos: jóvenes marginados y código de faltas; nuevo paradigma sobre la infancia y la situación de los niños y niñas de zonas marginadas, y el campesinado y los conflictos ligados a la posesión de la tierra.

Por lo que, en la siguiente ponencia abordaremos en un primer momento, una aproximación al concepto de sectores vulnerables. Luego nos referiremos a algunos aspectos que caracterizan la formación universitaria en relación a sus supuestos, sus modos y la ausencia de perspectiva crítica que sin duda implica la imposibilidad de acercar las problemáticas de los sectores vulnerables y por tanto alejar la posibilidad de que estos puedan hacer efectivos sus derechos y garantías. Finalmente avanzaremos en un estudio exploratorio de los programas de las asignaturas del plan de estudio, que evidencian la relativa ausencia de los temas elegidos.

Creemos necesario aclarar que en esta etapa inicial nos limitamos a indagar los contenidos a nivel de programas académicos de nuestra universidad; dejando para una etapa posterior aquellas cuestiones vinculadas con el "curriculum oculto".

* Estudiantes de Derecho, Universidad Católica de Córdoba.

I. ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS SECTORES VULNERABLES

Si buscamos acercarnos a una idea de lo que entendemos por sectores vulnerables seguramente podríamos referirnos a distintos factores que hacen que en una sociedad determinada existan estas especies de grupos desaventajados.

Decimos que son sectores vulnerables porque hay en la palabra "vulnerable" una referencia metafórica que hace alusión a la idea que tenemos sobre la debilidad en que se posicionan éstas fracciones frente a los abusos o indiferencias del Estado y los intereses de los sectores poderosos.

Entonces, "vulnerable" ¿por qué?, justamente porque es un hecho que sus defensas son más bajas (ZAFFARONI: 2005) y que potencialmente frente al embate abusivo del Estado se posicionan en una relación de Derecho como la parte más débil. Y no solamente en relaciones que hacen al Derecho Público, sino que en su caso, llegado el momento en un conflicto de intereses privados se les hace muy difícil de sostener una defensa en los mismos términos o con los mismos medios que otros.

Es por esto, que sostenemos que los vulnerables se ven privados de un Derecho Humano fundamental, el denominado "acceso a la justicia", fundamental como medio "para ejercer los derechos y defender las libertades en un sistema legal, moderno e igualitario que tenga por objeto garantizar, y no simplemente proclamar, los derechos de todos". (BIRGIN y KOHEN, 2006, 15).

Como sostiene Fucito para acceder a la justicia se requieren por lo menos determinados económicos, sociales, educativos de clase media. (FUCITO, 2001). De esta forma, son varias las notas que podemos utilizar para diferenciar y determinar que una parcela de la sociedad es vulnerable. Entre ellas encontraremos razones de tipo jurídicas, como es la imposibilidad de acceder a la justicia, imposibilidad esta que deviene en una ineficaz tutela efectiva de los derechos y garantías de los más desaventajados. Un segundo elemento, de índole económica; el costo de llevar adelante un proceso judicial. "Es necesario para reclamar, tener dinero para afrontar el reclamo", ya que "el costo judicial inicial (...) disuade de iniciar acciones a varios sectores de la población (FUCITO, 2001, 120)

Por último, existe un factor que se relaciona con la educación y que estamos convencidos que podríamos darle un enfoque doble; no solo en la falta de conocimiento sobre el Derecho que tiene el ciudadano en general, ya que "la falta de acceso tiene raíces que van más allá de lo económico, hay quienes no se acercan porque, además de las barreras económicas, no pueden identificar las posibilidades que les brinda el sistema judicial" (BIRGIN Y KOHEN, 2006,); sino que al mismo tiempo en la formación que recibimos no contamos con la herramientas académicas para hacerle frente a estas desigualdades. Todo lo contrario, somos parte de un sistema cerrado que intensifica la distancia que existe entre estos sectores y la tutela efectiva de sus derechos. Y hay una relevancia de esto al momento que nos formamos en la carrera de grado.

Por lo que es el mismo Derecho en su formación dogmática y hermética, que no le preocupa más allá de la letra salvar estas distancias. Esto nace ya en nuestra formación generalmente huérfana de compromiso con los más vulnerables, olvidando que ser auxiliar de la justicia no es solamente practicar una deontología ya sea en el ejercicio de la magistratura o en la profesión liberal. Sino que también debe haber una responsabilidad con la seguridad jurídica como base de nuestro sistema, y que hay que ser conciente que no se construye una seguridad jurídica, solamente en los despachos de los jueces, o en las cámaras legislativas, al mismo tiempo debe existir en el ejercicio de la abogacía.

Como estudiantes de la carrera de Derecho, estamos explorando la realidad desde el punto de vista de lo jurídico, y notamos con cierto desencanto que poco interesa en la currícula de nuestra formación el tratamiento de estos temas. Hay una tendencia en formar abogados puramente litigantes. Y más aún del fuero privado, justamente donde accede a la "mejor" justicia el que "mejor" invierte en su asesoramiento. Esto no implica que consideremos innecesario aprender a litigar, pero sí creemos que es insuficiente.

En función de lo dicho y de otras lecturas, sostenemos que estamos frente a un sector vulnerable cuando se nos hace presente la capa social más sensible a las decisiones, movimientos, o imposiciones que haga el Estado. Es decir, aquellos que frente a la potestad del Estado de hacer valer su autoridad, quedan expuestos a agravios o perjuicios que por su condición de vulnerables no pueden hacer frente una vez acaecido el daño.

No solo esto, sino que también son vulnerables porque se perjudican frente a las injusticias, cambios económicos, presiones de grupos de poder. Que por su fragilidad económica, política y educativa no encuentran la forma para hacerle frente a las desventajas.

Esto nos lleva a pensar que los sectores vulnerables, tienen debilitada la posibilidad de acceder a la justicia. Por lo tanto, o están frente a pocas posibilidades o fuera de ellas de poder hacer frente en la justicia a las consecuencias negativas resultante de las relaciones jurídicas que sean parte. Y esto no solamente por los patrones que mencionamos con anterioridad; sino también y, el que más nos interesa en este trabajo, es que llegado el momento de combatir este tipo de desiguales entra en juego el desconocimiento de los abogados de cómo trabajar frente a estas causas. Por lo que se termina consolidando la vulnerabilidad para transformarse en un daño efectivo.

Como expresamos en un primer momento para realizar el análisis abordado tomamos tres sectores vulnerables. En primer lugar, aquellos sectores marginados por la aplicación del Código de Faltas de nuestra provincia, instrumento utilizado para justificar una gran cantidad de operativos policiales que permiten detener a ciudadanos que dada su condición socioeconómica se ven más afectados por el poder de policía del Estado Provincial, a través de figuras como "merodeo" (art. 98) prostitución molesta y escandalosa (art. 45) o el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública (art. 61), entre otras, dotadas de una fuerte inconstitucionalidad, ya que "El Código de Faltas afecta, primariamente, tres preceptos constitucionales: **[a]** el principio de legalidad, **[b]** el derecho de defensa en juicio y **[c]** el derecho de acceso a la justicia." (ETCHICHURY, 2007).

También consideramos digno de análisis, la situación del campesinado y sus problemas vinculados a la posesión de su tierra, escenario que presenta por un lado a "comunidades campesinas poseyendo por varias generaciones, y por el otro, a titulares dominiales o pretensos dueños que apelando a distintas estrategias buscan apropiarse del territorio" (COMITÉ DE EMERGENCIA, 2008). Si bien la legislación argentina reconoce el derecho a los pobladores a la propiedad de la tierra cuando han ejercido una posesión pacífica, pública y continua por más de veinte años, "los pobladores que son ocupantes de la tierra, usualmente no tienen la información ni los medios económicos necesarios para hacerlos valer". (MESA DE TIERRA PROVINCIAL, 2007, 14)

Por último hemos elegido como otro de estos sectores a la niñez; es evidente que el ordenamiento jurídico y la formación académica que recibimos en la universidad con referencia a los conflictos que se dan en la minoridad tienen hoy un tratamiento vetusto, que no acerca soluciones. Por su parte en nuestra provincia de Córdoba donde todavía no se ha podido lograr ajustar nuestra justicia provincial a la ley nacional 26061, se hace muy notorio el hecho de que la formación jurídica no alcanza para tratar la realidad de los conflictos de la niñez, y es sin duda ya el

momento de repensar una justicia de la infancia donde participen otros profesionales que no integran hoy el campo jurídico.

Como veremos en nuestro estudio exploratorio, estas realidades están ausentes en nuestra currícula.

II. LA FORMACIÓN ACADÉMICA: CONTENIDOS Y ESTRATEGIAS

a. Un derecho desvinculado de la realidad

Si la justicia tiene por fin “dar a cada uno lo suyo”, en el ámbito del Derecho y puntualmente en la formación de profesionales resulta imperioso tratar y analizar el contexto social de cada uno para saber qué es “lo suyo”, lo que le corresponde a cada y toda persona por el solo hecho de ser tal, y de esta forma hacerlo efectivo.

Citando a Lista - Begala podemos decir que en la enseñanza del Derecho se produce una recontextualización del discurso jurídico: se plantea un orden jurídico abstracto, armónico, racional, separado de la realidad social, cultural, política.

El Derecho se desvincula de la realidad, ejemplo de esto lo constituyen: la dificultad que tiene el derecho para hacerse comprensible, la arbitrariedad de sus interpretaciones, sus fines políticos, el contenido parcial del mismo (GARGARELLA, 2004). Ahora bien, una vez aislado, desvinculado y considerado algo autónomo, debe recontextualizarse... ¿Cómo se presenta este fenómeno?

El Derecho se enseña como un universo de leyes coherentes y ordenadas, que no tienen vinculación con la realidad que deben regir y en la que se deben aplicar. La enseñanza de la ley en abstracto, es decir, sin interpretarla en el contexto social, comporta una limitación educativa (FUCITO, 2001) que trae aparejada importantes consecuencias en la práctica profesional.

Por un lado, las situaciones jurídico subjetivas son explicadas de manera uniforme, es decir, suponiendo que todas las personas se encuentran en igualdad de posibilidades económicas, sociales, políticas, que conocen y gozan de los mismos derechos, tal como lo afirma Duncan Kennedy (1990) al señalar que en la enseñanza del Derecho se parte del supuesto de la uniformidad cultural. Al partir del supuesto de una población homogénea y uniforme, se considera que el Derecho es efectivo para solucionar los problemas de todos; cuando en realidad esto debería cuestionarse ya que no todos conocen ni tienen acceso al sistema jurídico.

Por otra parte, se deja de lado la función social del derecho, el interés por la justicia social y se tiende a ver el ordenamiento como un catálogo de soluciones a derechos individuales de carácter privado. Esto se relaciona con lo que Lista- Begala (2003) plantean: no se vincula el Derecho y los conflictos con las estructuras del poder y los procesos sociales, políticos, económicos.

Si se deja de lado la función social del Derecho, implícitamente se está negando el importante rol social que corresponde cumplir al abogado; que más que un defensor de los “intereses privados” (de su cliente) debe buscar la justicia y el bien común, participando activamente en la lucha contra la desigualdad y la vulneración de los derechos humanos y sociales básicos. Es una tarea compleja y ardua pero no imposible de lograr. Para esto es necesario, en primer lugar, trabajar desde la formación, mostrando la realidad y promoviendo el compromiso, la responsabilidad, y fundamentalmente el interés de los estudiantes en estas temáticas.

Ante esta modalidad de enseñanza, cabe preguntarnos cómo responden los estudiantes en general. Duncan Kennedy explica lo que sucede: "mientras en la primera concepción el estudiante aspira a ayudar al oprimido y transformar la sociedad extrayendo el contenido latente de un ideal válido, en la segunda se ve a sí mismo en parte como un técnico, en parte como un experto en judo, capaz de poner la mesa patas para arriba". (KENEDY, 1990, 375) Es decir, los alumnos ingresan a las facultades de Derecho con una concepción "idealista" de la profesión: entienden que el abogado cumple un rol social importante, y luego de la experiencia en el aula y en contacto con distintos operadores jurídicos se transforman en estudiantes pasivos, acrílicos tanto respecto de la enseñanza como en relación al contenido del sistema jurídico. Esto es producto de que los profesores se encargan de marcar distancia, inculcar la jerarquía, imponiendo el argumento de la autoridad (muy frecuente en el ámbito jurídico), y rechazando cualquier aporte que un "simple alumno" puede dar.

b. Los casos prácticos

Dijimos que la descontextualización del derecho se refleja en la solución de casos prácticos. El problema tiene lugar cuando los alumnos debemos aplicar el conjunto de leyes aprehendidas a un caso concreto, real o no. Aquí se observa la insuficiencia de la teoría; resulta difícil apartarse de la letra de la ley e incluir fundamentos extrajurídicos en la solución al caso. Esto último se vio reflejado en la investigación que llevaron a cabo Lista-Begala, en la que se evaluaba a alumnos de la UNC, de la carrera de abogacía. (Lista-Begala 2003). Este tipo de soluciones son coherentes con la formación del abogado, ya que en la enseñanza no se incentiva ni se premia la capacidad creativa de los alumnos, ni se considera la posibilidad de integrar el Derecho con otras disciplinas.

Con respecto a esto último, Fernando Martínez Paz (1998, 14) plantea la necesidad de aplicar el "modelo jurídico multidimensional" (que incluye en el análisis aspectos sociológicos, antropológicos, culturales) para la solución de los fenómenos caso, ya que considera que el aspecto jurídico no es el único que debe aplicarse a la solución. Dicho modelo, en palabras del autor, "actúa como mediador entre la realidad y el pensamiento". Es justamente eso lo que se necesita en el campo de la enseñanza, algo que medie, que posibilite que entre la ley y el caso haya coherencia, una adaptación. El objetivo del modelo es "abarcar la mayor cantidad de aspectos de la realidad" (MARTINEZ PAZ 1998, 15). Este objetivo debería buscarse siempre en la práctica. Mientras no se amplie la mirada del alumno, y se tome conciencia de la importancia de la práctica, nos quedamos con una formación parcial, insuficiente, que no responde a las necesidades de la sociedad.

En síntesis, observamos una distancia tanto en la teoría y la práctica respecto de la realidad social, difícil de salvar y hasta de advertir por parte de los alumnos pues se ha naturalizado lo que se aprendió pasivamente. Ahora bien, como vimos, hay modos de solucionar este conflicto, solo resta que advierta por parte de los educadores esta insuficiencia, y se considere la posibilidad de revertirla, abriendo paso a la inclusión de nuevas técnicas de solución que pueden utilizar el auxilio de otras disciplinas que ayudan a comprender cabalmente la compleja realidad de los fenómenos casos.

III. FUERA DE PROGRAMA: ANÁLISIS EXPLORATORIO DEL CURRÍCULUM DE LA CARRERA DE ABOGACÍA

Como primer avance de nuestra investigación respecto de la presencia/ausencia de los contenidos vinculados a sectores vulnerables, hemos realizado un análisis de los programas de todas las asignaturas del plan de estudio vigente en la Universidad Católica de Córdoba. En el cuadro que se presenta a continuación, consignamos sólo aquellas materias que hacen referencia explícita en su programa a los puntos que hemos seleccionado como objeto de estudio: Código de Faltas, Campesinado y Niñez.

Materia	Año	Concepto / tema	Fuente (código, ley, texto de autor, otro)	Observaciones
Derecho Civil I	1º año	Menores. Capacidad. Representación	Código Civil. Manual de Derecho Civil parte general. Buteler Cáceres.	Limitación del estudio del menor como un incapaz en la vida civil, sujeto a la representación necesaria.
Derecho Romano I	1º año	Tutela de los menores. Clasificación de los menores según su edad.		
Antropología	2º año	El hombre como sujeto de derecho.	Antropología Filosófica. Gustavo Casas.	El derecho preexiste a la justicia y esta se tiene que encargar de su realización. Por el sólo hecho de ser persona se es sujeto de derecho.
Derecho Penal I	2º año	Derecho penal contravencional. Imputabilidad de menores. Medidas de seguridad.	Manual de Derecho Penal. Parte general. Ricardo Nuñez. Código Penal.	Contravención: naturaleza jurídica. Distinción con el derecho penal común. Menores: Edad de imputabilidad en base a la madurez mental del sujeto. Medidas de seguridad: leyes especiales del tratamiento del menor.
Sociología	2º año	Relación Derecho-Sociedad. Desigualdad en el acceso a la justicia. Familia. Nuevo paradigma sobre la niñez. Movimientos sociales y Derecho. Criminalización de la pobreza.	Gargarella. Cotterrell. Martínez Paz. Ley 26061. Caminal Badía, Schuster. Zaffaroni, Baratta.	Análisis crítico de la relación Derecho-Sociedad.

Derecho Comercial	2º año	Protagonistas de las relaciones mercantiles: menor de edad, menor comerciante.	Castellano, Miguel, "Estudio teórico práctico del derecho Comercial- Parte general y parte especial"	
Derecho Romano II	2º año	Derechos reales sobre la cosa propia. Dominio o condominio. El tema de la propiedad individual	El texto de base: el Manual de Derecho Romano de Juan Carlos Ghirardi	
Seminario de Metodología	3º año	Asesores letrados	Ley provincial de Asistencia jurídica gratuita.	Estudio exegético de la ley.
Derecho Constitucional	3º año	Garantías constitucionales. Derecho de propiedad. Derechos sociales. Derechos colectivos.	Manual de Derecho Constitucional. Horacio Gentile, y otros. Constitución Nacional.	Evolución del constitucionalismo. Análisis de las garantías contempladas en la Constitución, y modos de hacerlas efectivas.
Derecho Penal II	3º año	Protección de los menores en los distintos delitos. Trata de menores, abuso sexual, etc.	Manual de Derecho Penal, parte especial. Ricardo Nuñez. Código Penal.	Se estudian los agravantes de los tipos penales cuando la víctima es menor.
Derecho Agrario y Minero	3º año	Derechos de incidencia colectiva. Ley de bosques. Desarrollo agrícola y rural sustentable.	Instituciones de Derecho Ambiental. Alicia Morales Lamberti, Aldo Novak. Constitución Nacional. Leyes nacionales y provinciales.	Estudios de los textos legales que contemplan los respectivos temas.
Derecho Procesal Penal	4º año	Ley de protección judicial del niño y el adolescente. Juez de menores.	Ley provincial 9053.	Distinción entre los imputados en base a su edad, y su respectivo tratamiento en el proceso.
Derecho Civil IV	4º año	Propiedad y posesión. Acciones reales y posesorias.	Código Civil.	Estudios de los temas en base a lo regulado por el Código Civil.
Ética profesional	5º año	Aceptación de causas.	Ley provincial de ética del abogado y del juez, 5805.	
Derecho Internacional Privado	5º año	Régimen internacional de menores.	Tratados Internacionales.	

Del cotejo de los programas arriba expuestos, es posible advertir que prácticamente no hay mención al Código de Faltas, o si la hay es escaso su tratamiento en torno a su aplicación práctica, sus consecuencias, su inconstitucionalidad, ni tampoco sobre lo atinente a su ejercicio y procedimiento. En relación a la Niñez, en todos los programas se la estudia bajo la viejo paradigma del patronato y solo hay una mención respecto de lo que significa la nueva ley que ocasionó un viraje en la concepción del "menor" al "niño como sujeto de Derecho", con todo lo que esto trae aparejado. Por su parte es nula la apreciación respecto del tratamiento de tierras y los derechos del

campesinado y simplemente se aborda el tema de las tierras desde el derecho privado con la posesión, el derecho de propiedad, el usufructo, la enfiteusis, etc, que fue antiguamente tomado del derecho romano. Si bien es de suma importancia tratar de rastrear como se los estudia en la curricular universitaria también es menester señalar que entendemos cuales son las limitaciones de este análisis por lo que en una siguiente etapa se pretenderá articularlo mediante otros medios, como la crónica, entrevistas que permitan dar razones fidedignas de su no inclusión en nuestra formación.

CONCLUSION

Hemos arribado a esta parte del trabajo y se nos dificulta darle un cierre absoluto a nuestra investigación, ya que nos dimos cuenta de que son más las inquietudes que nos despertó tratar este tema que las que teníamos inicialmente al respecto. Por lo que decidimos darle una conclusión a lo que denominamos la etapa inicial exploratoria de nuestra investigación para esta ponencia, pero el compromiso con la investigación sigue.

El fin tuitivo del Derecho no puede ser tuerto y mirar a una sola parte de la relación jurídica. Y menos tuerta debe ser la mirada del abogado sobre la realidad. Por ello creemos en una formación integral del Derecho, que no solo pueda resolver los conflictos que se generan entre individuos sino también que tenga la responsabilidad de hacer frente a las desigualdades que el derecho debe combatir.

No se puede perjudicar a los individuos que forman parte los sectores vulnerables por circunstancias que no están bajo su control y que frente al accionar del Estado repercuten en abusos de este (GARGARELLA, 1999, 23). O frente a otro sector de la sociedad se incrementan las distancias en las cuales salen favoreciendo por lo general grupos de poder que se aprovechan de esta vulnerabilidad.

Hoy resulta imposible pensar que en la diversidad de grupos sociales que integra nuestra sociedad, exista la posibilidad de un tratamiento igual para todos, con un mismo criterio jurídico. Ya desde el momento que podemos diferenciar grupos mayoritarios y minorías, hay un indicio de que hay sectores que no reciben el mismo trato que otros (GARGARELLA, 1999, 17). Esta realidad, que también se presenta como una realidad jurídica, debe ser analizada en el momento que somos estudiantes, no podemos dejar de mirar a estos sectores si queremos modificar el derecho o pensarlo y practicarlo de distintas maneras. Existe una indeferencia frente algunas realidades en nuestra formación universitaria. Estamos muy alejados de una teoría crítica sobre el Derecho y no siendo suficiente con eso, esta vaciada de contenido político una carrera netamente política como la nuestra.

Es imposible dejar de lado la formación jurídica de grado, porque si no entendemos que las distancias sociales que ya existen y se dan en la sociedad el Derecho tiene que reducirlas lo más que pueda, difícilmente después tengamos abogados con criterio crítico frente a la frialdad de la ley o peor aún, tengamos legisladores creadores de reglas que sigan incrementando estas distancias, y jueces totalmente indiferentes a los sectores vulnerables.

A través de nuestra investigación buscamos poner de manifiesto el déficit de la formación académica en relación a estos temas, lo que resulta de una importancia capital si aceptamos que es en el proceso de aprendizaje del Derecho donde encontramos una llave que abra puertas a nuevas soluciones y planteos jurídicos.

Una formación que ignora la integralidad tanto de los contenidos como de los sujetos se convierte en domesticación, en adoctrinamiento (BAMBOZZI, 2005, 21) que impide avanzar en la transformación de las realidades sociales injustas.

BIBLIOGRAFÍA

- BAMBOZZI, Enrique (2005): "Escritos pedagógicos". Córdoba, Editorial El Copista, 2005.
- COMITÉ DE EMERGENCIAS DE SANTIAGO DEL ESTERO (2008), "Informe semestral Comité de Emergencia. Período Junio 2008/ Diciembre 2008". Santiago del Estero.
- ETCHICHURRY, Horacio Javier (2007) "Preso sin abogado, sentencia sin juez: El Código de Faltas de la Provincia de Córdoba." (www.codigodefaltas.blogspot.com).
- FUCITO, Felipe (2001) "¿Podrá cambiar la justicia en Argentina?". Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica.
- GARGARELLA, Roberto (1999): "Derecho y grupos desaventajados". Barcelona. Gedisa.
- _____ (2004): "El Derecho en discusión", *Revista Ñ*, 17 de julio de 2004.
- KENNEDY, Duncan (1990) "La educación legal como preparación para la jerarquía", en Courtis, Christian (comp.) *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- LISTA, Carlos A.- BEGALA, Silvana (2003) "La presencia del mensaje educativo en la conciencia de los estudiantes: resultados de la socialización en un modelo jurídico dominante", *Revista de la Enseñanza del Derecho*, Nro 2, 2003.
- MARTINEZ PAZ, Fernando- CARRERA, Daniel P (1998): "El modelo jurídico multidimensional".
- MESA DE TIERRA PROVINCIAL SANTIAGO DEL ESTERO (2007) "Propuesta de política agraria para la provincia de Santiago del Estero". Santiago del Estero.
- VIRGIN, Haydée y KOHEN Beatriz (2006) "El acceso a la justicia como garantía de igualdad". Buenos Aires. Colección Identidad, Género y Derecho. Editorial Libros
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2005): "Manual de derecho penal: Parte general". Buenos Aires: Ediar.

LA PRETENSIÓN TOTALIZADORA DEL DERECHO: JURIDIFICACIÓN DE CONTROVERSIAS EN PUERTO RICO

Por Érika Fontáñez Torres

RESUMEN

El análisis de las controversias desde el discurso del Derecho, como uno neutral y universal, puede provocar que se ignore la pluralidad de temas presente en la situación y se busque una solución que obvie las realidades sociales del conflicto, de manera que se excluyan herramientas de lucha adicionales a las legales. Este artículo presenta cómo la juridificación de tres controversias sobre medioambiente y derechos propietarios en Puerto Rico tendió a simplificar conflictos complejos para reducirlos a la pregunta de si un acto era legal o ilegal, y urge a quienes operan el discurso jurídico a reconocer cuándo activarlo o no.

PALABRAS CLAVE

Juridificación – Legalidad – Ilegalidad – Derecho Ambiental – Derechos Propietarios – Poder – Discurso – Neutral -
Espacio Público – Playa - Rescate De Terreno – Invasión – Conflicto Social

THE TOTALIZATION PRETENSION OF LAW: JURIDIFICATION OF CONTROVERSIES IN PUERTO RICO

By Érika Fontáñez Torres

ABSTRACT

The analysis of controversies from the optics of the legal discourse, as a neutral and universal tool, can cause the unawareness of the plurality of topics that merge in a situation and the search for a solution that ignores the social realities of the conflict, in a way that leaves out additional mechanisms to vindicate rights, apart from the legal methods. This article presents how three Environmental Law and property rights controversies in Puerto Rico were simplified by the juridification of complex conflicts to the point of reducing them to the question of whether a single action was legal or illegal. The piece urges the persons who manage the legal discourse to recognize when it is appropriate to use it and when the field should be left open for other alternatives.

KEYWORDS

Juridification – Legality – Illegality – Environmental Law – Property Rights – Power – Discourse – Neutrality – Public Space – Beach – Land Rescue – Property Invasion - Social Conflicts

LA PRETENSION TOTALIZADORA DEL DERECHO: JURIDIFICACIÓN DE CONTROVERSIAS EN PUERTO RICO

Por Érika Fontánez Torres*

I. Introducción

En los pasados diez a quince años, Puerto Rico ha visto un crecimiento vertiginoso en las controversias medioambientales, de propiedad y sobre uso del suelo. En esta línea están los conflictos sobre el desplazamiento de comunidades pobres para dar lugar a grandes desarrollos de viviendas de alto costo, la construcción de proyectos de lujo o complejos hoteleros en las áreas costeras y, como consecuencia, la privatización y falta de acceso por el ciudadano común a los espacios públicos, como, por ejemplo, las playas.¹ Estas controversias han llamado la atención pública al tema de los bienes de dominio público, la elitización de la ciudad (*gentrification*) y la justicia ambiental,² y esto se debe, en gran medida, a un activismo social efectivo por parte de organizaciones de base comunitaria y grupos de ambientalistas.

En estos escenarios, he tenido la oportunidad de participar desde más de una perspectiva. En primer lugar, me he ubicado en el rol de lo que el sociólogo Pierre Bourdieu llamaría una operadora del campo jurídico (BOURDIEU, 1987). Esto, a su vez, desde dos planos: como académica, en tanto profesora de Derecho Ambiental y Derecho de Propiedad, y como abogada de grupos comunitarios y organizaciones ambientalistas. Una segunda ubicación es aquella de "observadora/investigadora" de los eventos. Con pleno reconocimiento del cuidado que implica una investigación de metodología participativa, en los últimos años también he intentado dar cuenta de algunas de las dimensiones de estos escenarios desde una mirada sociológica del Derecho.³ En este último plano, mi objetivo ha sido analizar las formas en que el Derecho ha contribuido a la construcción social de estos escenarios. Los trabajos en esta dirección han dado cuenta de las formas en que el Derecho -ya desde su institucionalidad, ya desde sus formas discursivas- ha estado presente y, en ocasiones,

* Catedrática asociada, Escuela de Derecho, Universidad de Puerto Rico. B.A. Universidad de Puerto Rico, 1996; J.D. Universidad de Puerto Rico, 1999; LL.M. Universidad de Londres, London School of Economics and Political Sciences, 2002.

1 Para una muestra y resumen de las controversias surgidas en los últimos años, véase FONTÁNEZ TORRES, É. (2008) "La controversia de Paseo Caribe. La Opinión del Tribunal Supremo". En *Claridad*, 7 al 13 de agosto de 2008, 4-5; FONTÁNEZ TORRES, É., "Medioambiente: el reclamo por un mejor país". En *Claridad*, 27 de diciembre al 2 de enero de 2008, 4-6; FONTÁNEZ TORRES, É., "Para reflexionar y actuar: Resumen medio ambiente 2006". En *Claridad*, 4 al 10 de enero de 2007, 13-14, 31-32.

2 Me refiero al término *justicia ambiental* en un sentido amplio, cónsono con planteamientos de justicia social a los que se añaden los elementos medioambientales. También se le ha llamado ecologismo de los pobres; véase MARTÍNEZ ALIER, J. (2002) *The Environmentalism of the Poor*. Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2002. Una acepción del término es aquella acuñada por los sectores minoritarios en los Estados Unidos. Véase, por ejemplo, la Orden Ejecutiva núm. 12898, emitida por el Presidente de los EEUU, William B. Clinton. Sobre el uso discursivo/simbólico de este término en Puerto Rico, véase FONTÁNEZ TORRES, É. (2006) "Primera Jornada Ambiental 2006: Una agenda académica y de acceso a la justicia". En *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 2006, 75, 2, 465-502.

3 Utilizo el abordaje sociológico del Derecho que analiza el "efecto constitutivo" del Derecho. Distinto al abordaje sociológico tradicional, para acercarnos al "impacto" del Derecho en "lo social" (como si el Derecho no fuera parte de "lo social"), en que se atiende, por ejemplo, a las reformas legales, al impacto de nueva legislación o de una decisión del Tribunal Supremo, este abordaje busca analizar el Derecho como constitutivo de las prácticas cotidianas; busca analizar cómo éste incide o tiene presencia en las relaciones sociales, particularmente en su forma discursiva y en la construcción de ciertas realidades e identidades (SARAT & KEARNS, 1993). En estas corrientes de análisis del Derecho, se le da atención a los escenarios ordinarios en que el Derecho parece invisible pero es fuente de poder (FOUCAULT, 1974). En mi trabajo, la atención va dirigida a los fenómenos sociales en sí mismos, por donde transcurre el discurso legal; en este caso, a los asuntos medioambientales y de propiedad.

ha "colonizado" las controversias, imponiendo una racionalidad particular desde su codificación.⁴ Mi conclusión es que, en algunas de estas controversias, el campo jurídico y su discurso han pretendido y logrado totalizarlas y simplificarlas; en otras palabras, han juridificado las controversias, lo que implica una invisibilización de las luchas de poder tan presentes en ellas.

Un segundo tema es, entonces, cómo -conscientes de ser operadoras del Derecho- evitamos servir para la simplificación de estas controversias y caminamos cautelosas de forma tal que, aun como abogadas o académicas del Derecho, no contribuyamos a esa invisibilización del poder. En lo que sigue, expondré los puntos teóricos e ilustraré el tema con tres estudios de caso en los que he trabajado y que he investigado.

II. El Derecho y la juridificación: simplificando la complejidad, invisibilizando el poder

¿Cuál es la importancia que tiene, para quienes miramos los escenarios de conflictos socio-ambientales, propietarios y comunitarios, un acercamiento a este tema y a la "codificación" desde el Derecho? El asunto estriba, a mi entender, en el hecho de que el Derecho, como discurso legal, tiene pretensiones y efectos totalizadores. Es decir, cuando una controversia social compleja es atendida por algún campo social, al decir de Bourdieu, o por un sistema social, al decir de Luhmann, las racionalidades de esos campos sistémicos y sus códigos operacionales la simplifican. Si el poder de ese código o su comunicación, a su vez, domina o controla el debate público, la controversia se simplifica, invisibilizando las luchas de poder presentes. El Derecho, como campo jurídico o como sistema social, pretende -mediante su pronunciamiento sobre lo que es *legal o ilegal*- constituirse en una vía de poder que aspira a resolver, aplacar o simplificar el conflicto, acudiendo a un código particular: el código de legalidad/ilegalidad. La fuerza de este código y su simplificación puede terminar opacando los conflictos o asuntos subyacentes. Se trata de una forma particular en que el campo jurídico trata la realidad social, de acuerdo a sus términos y racionalidades, y de cómo ese tratamiento de la realidad social puede terminar en la construcción particular de determinada realidad y verdad (BOURDIEU, 1987).

Ahora bien, quienes además somos operadoras del Derecho, como tal, contribuimos a esta operación del campo jurídico (esto sin olvidar que dentro del Derecho también hay escenarios de poder sobre *quién* dice lo que es Derecho). Por eso, sobre todo nosotras que jugamos un papel como abogadas y académicas en escenarios y controversias sociales complejas, y que somos portavoces y operadoras del discurso legal desde la legitimidad que nos confiere el sistema, debemos mirar de cerca la operación sistémica del Derecho para evitar la pretensión neutralizadora e intimidante de su discurso, discurso que persigue elaborar UNA verdad sobre los eventos; a saber, aquella de *la legalidad*, dando al traste con OTRAS verdades.

Primero, el Derecho como institución, ofrece una solución justa, neutra y universal, a la controversia. Por lo tanto, una vez se activa la operación del sistema legal y el tránsito de su discurso, se activa el efecto neutralizador del lenguaje jurídico. Se neutraliza la controversia y se suprimen otros acercamientos epistemológicos a los conflictos: "El lenguaje jurídico queda vaciado de contenidos políticos o éticos aparentemente, apareciendo de una forma neutra, en primera instancia por la propia construcción del razonamiento" (MORALES DE SETIÉN, 2000, 72).

⁴ Véanse, por ejemplo, FONTÁNEZ TORRES, É. (2009) "El discurso legal en la construcción del espacio público: Las playas son públicas, nuestras, del pueblo", *Revista de Ciencias Sociales del Centro de Investigaciones Sociales de la Universidad de Puerto Rico*, 2009, 20, págs. 42-77; FONTÁNEZ TORRES, É. (2007) "El Derecho y lo "legal/ilegal" en los escenarios de conflicto ambiental". En *Ética Ecológica*, San Juan, Tal Cual, 2007, págs., 87-118 y FONTÁNEZ TORRES, É. (2007) "La presencia del Derecho en el movimiento de rescates de terreno en Puerto Rico: rescatando entre leyes, tribunales y el discurso legal", *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, 2007, 67, págs. 351-372. En estos artículos, como en la presente ponencia, la pregunta no va dirigida a los aspectos jurídicos de los eventos, sino a la observación de la operación de los entendidos y discursos jurídicos propiamente.

En algunas de las controversias medioambientales y propietarias en Puerto Rico, se habla de la *legalidad* de un complejo hotelero-residencial, de la *ilegalidad* del relleno de un cuerpo de agua, de la *ilegalidad* de 211 familias que habitan un terreno, de la *legalidad* de una ruta-expresso o de la *nulidad* radical de un contrato de arrendamiento sobre un balneario público. En cada caso, el pronunciamiento sobre su legalidad pretende validar o invalidar un evento y revestir a cierta actuación de legitimidad o de la falta de ella. La pretensión del pronunciamiento o de quien lanza la pregunta sobre si algo es o no legal es que, a partir del pronunciamiento sobre su legalidad o ilegalidad, nada más importe. De ahí que, ante la pregunta sobre si algo es *legal* o *ilegal*, se busque simplificar los contextos y complejidades que atañen a los eventos sociales. Pero, muy poco nos dice el referente de la legalidad o la ilegalidad a no ser que situemos la controversia en el escenario de los conflictos que provocan precisamente el pronunciamiento sobre su legalidad, pues la respuesta a la pregunta, al igual que aquella que persigue contestar sobre su moralidad o su eticidad, está impregnada de la subjetividad y contingencia propia del Derecho y del contexto donde yace.

Esto es así porque, al presentarse la controversia en el campo jurídico, se activa una forma particular de racionalizar los eventos. El sistema legal produce un código operacional desde el cual se miran los eventos y se reduce la complejidad de éstos. El código básico del Derecho es el *legal/ilegal* (LUHMANN, 2004).⁵ En lo que nos concierne, miramos a la estructura del Derecho para producir comunicaciones; ciertos códigos, como aquéllos que aluden a la verdad/no verdad, lo válido/inválido. El código legal/ilegal se produce desde las instituciones del sistema legal, pero, aunque se construye, produce e instituye desde los espacios institucionales, es utilizado, como veremos, más allá de esas instancias, en sus formas discursivas.

La importancia de las categorías radica en la forma en que éstas organizan el razonamiento. Una vez una situación o un evento se clasifican en una categoría en particular, ciertas reglas y una forma de racionalizar el evento aplican con exclusión de otras, a los fines de producir una determinación o resultado. Una vez se establece que a determinada situación le aplica determinada normativa, tiene el efecto de limitar las reglas operativas al evento, lo que, a la vez, limita la consideración de los hechos a aquellos "relevantes" a la racionalidad legal (TEUBNER, 1997).

Aplicando este abordaje teórico a la práctica social de la contratación, por ejemplo, Collins señala la importancia de las clasificaciones legales como un sistema de conocimiento empleado para la gobernabilidad social (COLLINS, 1999). Según Collins, las categorías legales permiten a los abogados simplificar los eventos sociales complejos.

En otras palabras, cuando abordamos controversias complejas, como la exclusión de ciertos sectores del disfrute de los recursos naturales o los espacios públicos o las fallas estructurales serias, como la falta de vivienda o de necesidades básicas, entre otras, el discurso y el código operacional del Derecho sirve para simplificar los eventos, dejando fuera los elementos del poder y lo político subyacentes en las dinámicas.

Sobre los efectos de la codificación jurídica, Bourdieu nos señala lo siguiente: (1) facilita la fijación del conocimiento mediante la objetivación que produce; (2) supone cierta oficialización del saber (el del campo jurídico); (3) permite la formalización racional del conocimiento. En fin, la juridicidad de los eventos en el código legal/ilegal abre las puertas a la universalización de categorías que son propias del Derecho y, en gran medida, arbitrarias. Señala Bourdieu: "El espacio judicial funciona como un espacio neutral, que opera una verdadera neutralización de lo que está en juego a través

⁵ Siguiendo a Niklas Luhmann, descansamos en la premisa de que, en la complejidad de la sociedad moderna, los sistemas, como el legal, buscan mecanismos para reducir la complejidad de los eventos sociales y para esto se emplean diferentes códigos.

de la abstracción de la realidad y el distanciamiento directo de intereses en un diálogo entre mediadores" (BOURDIEU, 2000, 183).

Se trata, nuevamente y al decir de Bourdieu, de la organización de los conflictos sociales según las codificaciones del Derecho y del ofrecimiento de una "solución" tratada como neutral o imparcial debido a que están basadas en reglas y codificaciones "independientes". Precisamente, Bourdieu sugiere que el poder del discurso legal reside en las formas en que el Derecho codifica, formaliza y racionaliza la experiencia social. Se traduce en lo que Luhmann llama la reducción de la complejidad. Es decir, lo que en determinado caso el Derecho enmarca como "la controversia" es producto de un proceso en que el Derecho construye una realidad particular.⁶ Por ejemplo, múltiples conflictos sociales rodean el cierre al acceso a una playa, pero el sistema legal podrá enmarcar el escenario en la legalidad de un portón. Después de todo, el Derecho "observa" lo que su racionalidad le permite "observar" a través de su mapa legal (PATERSON & TEUBNER, 2005, 462).

Finalmente, lo que debe quedar claro es que el mapa legal, ese que enmarca la realidad del evento como aquel *legal* o *ilegal*, sólo puede ofrecernos una vista selectiva e incompleta del mundo. No hay un *big picture*. Como consecuencia, para el sistema y su racionalización, aquello que no está incluido en el mapa *no es real, está fuera* (PATERSON & TEUBNER, 2005, 462). No obstante, su circulación como comunicación o discurso puede tener un efecto totalizador, constructor de una realidad social particular.

En el análisis que he llevado a cabo sobre el discurso legal en los conflictos medioambientales y propietarios, tomamos el abordaje sugerido por Teubner y Paterson. Ellos observan los procesos de diferenciación y reducción de complejidad que el Derecho lleva a cabo mediante su código operacional (PATERSON & TEUBNER, 2005). Tomamos como ejemplo un evento social –podría ser el caso Marriott que expondré más adelante– y examinamos cómo el Derecho construyó significados y cómo se utilizó el discurso legal en ese escenario. Se parte del entendido de una realidad socialmente construida; en este caso, aquella construida por el Derecho: "la realidad es también construida a base de las selecciones hechas por el Derecho de acuerdo con su código legal/ilegal según persigue alcanzar un orden en la complejidad". (PATERSON & TEUBNER, 2005, 461)

III. Las controversias

Disfrutar de nuestras costas no se trata de algo técnico que requiera medidas métricas para decidir "esto es del pueblo". No hacen falta abogados, un contingente de policías y mucho menos la fuerza de choque.

-Sarah Peisch, activista ambiental

De las controversias que he analizado mediante este abordaje, expondré tres: las primeras dos sobre el tema del acceso a los espacios públicos y la tercera sobre el movimiento de toma de tierras o rescates de terreno en Puerto Rico.

A. El acceso igual y la elitización de los espacios públicos.

Una de las controversias más álgidas en los últimos años en Puerto Rico es aquella que tiene que ver con el uso del suelo y la privatización de las costas. Uno de los casos más recientes y que más han llamado la atención en el país es el

⁶ La controversia puede ser ambiental o de cualquier otra tipo. Ver, por ejemplo, el caso del hotel Marriott, que se discute más adelante.

conocido como "el caso Marriott", en el Balneario de Isla Verde, Carolina. Aquí se enmarcó el asunto como una reivindicación de la playa como espacio público.

En este caso, el tema del acceso a las playas y la exclusión y desplazamiento de las zonas costeras acaparó la atención cuando un grupos de individuos y organizaciones decidieron "acampar" en las cinco cuerdas del Balneario de Carolina, luego de denunciar que el Gobierno había permitido la construcción de un condo-hotel de 192 apartamentos, con estacionamiento soterrado y la expansión del Hotel Marriott Courtyard en los terrenos del balneario "público". Los ambientalistas hicieron un campamento permanente de desobediencia civil y retaron a las autoridades. Detuvieron la construcción.

En primera instancia, el reclamo elaborado por los grupos ambientalistas fue que no se había considerado el impacto ambiental del hotel. También, a raíz de la discusión pública sobre la privatización de los espacios públicos, se le dio énfasis al discurso de que las playas eran *del pueblo*. No obstante, más adelante, conforme aparecieron datos sobre el proyecto de hotel, resultó que el Gobierno les había arrendado por un término de hasta 99 años cinco de las 45 cuerdas del balneario. De ahí que, mediante un cuestionamiento a la acción del Gobierno que puso en manos del hotel dicho terreno, se elaboró el reclamo de que el negocio jurídico (el contrato) era ilegal (RIVERA VARGAS, 2005). Se comenzó a hablar de *ilegalidad* en términos muy concretos: el contrato que permitió ese traspaso de terreno al Marriott era *nulo e ilegal* en tanto permitía que terrenos dedicados a uso público fueran a parar a fines privados.

Ahora bien, pese a que para los ciudadanos se trataba de un asunto de justicia en el acceso a las playas, hubo intentos de que la controversia se viera exclusivamente mediante lentes jurídicos, sin que se discutieran públicamente las implicaciones de continuar la privatización, elitización y limitación visual y físico-espacial de nuestras costas. Así como analizáramos en otro escrito (FONTÁNEZ TORRES, 2007), cuando se le preguntó al Gobernador del país sobre la controversia, éste respondió: "En Puerto Rico, construir hoteles no es ilegal" (MORALES BLANES, 2005). El Gobernador despachó la controversia y le replicó a los manifestantes -al igual que lo hizo años después con el próximo caso que reseñaremos- que lo correcto era acudir a un tribunal para que éste pasara juicio sobre la "legalidad o ilegalidad" del proyecto. La premisa: basta con un pronunciamiento sobre su legalidad para atender el conflicto. Es decir, si algo es *legal*, entonces no hay nada más que atender.

Mediante esta reducción de la controversia a un asunto meramente legal se despejaba el debate público sobre la deseabilidad y la justicia, como país-isla, de continuar fomentando la privatización de facto de las playas o la controversia de clase subyacente, dado que se trataba de la privatización de cinco cuerdas del balneario público para uso exclusivo de clientes de un hotel de lujo. De esa forma, para el Gobernador y su gabinete no era necesario atender el asunto público que generó tanta discusión, sino que se descansaría en lo que dijera un tribunal, bajo el manto de la "objetividad" y legitimación institucional; no le correspondería otra cosa que mantener el status quo, sin siquiera, a raíz de la protesta, verificar los argumentos y reclamos de los ciudadanos, que iban mucho más allá del razonamiento puramente legal de la controversia. La aseveración del Gobernador intentó reducir la complejidad de los eventos y argumentos sobre el uso público de la playa a un criterio positivista de legalidad y la controversia desembocó en los tribunales luego de que un grupo de asociaciones de vecinos y grupos ambientalistas demandaran a las compañías y a las agencias para decretar la nulidad del contrato y exigir la devolución de las cinco cuerdas al balneario.⁷ Pero, pese a la demanda, los grupos ambientalistas mantuvieron (y al

⁷ Véase *Compañía de Parques Nacionales v. HR Properties y otros*, CIVIL NÚM: FAC05-0513.

momento de este escrito todavía mantienen) un campamento de desobediencia civil donde acampan para evitar que comiencen nuevamente con la construcción y para exigir que el hotel cese en la posesión del predio.

Los abogados y abogadas en el pleito fuimos cautelosos de no imponer sobre la controversia el argumento jurídico de la ilegalidad contractual ni acaparar el protagonismo del evento. Esto, junto a un activismo vibrante hizo que el código jurídico no acaparara el evento social, sino que, producto del activismo, surgió la *Coalición Las Playas Pa'l Pueblo*, que elaboró reclamos de acceso a los recursos costeros y el libre uso de la playa como espacio público. El discurso legal coincidió, entonces, con otros discursos subyacentes como el de clase (playas pa'l pueblo) y el de la igualdad (playa para todos y todas), a pesar de los intentos de que se redujera el asunto a la legalidad o ilegalidad de un contrato.

Descansar en esta construcción del evento -con la consecuencia de dejar en manos de dicho marco referencial la importancia de los espacios públicos o la falta de acceso a sectores de clases pobres a la playa- eliminaba, por ejemplo, la posibilidad de hablar o discutir ampliamente *un derecho* a la playa o al espacio. Para algunos, el asunto de las playas como un espacio que continúe siendo público es un asunto de justicia. (FONTÁNEZ TORRES, 2006). Se trata de un problema de exclusión social en tanto, aunque construir hoteles sea *legal*, fomentar su construcción frente a la costa deja de facto a la mayoría sin la posibilidad de ver, disfrutar o acceder a ese espacio público. Esto nos llevó a advertir las consecuencias de que el discurso legal colonizara la discusión mediante la legalidad de un contrato o de la construcción de un hotel, y que se dejara fuera del panorama la diversidad de asuntos que se plantean en este escenario socio ambiental.

Sobre el tema de la playa y los espacios públicos también hemos abordado el caso "Ocean Park". En este caso, se presentó, una vez más, la necesidad de que el espacio playero sea un espacio de igualdad de acceso: un espacio para todos y todas. Se trató de una controversia en la zona metro del país, en el área de Isla Verde-Condado, conocida como Ocean Park. Como parte de la ola del cierre de urbanizaciones, intensificada en la década de 1980, los residentes de Ocean Park, de poder adquisitivo privilegiado y cuyas casas colindan con la playa del mismo nombre, decidieron instalar portones de control de acceso vehicular y peatonal en las calles. Amparados en su derecho al "disfrute de su propiedad" optaron por impedir el acceso vehicular a toda hora y limitar el acceso peatonal. Entre las razones esbozadas por los residentes de Ocean Park estaba el objetivo de controlar un problema de seguridad: supuestos robos, asesinatos, violaciones, drogadicción, prostitución, basura y alboroto en el área.

Por otro lado, al sur de la lujosa urbanización vive la comunidad del residencial público Luis Lloréns Torres, de nivel socio económico muy bajo. A consecuencia del cierre de Ocean Park, los de Lloréns Torres no tenían acceso directo a la playa. En reclamo por el libre acceso, vecinos del residencial, grupos ambientalistas y algunas organizaciones comunitarias e individuos adujeron que el remedio para problemas de seguridad no podía ser tan drástico como limitar o impedir el acceso a un área pública. Los grupos que reclamaron acceso a la playa acudieron a las agencias gubernamentales y presentaron querellas. Eventualmente, los grupos se enteraron de la falta de permisos para la instalación de los portones, por lo que exigieron públicamente la remoción de éstos. Su reclamo se amparó en el derecho al libre acceso a la playa.

Al constatar que no había autorización para los portones, pronto se presentó el reclamo como un asunto de *ilegalidad*. Exigieron el "cumplimiento con la ley", en tanto los residentes de Ocean Park no tenían permisos para el cierre a la playa. El Gobierno respondió aludiendo a la necesidad de investigar más a fondo sobre *la legalidad* de los portones. El Secretario del Departamento de Recursos Naturales adujo que, para atender la controversia, había que hacer un deslinde para determinar el linde del "bien de dominio público" con el de las propiedades colindantes. La Coalición Playa para Todos manifestó estar dispuesta a ejercer su derecho a un libre acceso a las playas, removiendo los portones de ser necesario.

Algunos vecinos de Ocean Park levantaron bandera propietaria. Presentaron como argumento que, según la Ley de Cierre de Calles, tenían derecho al cierre de las calles, porque necesitaban proteger su propiedad.⁸

Pasaba el tiempo y el Gobierno no actuaba, amparado en que se requería una investigación para determinar si los portones eran o no legales. Ante la inacción de las agencias frente a una evidente *ilegalidad*, según los residentes, éstos decidieron remover los portones por cuenta propia. La Policía de Puerto Rico trató de impedirlo. El Gobernador condenó públicamente el acto de protesta y la remoción y expresó que lo propio era acudir a los tribunales para que fueran éstos quienes determinaran la legalidad o ilegalidad de los portones (ROLDÁN, 2007).⁹ Semanas más tarde, el Secretario de Justicia ordenó la remoción del resto de los portones y se pronunció sobre la ilegalidad de éstos. En gran medida, el discurso que primó fue el de si los portones en controversia eran o no *legales*.

El asunto también se planteó desde otras perspectivas, como un problema de clase y raza,¹⁰ aunque en menor grado. “Las playas son nuestras”, decía el presidente de la Asociación de Residenciales Públicos. “Las playas son públicas y para todos”, reclamaba el portavoz de la Coalición, quien, ante la incredulidad de que la ley pudiera dictar otra cosa, decía: “No puede ser legal quitar el acceso a la playa. Las playas son para todo el mundo”. Desde mi perspectiva, en el fondo se planteaba un debate interesante sobre el control y la limitación a los espacios públicos a beneficio de un grupo en particular –en este caso, los propietarios de Ocean Park- en contraposición con la ciudadanía en general o los residentes pobres de Santurce y del residencial Lloréns Torres. Era clara la distinción de clase y raza. Había elementos de poder económico a flor de piel. No obstante, el asunto en la esfera pública pronto se convirtió en un debate sobre la *legalidad/ilegalidad* de unos portones, quitándole complejidad y profundidad a la controversia y sustituyendo las controversias planteadas sobre los espacios públicos por un asunto de miopía jurídica.

B. Rescates de tierra, pobreza y desigualdad.

El segundo ejemplo que quiero ilustrar aquí proviene de uno de los movimientos sociales más importantes de Puerto Rico: el movimiento de *rescates de terreno* (COTTO MORALES, 2006).¹¹ Hubo dos grandes olas de rescates de terrenos, del 1968 al 1972 y del 1973 al 1976, y recientemente hemos entrado en una nueva ola que actualmente está amenazada con desalojos violentos por parte de la Policía y del actual Gobierno. El tema de los rescates de terreno ha puesto en claro el tema de la desigualdad y la pobreza en Puerto Rico, la falta de vivienda y servicios básicos de los sectores pobres y, en las décadas de 1960 y 1970, el tema de las distinciones de clase. A riesgo de equivocarme, en la actualidad, estos temas no

8 En una columna en el periódico *El Nuevo Día*, una residente escribió lo siguiente: “Este portón es el reclamo desesperado de una comunidad que ha perdido por completo su calidad de vida. Los grupos manifestantes tienen razón al defender sus derechos, pero ¿y los nuestros ¿quién los defiende? Las personas que desfilan por frente a nuestras casas para llegar a la playa no conocen lo que son los derechos ni siquiera saben lo que es tener consideración con el prójimo. Carros bloqueando nuestras entradas de garaje, botellas y latas dejadas frente a nuestras casas, personas haciendo sus necesidades biológicas en nuestros patios, cigarrillos de marihuana que son enrolados frente a nuestros hijos, carros robados a plena luz del día prácticamente frente a nuestros ojos, automóviles que circulan a exceso de velocidad en un área residencial y ésta es una lista que aún no termina”. Annette M. Catinchi (2007) “Detrás del portón”. En *El Nuevo Día*, 10 de febrero de 2007.

9 “...Usted va al Tribunal y solicita un injunction. Aquí no podemos permitirle a nadie que tome la justicia en sus manos”. Aníbal Acevedo Vilá, entonces gobernador de Puerto Rico, a preguntas de la prensa y en repudio a la acción de varios ciudadanos de quitar un portón que limitaba el acceso a la playa. Reportaje de Televisión de Puerto Rico, 2007.

10 Esta secuencia, tomada de un reportaje en un canal de televisión, ilustra el debate de clase: *Periodista*: “y para estos manifestantes el cierre de estos portones es más que una usurpación de los derechos civiles de las personas, es más bien una segregación de clases sociales entre ricos y pobres”.

Nelson Pérez (Coalición Playas Para Todos): “Los ricos se están quedando con las playas, y yo entiendo que los ricos son la minoría, y no creo que una minoría debe dominar sobre una mayoría”. RULLÁN, A. (2007) “Reportaje: ¿Cierre o segregación?”. Televisión de Puerto Rico, 2007.

11 La socióloga urbana Liliana Cotto analiza estos rescates como uno de los movimientos sociales más importantes en Puerto Rico.

parecen resaltarse tanto y, en cambio, los "invasores" son vistos con cierto desdén o, en muchas ocasiones, se les ve como sujetos "fuera de ley y orden" o personas que no aportan al país o no trabajan lo suficiente. El primer movimiento de rescates logró obtener títulos de propiedad y, aunque las situaciones de pobreza y marginalidad no han mejorado significativamente, los primeros hoy día parecen haberse deslindado de la identidad de rescatadores, en ocasiones, con poca solidaridad hacia nuevos grupos de rescatistas.

El tratamiento del Gobierno a fines de la década de 1960 y principios de la de 1970 fue la aplicación formal del Derecho Civil Patrimonial y los procesos de desahucio con mucha violencia y sin órdenes del tribunal. No obstante, el plan del Gobierno no pudo detener el aumento de los llamados rescates.¹² Los rescatadores desarrollaron rápidamente un sentido de identidad ante las acciones del Gobierno: "Los pobres son los que crean la riqueza, pero no tienen un lugar donde vivir decentemente. Nos vemos obligados a tomar estas medidas a ver si podemos cambiar estas leyes que son la opresión del pueblo pobre" (COTTO MORALES, 2006, 58).¹³ El Gobierno anunció su política de mano dura: "Bajo ninguna circunstancia podemos permitir que gente tome la ley en sus propias manos. Defenderemos igualmente la propiedad pública y privada" (COTTO MORALES, 2006, pág. 58). La actitud gubernamental en la década de 1970 fue, sobre todo, criminalizar las tomas y, al igual que hoy día, acudir al discurso de "la ley y el orden". Cuando la controversia llegaba a los tribunales en pleitos de desahucio, por supuesto, el asunto dejaba de ser uno de pobreza, de falta y crisis de vivienda, de desigualdad, para convertirse en un asunto simple: ¿eran dueños del terreno o tenían justo título? ¿estaban ahí ilegalmente? La actitud de los jueces, tanto del sistema puertorriqueño como del federal, legitimó los desahucios sin aviso de las estructuras en horas de la madrugada, en detrimento incluso de los derechos civiles de los rescatadores; la jurisprudencia validó el uso de la violencia.¹⁴

Asimismo, la legalidad e ilegalidad de los actos de rescate, así como de los desahucios, también fue tema público más allá de lo que se debatía en las instituciones jurídicas. Por ejemplo, los desalojos adquirirían simplicidad cuando se catalogaban como *actos legales* o el impacto público de un arrasamiento violento se intentaba minimizar bajo la necesidad de determinar si había habido algo *ilegal* en el proceso. Así, por ejemplo, en 1971, el gobernador Ferré ordenó una investigación para "determinar si hubo *ilegalidad* en la manera en que [el desahucio] se efectuó" (COTTO MORALES, 2006, 47). Asimismo, en 1971, se creó un Comité Interagencial que estableció la política pública con relación a "los invasores". Entre sus objetivos estaba "tomar acción *legal* para desalojar a los invasores" (COTTO MORALES, 2006, 51).

En cuanto a lo que Bourdieu llama "el poder de nombrar" del campo jurídico, en este caso vemos cómo el Derecho contribuyó a enmarcar dos identidades para los actores principales. Aludiendo a la "invasión a la propiedad privada", el Gobierno les llamaba "invasores", pero los actores se autodenominaron "rescatadores", desafiando la identidad jurídica pero violenta que carga el término "invadir" y que inevitablemente está atada a una ilegalidad que, según la ley, merece ser castigada y repudiada. Desafiar el término invasor era una forma, según Cotto Morales, de legitimar un derecho que, aunque no reconocido por el Derecho positivo, los rescatadores invocaban, no por virtud de éste, sino por virtud de lo que ellos llamaban moralmente correcto, aunque "ilegal" (COTTO MORALES, 2006, 39). Para los rescatadores, ellos no actuaban "ilegalmente", porque tomaban lo que entendían les pertenecía.

En esta primera ola de rescates en Puerto Rico, el discurso legal no colonizó la validez o moralidad del acto llevado a cabo por los rescatadores. Era claro que bajo los criterios jurídicos se trataba de un acto ilegal. Sin embargo, el movimiento de rescates fue tan amplio y tuvo tantas dimensiones políticas que su ilegalidad no acaparó el debate.

¹² La criminalización de los actos fue un mecanismo estatal para intentar frenar los actos de desobediencia y rescates.

¹³ Rescatadores de Villa Eloísa.

A pesar de esto, conforme hemos visto, una mayor juridificación de los debates públicos en el país ha hecho cada vez más difícil salir del marco y la racionalidad jurídica para cuestionar este tipo de problemas desde una óptica más política. En hechos recientes, resurgió el tema de los rescatadores. Una comunidad al norte del país lleva ocupando por más de 10 años un terreno patrimonial del Estado.¹⁵ Hace unas semanas, el actual Gobierno activó la fuerza policiaca para atropellar violentamente a la comunidad. Les privaron de los servicios de agua y luz en plena epidemia de la gripe porcina y los acordonaron con vallas de cemento y cámaras de seguridad las 24 horas. Se presentó una acción de desahucio en los tribunales y casos criminales contra muchos de los miembros de la comunidad. A esto se añade que la comunidad cuenta con una alta población de dominicanos y hay mucho racismo y xenofobia en el proceder de las autoridades y de quienes justifican la violencia del Estado.

A pesar de que mucha gente privadamente condenó los actos violentos y la privación de servicios básicos, la mayoría de las personas a las que se le preguntaba en los medios aducía que el desahucio se justificaba porque, aunque no tienen vivienda, están allí *ilegalmente*. Tanto las agencias del Gobierno, como la mayor parte de la opinión pública adoptaron el discurso "neutral" de la legalidad-ilegalidad para, de alguna manera, refrendar los actos violentos. Así, muy poco se ha discutido sobre el tema de la desigualdad, la falta de vivienda y los derechos humanos, entre otros asuntos de mucha complejidad que trae este evento.

En estos ejemplos vemos cómo el Derecho, al menos con su fuerza discursiva, alcanzó a construir una determinada realidad: la de una acción de toma de tierras *ilegal* y, en tanto tal, capaz de estar sujeta a la violencia del Estado sin las discusiones sobre la desigualdad, la falta de vivienda, la pobreza, el racismo y la xenofobia. De la misma forma, en el caso de Ocean Park, el asunto se convirtió en dilucidar la legalidad o ilegalidad de un portón, sin las respectivas reflexiones sobre la exclusión de las clases pobres de los espacios públicos, la elitización de los espacios y el desplazamiento comunitario. Aunque Teubner y Paterson reconocen que "el mapa legal es sólo uno de los potenciales mapas que surgen de la selección de diferentes sistemas recursivos de acuerdos con sus propios códigos y sus propios intentos de lograr orden desde la complejidad" (PATERSON & TEUBNER, 2005, 455-456), si la controversia pública se convierte en atender la pregunta ¿es esto *legal*?, no sólo la conversación se reduce de manera significativa, sino que, además, la afirmación de un evento o acción como *legal*, o por el contrario *ilegal*, adquiere la premisa de neutralidad y universalidad a la que aludía Bourdieu. Se asume la supuesta neutralidad de la respuesta y, con ella, se acude a la fuerza y legitimidad de un discurso que simplifica o elimina la complejidad del evento y los juegos de poder que lo conforman.

IV. Operadora del Derecho: evitando ser cómplice de la invisibilidad del poder

La posibilidad de dar respuestas totalizadoras a los conflictos sociales desde el Derecho ha sido grandemente cuestionada:

No hay nada universalmente válido en los presupuestos que utilizamos la mayoría de los juristas ni en los principios que rigen el sistema de solución de conflictos al interior del Derecho: la forma de racionalidad que adopta nuestro Derecho es sólo una contingencia que impide hoy día, en virtud de su propia forma, centralizadora y universalizadora, la posibilidad de dar respuesta a los conflictos que presentan actualmente las sociedades occidentales. (MORALES DE SETIÉN, 2000, 18).

14 Amézquita v. Hernández Colón, 378 F. Supp. 737 (1974) y Amézquita v. Hernández Colón, 518 F2d 8 (1975).

15 Comunidad Villas del Sol, en el barrio Ingenio, Municipio de Toa Baja. Al momento de este escrito, está pendiente un pleito de desahucio en los tribunales.

Si desde el interior del Derecho no hay respuestas sino aquellas contingentes y parciales, la pretensión de que el Derecho atienda y resuelva los escenarios sobre los que adjudica es impensable. Tenemos que reconocer las limitaciones de éste; utilizarlo si es preciso, pero sin dejar de mirar los escenarios donde se hace presente, participa y construye realidades. Pero, más allá de la advertencia de que el Derecho no atiende la totalidad del conflicto, es importante advertir y ser hiperconsciente de su poder -bajo la apariencia de neutralidad y universalidad- de invisibilizar el poder mismo y sus conflictos. La reducción de la complejidad de los escenarios sociales por el discurso de la legalidad pretende simplificarlos. La construcción de realidades a partir de los códigos legal/ilegal acarrea consecuencias sobre las formas de atender los conflictos. La mirada desde la legalidad y la posible respuesta a la pregunta de si algo es legal o no pasan por alto la pluralidad de temas y saberes presentes en los conflictos y, por ende, la posibilidad de construir respuestas holísticas e integradoras.

El análisis de esas realidades construidas a partir del Derecho y de su efecto constitutivo en la simplificación de los eventos es importante, aun cuando se reconozca que las categorías que el Derecho construye, así como sus realidades, no tienen efectos sociales fijos; más bien, sus entendidos adquieren significados en los contextos en que se aplican y producen (GORDON, 1984). Pero, el campo jurídico, ya sea como institución o como discurso, funciona en relación con el ejercicio del poder en otras esferas sociales y los escenarios de conflicto socio-ambiental y propietarios no son la excepción.

Ahora bien, desde el punto de vista de la acción social, reconociendo el poder que puede llegar a tener el discurso de la legalidad o la ilegalidad en los escenarios de conflictos sociales, se hace necesario entender ese discurso, hacerlo transparente y en ocasiones desenmascarar su pretensión universalista. Las abogadas y abogados que participamos en estos eventos, como tal o en calidad de activistas, debemos tener la cautela de que nuestras aportaciones como operadoras del campo jurídico no contribuyan a juridificar las controversias bajo el riesgo de paralizar la movilización política, descartar argumentaciones desde otras racionalidades u opacar estrategias fuera del ámbito jurídico. Esto es particularmente difícil en tanto no pocos ven al Derecho como la alternativa neutral o el lugar capaz de resolver las controversias mediante esquemas universales o neutrales.

Ciertamente, los ciudadanos, muchas veces, en sociedades hiper-juridificadas como la nuestra, vislumbran los argumentos legales como aquellos capaces de ofrecer resultados favorables a sus reclamos o perciben que bajo el palio de la ley encontrarán alternativas a sus circunstancias. Sin menospreciar esta arena jurídica ni descartar la activación de sus códigos y racionalidades, las abogadas y abogados activistas debemos estar alertas y jugar la operación: saber cuándo activar el discurso jurídico, cuándo aprovecharlo, cuándo enfrentarlo, cuándo conviene ser operadora del Derecho y cuándo conviene dejar de serlo. Ser operadora del poder del Derecho también se trata de un asunto de poder y conviene entender bien esto.

BIBLIOGRAFÍA

- BOURDIEU, P. (1987) "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field". Traducido al español como "Elementos para una Sociología del Campo Jurídico". En MORALES DE SETIÉN RAVINA, C. (2000) *La fuerza del derecho*. Bogotá, Uniandes, 2000.
- COLLINS, H. (1999) *Regulating Contracts*. Oxford, Oxford University Press, 1999.
- COTTO L. (2006) *Desalambrar: Orígenes de los rescates de terreno en Puerto Rico y su pertinencia en los movimientos sociales contemporáneos*. San Juan, Tal Cual, 2006.
- FONTÁNEZ TORRES, É. (2006) "La controversia sobre el acceso a las playas: un ejemplo más de exclusión social". En *Claridad*, 21 al 27 de diciembre de 2006, 34.
- _____ (2007) "El Derecho y lo "legal/ilegal" en los escenarios de conflicto ambiental". En *Ética Ecológica*, San Juan, Tal Cual, 2007.
- _____ (2009) "El discurso legal en la construcción del espacio público: Las playas son públicas, nuestras, del pueblo". En *Revista de Ciencias Sociales del Centro de Investigaciones Sociales de la Universidad de Puerto Rico* (número especial sobre Ambiente y Sociedad), 2009.
- FOUCAULT, M. (1974) "Truth and the Juridical Forms". En FAUBION, J. (2000) *Power, Essential Works of Michel Foucault*, London, The New Press, 2000.
- GORDON, R. (1984) "Critical Legal Histories". En *Stanford Law Rev.*, 1984, 36, 57-125.
- LUHMANN, N. (2004) *Law as a Social System*. New York, Oxford University Press, 2004.
- MORALES BLANES, S. (2005) "Reto ejecutivo a protesta ambiental". En *El Nuevo Día*, 31 de marzo de 2005, disponible en www.adendi.com.
- MORALES DE SETIÉN RAVINA, C. (2000) *La fuerza del derecho*. Bogotá, Uniandes, 2000.
- PATERSON, J. & TEUBNER, G. (2005) "Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis". En BANAKAR, R. & TRAVERS, M. (2005) *Theory and Method in Sociological Research*, Oxford, Hart Publishing, 2005, 215-238.
- ROLDÁN, C. (2000) "Amenaza desastre sobre el Barrio Chiclaná". En *El Nuevo Día*, 24 de agosto de 2000, 8.
- RIVERA VARGAS, D. (2005) "Nulos los contratos entre Carolina y el Marriott" En *El Nuevo Día*, 3 de junio de 2005.
- SARAT, A. & KEARNS, T. (1993) "Beyond the Great Divide: Forms of Legal Scholarship and Everyday Life". En SARAT, A. & KEARNS, T. (1993) *Law in Everyday Life*, Michigan, University of Michigan Press, 1995, 21-62.
- TEUBNER, G. (1997) "Altera pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses". En RAWLINGS, R. (1997) *Law, Society, and Economy*, Oxford, Oxford University Press, 1997, 149-176

LA APLICACIÓN DE ENERGÍAS RENOVABLES COMO ESTRATEGIA DE DESARROLLO ALTERNATIVA. SU APORTE A CONTEXTOS DE POBREZA RURAL

Por María Florencia Iglesias y Pablo José Ramati

RESUMEN

Las comunidades rurales argentinas sufren, en particular desde la década del '90, el auge del modelo agroexportador centrado en la soja transgénica. Este modelo ha priorizado el principio rector de la acumulación económica en detrimento de derechos básicos del campesinado rural, como ser el cuidado y acceso a sus tierras, la garantía de servicios indispensables para la vida humana e incluso la preservación de ésta.

En este contexto, distintas disciplinas han diseñado estrategias de desarrollo inclusivas para estas comunidades. Entre estas, surgen las Energías Renovables como forma de procurar la satisfacción de necesidades insatisfechas de los campesinos, en forma armónica con el medio ambiente.

El presente trabajo profundiza sobre el concepto de energías renovables y las formas en que éstas contribuyen al desarrollo rural. Así, se expone el proceso de avasallamiento de los derechos del campesinado en Argentina y luego, las estrategias alternativas propuestas por las energías limpias.

PALABRAS CLAVES

Energías Renovables, Desarrollo Rural, Cambio Climático, Estrategias De Integración, Responsabilidad Ambiental

THE RENEWABLE ENERGIES' APLICATION AS AN ALTERNATIVE DEVELOPMENT STRATEGIE. ITS CONTRIBUTION TO RURAL POVERTY'S CONTEXTS

By María Florencia Iglesias y Pablo José Ramati

ABSTRACT

The argentine rural communities have been suffering, specially since 1990, the expansion of a model based on transgenic soy. This model has focused on economic accumulation at expense of basic rights of rural sectors, such as the access and care of their lands, the guarantee of basic services for human life and also its preservation.

In this context, different disciplines have designed strategies for these communities' development. Among them, the Renewable Energies appear in order to satisfy these communities' needs without entering in contradiction with the Enviroment.

On that basis, the study analyzes the concept of renewable energies in depth and the ways they contribute to rural development. It describes the process of subjugation of rural communities' rights in Argentina and then, approaches to the strategies proposed by "clean energies".

KEY WORDS

Renewable Energies, Rural Development, Climatic Change, Integration's Strategies, Enviromental Responsibility.

LA APLICACIÓN DE ENERGÍAS RENOVABLES COMO ESTRATEGIA DE DESARROLLO ALTERNATIVA. SU APORTE A CONTEXTOS DE POBREZA RURAL

Por María Florencia Iglesias* y Pablo José Ramati**

Introducción

El sistema del capital ha desarrollado su hegemonía, a partir del siglo XVIII, en base a, como afirma Holloway (2004, 92), *“la separación de la amplia mayoría de las personas de los medios del hacer (medios de producción), la separación del producto de los productores, la separación de las personas de la actividad social (su “ser genérico, vida genérica”, como dice Marx en sus Manuscritos de 1844), la separación de las personas entre sí, la separación del “trabajo” de otras formas de actividad.”* Así este sistema ha acumulado y crecido a costas de regiones y comunidades, abandonadas o relegadas en su desarrollo, como consecuencia del criterio económico imperante del máximo beneficio.

Es bajo dicho sistema del capital que el modelo argentino se estructura y crece, en detrimento de gran parte de la población que ve reducida su calidad de vida, en particular a partir de la aplicación de políticas de corte neoliberal desde mediados de la década de los '70.

En este contexto, el presente trabajo se plantea avanzar sobre formas alternativas de concebir el desarrollo. Para ello elige las energías renovables como una herramienta de gran potencial para la mejora en la calidad de vida, en el más amplio de los sentidos; teniendo en cuenta aspectos de dignidad y autosustento de las pequeñas comunidades rurales argentinas, afectadas fuertemente por un modelo agroexportador concentrado que expolia los bienes comunes de la sociedad.

Para ello el primer capítulo presenta los procesos que han acontecido en la Argentina a partir de mediados de 1970 y que han resultado en la pauperización del campesinado rural. Así se pretende mostrar las razones por las que estas familias rurales requieren de estrategias de desarrollo alternativas, entre las cuales se resaltan las energías renovables.

El capítulo segundo busca introducir el concepto de Energías Renovables y entender su aparición en las agendas gubernamentales y en la conciencia social a partir de las convenciones internacionales. Las distintas tecnologías de generación de energía a partir de fuente limpias son introducidas; pudiendo apreciar las distintas potencialidades que poseen *per se* y que son aun más prometedoras por las condiciones geográficas de nuestro país.

* Licenciada en Economía (UBA) Magna Cum Laude. Docente (UBA). Ex becaria UBACYT. Autora, entre otros, de "Microfinanzas en la Argentina" (PNUD, 2005). Posgrado en Diseño de Proyectos Comunitarios (UNIDA). Ex miembro de la Comisión Directiva de la Asociación Civil Avanzar por el Desarrollo Humano.

En la actualidad se encuentra finalizando la Maestría de Sociología Económica (UNSAM), con tesis orientada a la relación movimientos sociales rurales – Estado.

** Ingeniero Industrial (UBA), Docente (UBA), Miembro del Centro de Estudios Ambientales (UBA), Miembro de la Comisión Técnica Gestión Ambiental (AIDIS), Posgrado en Evaluación de Impacto Ambiental (UBA), Posgrado en Diseño de Proyectos Comunitarios (UNIDA), Diplomatura en Calidad, Salud Ocupacional y Medio Ambiente (UCES), conferencia, entre otras, sobre "Los recursos naturales y el papel de la ciudadanía frente al saqueo" (UNLA).

En la actualidad se encuentra finalizando la Maestría en Gestión Ambiental (ITBA) con orientación en Energías Renovables.

El tercer capítulo intenta desarrollar la aplicabilidad de las energías renovables en contextos rurales como herramienta fundamental en una estrategia de desarrollo integral. Para ello, se explican las formas en que las energías alternativas contribuyen al desarrollo de las familias campesinas. Por último, se muestran algunos casos prácticos en la Argentina que intentan reflejar, en el plano de la experiencia, las posibilidades prácticas de tomar la potencia latente de las energías limpias en forma constructiva y amigable con el ambiente.

En las conclusiones se sugieren una serie de políticas que han de contribuir al Desarrollo Rural a través de las energías renovables.

1. El campesinado rural en crisis ante los avances del capital

El sistema de reproducción que impera en nuestros tiempos, y desde hace ya más de 200 años, es el del capital. A través de su desarrollo, el capitalismo ha encontrado distintas formas de impulsar su valor y así ampliar su poder. En este punto cabe resaltar un concepto introducido por el geógrafo David Harvey (2003), que permite aproximarnos a las problemáticas de los sectores rurales ante el avance del sistema; la **acumulación por desposesión**. El autor sostiene que además de los procesos de acumulación por reproducción ampliada (de plusvalía, de apropiación del excedente) el capital ha subsistido a través de lo que llama **acumulación por desposesión**. La misma incluye un amplio rango de procesos, entre los que se destacan la mercantilización y privatización de la tierra, la expulsión forzosa de las poblaciones campesinas; la conversión de diversas formas de derecho de propiedad -común, colectiva, estatal- en derechos de propiedad exclusivos, la supresión del derecho a los bienes comunes; la transformación de la fuerza del trabajo en mercancía y la supresión de formas de producción y consumo alternativos.

En base a lo expuesto, el afán de acumulación **económica** del sistema tiende a atentar sobre derechos humanos básicos de los habitantes rurales, como ser el acceso a su tierra; así como produce efectos muy graves sobre el desarrollo humano y la sustentabilidad ecológica. Esto, en última instancia, impacta sobre la preservación de vida humana de las familias campesinas¹.

En este sentido, el campesinado argentino, basado en la agricultura familiar y en la producción para el auto-sustento, ha entrado en contradicción y sufrido los efectos negativos de las transformaciones de las últimas décadas sobre el agro argentino.

1.1 La configuración del desarrollo rural en la Argentina a partir de 1976.

Desde mediados de la década de los '70, Argentina sufrió los impactos de la globalización financiera y de la dislocación de los procesos productivos, consecuencia de medidas regresivas aplicadas por el gobierno de facto de turno.

En igual sentido, el Plan de Convertibilidad, aprobado en el año 1991, significó la aprobación de una serie de políticas de corte ortodoxo basadas en la liberalización financiera y comercial, la desregulación de los mercados, la

¹ El criterio imperante del capital es el económico. Por ende, aplica un criterio de eficiencia basado en la tasa de ganancia de corto plazo, que no valoriza la conservación y uso socialmente racional de recursos, ni considera costos sociales relacionados a la degradación ambiental

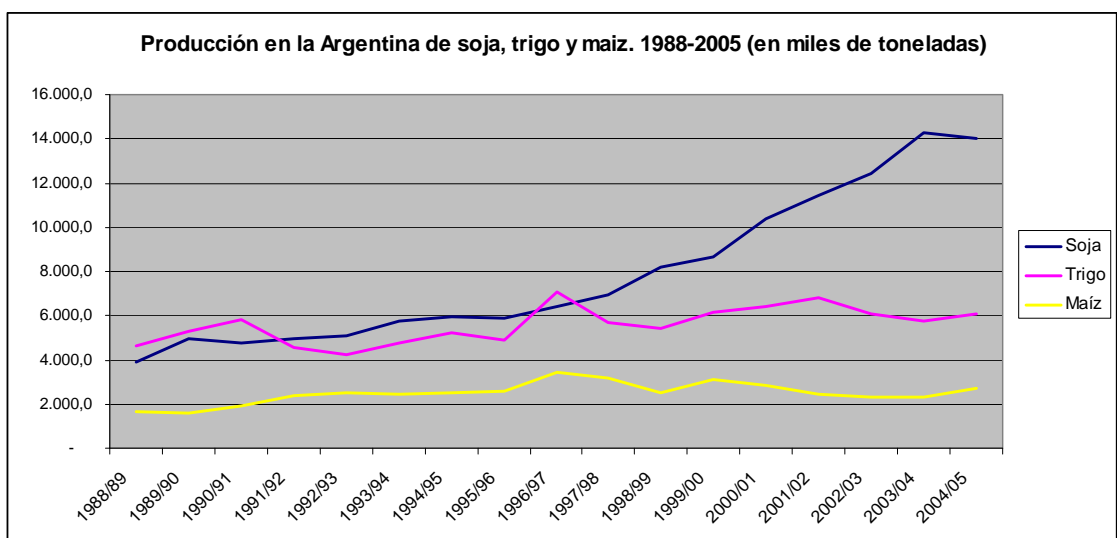
convertibilidad y el “achicamiento” del Estado. Así, durante los '90 se consolidaron las tendencias iniciadas durante el gobierno militar en lo que se refiere a la concentración y centralización del capital, la distribución crecientemente regresiva del ingreso, el desempleo, la exclusión, la economía del endeudamiento y de obtención de privilegios por parte del capital concentrado, y la valorización financiera (Notcheff, 1999).

Estos procesos repercutieron fuertemente en todos los ámbitos de la sociedad argentina y entre éstos, en el sector rural basado en la agricultura familiar. Las formas en que el proceso de neoliberalización de la economía argentina, a partir de mediados de la década del '70, afectó a este campesinado rural han sido:

- La instalación de crecientes firmas agroexportadoras de carácter internacional que han avanzado sobre tierras de pobladores y comunidades aborígenes, mediante el desalojo y represión, amparados en documentos espurios y un sistema jurídico que defiende al gran capital. Así, desalojados de sus tierras, los pobladores emigran a las ciudades o buscan una salida como obreros rurales. Según un estudio de Gonzalo Sánchez (2006), en base a fuentes del Ejército Argentino, el 10% del suelo nacional – 270.000 kilómetros cuadrados– está vendido a extranjeros y 32 millones de hectáreas correspondientes a las mejores tierras cultivables del país están en venta o en proceso de ser vendidas a inversores foráneos.

- En especial a partir de los años '90, se produjo el ingreso de insumos químicos, semillas transgénicas e híbridas lo que ha generado una alta dependencia de las multinacionales que las producen así como daños graves al ambiente y a la población campesina. Un ejemplo claro es el de la semilla de soja (transgénica) producida por la multinacional Monsanto, que también produce el herbicida Round Up. Ambos forman parte del paquete tecnológico que predomina en la Argentina, el que ha desplazado a cultivos, como el trigo y el maíz, y en menor medida a la ganadería, generando grandes impactos ecológicos como la desertificación de los campos, el desmonte del bosque nativo y la tala indiscriminada con el objetivos de generar mayor disponibilidad de campos para este tipo de plantaciones (Ferrara, 2007).

Como se observa en el gráfico, la superficie cultivada con soja transgénica ha avanzado a pasos agigantados a partir de la década de 1990 en detrimento de los cultivos más tradicionales de la Argentina.



Fuente: Elaboración propia en base a IICA (2005)

- En relación al punto anterior, se ha conformado una estructura agraria de grandes latifundios basados en una alta mecanización. Esto se debe a que a partir del paquete tecnológico, se ha difundido el uso del método de siembra directa, que reduce los tiempos de labranza y así la necesidad de mano de obra. Asimismo, las inversiones en capital fijo requeridas son mayores así como la escala de producción por lo que se ha incrementado la política de arrendamientos de aquellos campos de productores más pequeños y la “expulsión” del campesinado de sus tierras.

Otra dificultad, aparejada a estas grandes estructuras agrarias, se debe a que el pequeño productor rural no puede competir con ellas por lo que se encuentra en inferioridad de condiciones en la venta de sus productos. Este pequeño productor se ve debilitado en su capacidad de negociación y por ende, debe vender sus productos, en muchas ocasiones, por debajo de su costo, lo que no permite garantizar siquiera la reproducción de su hogar.

La baja “absorción” de mano de obra de dichos latifundios, la imposibilidad de permanecer en sus tierras, por expropiación o por incapacidad de reproducción, produce que el campesinado emigre hacia la ciudad conformándose los cordones de pobreza en las periferias de los grandes centros urbanos. En este sentido, el último Censo Agropecuario Nacional, del año 2001, respecto al realizado en 1980, arroja una reducción de la población rural en **más del 81%** mientras que la población total argentina ha crecido desde 1980 más del 135% (IICA, 2005).

Así, el actual modelo agropecuario tiende a considerar que la única forma de producir en el campo es desde el punto de vista del libre mercado, e intenta aplicarle, a gran escala, esa lógica a la distribución de tierras, de agua y al modelo de producción. Así, *“las nuevas tecnologías expropiaban en pocos años los recursos naturales que fueron conservados por siglos mediante prácticas productivas aparentemente ya no competitivas en el mercado global”* (Coraggio, 2005, 5). La lógica del sistema descrito no hace más que reafirmar el concepto expuesto de **acumulación por desposesión**, en donde el capital basa su avance en la expropiación de bienes comunes y la destrucción de biodiversidad con el solo objetivo de optimizar su ganancia.

Como consecuencia, se produce el avasallamiento sobre gran cantidad de comunidades que han vivido y se han reproducido en armonía con la naturaleza. Por los procesos descritos, la vulnerabilidad de estas familias es muy alta, resultando en procesos de empobrecimiento, migración y desestructuración de las familias y de sus formas organizativas. El abandono de las familias campesinas se traduce esencialmente en problemas estructurales de educación, salud y vivienda, agudizados por las problemáticas en su estructura productiva e infraestructura; principalmente de comunicación (aislamiento).

En base a lo expuesto, se presenta claramente la necesidad de pensar en nuevos esquemas de desarrollo más justos y equitativos, que integren las problemáticas sufridas por este tipo de población. Las energías renovables de pequeña escala dirigen su accionar en este sentido, como contrapunto de las energías tradicionales de importantes efectos negativos.

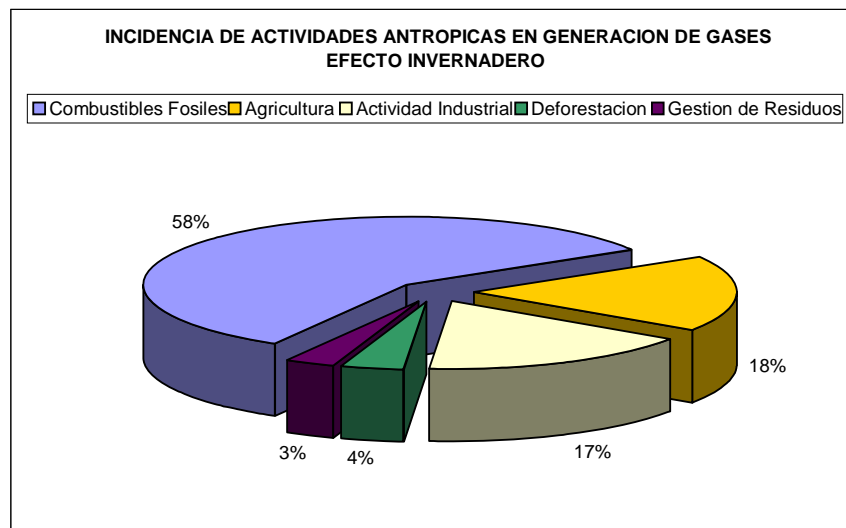
2. Las Energías Renovables: su aparición en la agenda internacional

La industria a nivel mundial presenta un alto grado de desarrollo y crecimiento, el cual ha venido escalando progresivamente desde mediados de la década de 1950.

El insumo común a todas las industrias, y fundamental para el desarrollo de las mismas, ha sido la energía basada en combustibles fósiles - en particular, el petróleo, carbón y gas -, la cual ha mostrado un crecimiento exponencial desde el inicio del periodo industrial a fines del siglo XIX. Además, la necesidad de sustentar niveles de confort humano crecientes, de ciertos sectores de la población mundial, ha aportado también a este acelerado consumo (Camillioni y Vera, 2006).

En términos generales, los combustibles de origen fósil son sustancias químicas complejas con compuestos de carbono, los cuales al ser quemados liberan energía y gases propios de la combustión, conocidos como Gases de Efecto Invernadero (GEI), altamente nocivos para el medio ambiente.

El siguiente gráfico muestra lo expuesto, es decir, la alta incidencia de los combustibles fósiles tradicionales en las emisiones de los citados gases.



Fuente: Revista Activos de la Cámara de Comercio Española N° 1 (2006)

En base a lo expuesto, en las últimas décadas, se ha demostrado que existen grandes potencialidades en el desarrollo de energías alternativas en reemplazo de aquellas tradicionales.

Así, en la década del 80, la evidencia del aumento de contenido de GEI (en particular CO₂) en la atmósfera disparó la conciencia de la finitud de esta como receptora de gases de combustión. En 1992, la Conferencia Marco del Cambio Climático de las Naciones Unidas, confirmó la existencia de evidencias tangibles de que cierto número de actividades humanas son responsables del cambio climático y del calentamiento global del planeta.

Ha sido a partir de dicha Convención que las energías renovables comienzan a instalarse en la agenda mundial como una alternativa de crecimiento; basadas en el respeto a los recursos naturales, un vínculo diferente con el medio natural, su cultura y tradiciones. Se ha demostrado que las energías no convencionales son potencialmente

capaces de sustituir el uso del petróleo y sus derivados, gracias a la utilización de ciclos de la naturaleza limpios, regulares e infinitos.

2.1 Tecnologías de Energías Renovables

Las tecnologías de Energías Renovables poseen diversas características, con variados principios de funcionamiento, y pueden aplicarse en **escalas pequeñas**.

Los distintos tipos de Energías Renovables se pueden clasificar, según origen del recurso natural que utilizan, de la siguiente manera:

- Hidráulica: Los cuerpos de agua traen consigo energía potencial. El aprovechamiento de ríos, arroyos y cascadas permite generar energía eléctrica y mecánica
- Eólica: La atmósfera posee zonas con diferencias de presiones. El movimiento de masas de aire, de un punto al otro, es aprovechado. La energía cinética de este es captada para generación de electricidad o movimiento mecánico; mayormente usado para bombeo de agua.
- Solar: La superficie terrestre recibe un promedio de energía solar de 1Kw/m². La utilización puede ser orientada a generación de calor: en cocción o en agua doméstica; y en energía eléctrica.
- Energía de Biogás: La materia orgánica descompuesta de forma anaerobia, genera, mediante un proceso complejo, biogás o "Gas de los Pantanos". Su aprovechamiento es útil en cocción o calefacción; y como sub producto, es utilizado el líquido como fertilizante. La materia orgánica puede provenir de residuos comestibles o de desechos cloacales. En este último caso, permite una mejora sanitaria asociada.

3. La aplicación de energías renovables en contextos de pobreza rural

Como desarrollamos en el primer apartado, muchas comunidades rurales en la Argentina, basadas en la agricultura familiar, presentan actualmente condiciones estructuralmente precarias y de abandono, relacionadas con su educación, vivienda, salud y calidad de vida.

En este contexto, se pretende plantear la utilización de energías renovables como forma de avanzar sobre el desarrollo de estas regiones relegadas. La Argentina posee en toda su extensión varias zonas bioclimáticas altamente propicias para la implementación de este tipo de energías en áreas rurales sensibles.

A continuación describiremos tres aspectos, Modularidad, Producción Limpia y Calidad de Vida, que permiten analizar los impactos positivos de las energías renovables en proyectos de desarrollo rural.

Modularidad: Los notables ejemplos que nos muestra la contemporaneidad, hablan de proyectos energéticos con improntas de grandes escalas provenientes de lógicas antropocentristas. Los centros urbanos poseen, por matriz implícita, gran cantidad de personas en poca superficie, lo que permite la amortización de los costos de generación y transporte de energía que allí se utilice.

Las áreas rurales poseen, también por definición, escasa densidad de población, lo que imposibilita a los lugareños adquirir energía de igual modo que en los centros poblados, pues tendrían que pagar costos extremadamente altos. En consecuencia, tal como hemos comentado anteriormente, las zonas rurales suelen carecer de provisión de energía.

La inversión asociada a las energías tradicionales requiere de grandes flujos de dinero que deben ser destinados a equipos y transporte. A modo de ejemplo, las necesidades de Gas Natural en Argentina se abastecen principalmente a través de dos gasoductos troncales, provenientes de Loma de la Lata (Prov. de Salta) y Campo Deseado (Prov. de Neuquén). La magnitud de la inversión impide que los puntos de destino del conducto troncal o sus ramas, sean centros urbanos de baja densidad. Por el contrario está implícito en su lógica, que es necesario para la recuperación de la inversión apuntar sus puntos finales a consumidores que estén concentrados en alta magnitud. La amortización de la inversión es proporcional a la densidad y tamaño de los pueblos abastecidos.

De igual manera la energía eléctrica necesita para transportarse de forma económica valores de potencia alto. Para ello se necesitan infraestructuras de gran porte que solo generan rentabilidad económica si se asegura un número relativamente alto y concentrado de "consumidores".

A la luz de lo antes expuesto, los sistemas de energías renovables permiten la implantación progresiva según los requerimientos y la etapa de desarrollo en la que se encuentre la comunidad rural. Esto se debe, en gran medida, a que su fuente de generación se desarrolla en el mismo lugar que se produce, ahorrando los costos de transporte y almacenamiento a gran escala.

Asimismo, la capacidad de generar energía de cada una de las tecnologías y escalas consideradas tiene, en general, valores de mucha menor magnitud que los métodos clásicos.

Para un proyecto de generación eléctrica en áreas rurales, es posible utilizar de forma escalonada la implementación de uno o más sistemas de energía. Este tipo de estrategia es técnicamente factible y socialmente positiva. Por un lado la potencia instalada, la inversión, capacitación y puesta en marcha puede ser paulatina, sin que esto actúe en detrimento de la calidad de la energía producida.

Los paneles solares fotovoltaicos, los colectores solares planos, los molinos eólicos, las turbinas hidroeléctricas, y las cámaras de biodigestión, poseen una potencia máxima como unidad individual. La suma de las potencias individuales genera una potencia total del sistema. A escala rural, el beneficio de poder ir incorporando módulos de potencia instalada a medida que aumente la demanda, las inversiones posibles o la capacitación, es de magnitud significativa.

Es menester considerar los periodos de adaptación al cambio en poblaciones que tradicionalmente no han tenido contacto directo con el uso y aprovechamiento de este tipo de energía. En muchos poblados rurales, la energía tradicionalmente utilizada es obtenida de la quema de biomasa o, en su defecto, de energía gasificada envasada, comprada a altos costos.

En tal sentido, la modularidad de la implementación de este tipo de "elemento moderno" en las comunidades es importante desde varios aspectos. La incorporación paulatina permitirá el conocimiento por parte de la comunidad de los beneficios (características) de este tipo de tecnologías para que, a partir de allí se aborden, según sus necesidades, la mayor secuencia de etapas. Incluso si la comunidad, al interiorizarse en el tema, considera que

para futuras etapas la tecnología debe ser distinta a la originalmente propuesta, ello es fácilmente reorientable debido a su modularidad.

En este sentido, la demanda de energía eléctrica de una vivienda rural puede tener como prioridad un aspecto primario de subsistencia, como por ejemplo, el abastecimiento necesario para las comunicaciones. Esta demanda podría ser proporcionada por la implantación de algunos pocos paneles solares. En un futuro, sería factible la implementación de un número mayor de paneles, adaptándose a los nuevos requerimientos, sin la necesidad de generar grandes costos por cambio de infraestructura.

De igual forma, aunque en menor medida, la energía eólica posee la capacidad de implantación escalonada en función de las necesidades, evitando una gran inversión inicial.

Tal es el caso de una prueba piloto realizada por el INTI de Zapala, Neuquén, donde comenzaron con un prototipo para riego de seis hectáreas de forma tal de llegar en un futuro a 500 hectáreas. Dicha facilidad quita presión inicial al proyecto y permite mayor flexibilidad financiera.

Producción Limpia: El mundo moderno se ha basado en una relación antropocentrista respecto de la naturaleza. Los recursos naturales han sido fuente de materia prima sin importar que tanto se extraiga de la naturaleza, ni que tanto se le devuelva en forma de residuo.

Por el contrario, los pueblos originarios poseen otra relación con la naturaleza, donde el respeto por los ciclos y la comprensión de los signos de los tiempos han sido uno de sus ejes rectores.

Las energías renovables utilizan los medios de la naturaleza como fuente de energía, sin producir impactos negativos contra el recurso natural que les da origen.

Calidad de Vida: Los centros urbanos modernos poseen en la actualidad múltiples sistemas que facilitan y hasta posibilitan la vida en ciertos entornos naturales adversos.

Las zonas rurales están, en líneas generales, más castigadas por las inclemencias del tiempo, debido a su desprotección edilicia y a la desprotección energética, por carecer de ella.

En este sentido, entre los principales aportes que realizan las energías del presente estudio se encuentran la provisión de calefacción, iluminación y energía eléctrica con el fin de abastecer elementos fundamentales para el confort humano y la calidad de vida, como son las heladeras o los sistemas de comunicación.

Ello es fundamental ya que es importante destacar que entre parajes aislados en zonas rurales, la única forma de contactarse en casos de emergencia es mediante equipos de comunicación. Las áreas semi pobladas o con baja densidad no poseen, en general, energía que pueda ser utilizada en la iluminación, conservación de alimentos o en elementos que permitan refrigerarse o calefaccionarse según sus necesidades.

Así, la concepción del desarrollo rural implica la garantía de niveles de salubridad, higiene y confortabilidad mínimos para los habitantes de dichas zonas. Es decir, cumplimentar los requerimientos que permitan garantizar la vida cotidiana sin resentir o ver afectada la integridad física, psíquica o su dignidad.

En tal sentido, la calefacción lograda mediante sistemas alternativos, resuelve muchos de los males que soportan los adultos, niños y ancianos de comunidades abandonadas. Los aportes de energía eléctrica y biogás son

importantes contribuyentes para poder palear las bajas temperaturas con la utilización de calentadores por resistencia o quemadores de gas.

De igual forma, la salubridad se ve beneficiada por la utilización de energías en heladeras u hornos que permitan obtener alimentos a ser ingeridos con baja carga microbiológica.

Por otro lado, se beneficia el aspecto ambiental, importante actor en la vida rural, debido a la disminución en la contaminación por emisiones de efluentes o desechos, en casos de implementar sistemas de biogás, o a la deforestación causada por los sistemas a leña.

Como conclusión, se puede considerar como aporte sustancial de las energías renovables la mejora de la calidad de vida de las comunidades rurales a través de un sistema de autosustento legítimo.

Asimismo el uso de energías renovables permite avanzar en las mejoras de los procesos productivos. En tal sentido, este tipo de energías permite la producción en pequeñas escalas lo que contribuye positivamente al desarrollo de la comunidad y de las personas, avanzándose hacia su independencia productiva y mejorando así su calidad de vida.

3.1 Casos Prácticos de Energías Renovables en Argentina

El campesinado rural requiere de esfuerzos creativos e innovadoras para reivindicar sus luchas y evitar el éxodo desde sus lugares de origen hacia centros urbanos que los condenan a una vida pauperizada. Entre estos esfuerzos innovadores, que apuntan a preservar la vida en el campo de los pequeños agricultores y a concebir un "otro desarrollo", en la Argentina de los últimos años se han encarado distintas experiencias relacionadas a la aplicación de energías renovables.

En todas ellas se resaltan como características comunes el haberse gestado e implementado como actividades autónomas de las comunidades; conscientes de la importancia de satisfacer sus necesidades a partir de una relación sustentable con el medio en el que viven.

La participación de los pobladores de la comunidad en estas experiencias permite, en una primera instancia, reflexionar y tomar conciencia sobre cómo se distribuyen los beneficios ambientales, sociales y económicos en lo que concierne a la generación de energía. Asimismo, estos proyectos permiten vincularse con el desarrollo de otras actividades "amigables" con el ambiente, las cuales a su vez son potenciadas a partir del uso de dichas energías renovables.

En este sentido, algunas experiencias reflejan las formas en que las energías renovables se van abriendo camino en la Argentina.

"Ecosol" es el nombre de la experiencia de utilización de energía solar para viviendas en la localidad de Rosario de Lerma, Salta. Se trata de viviendas construidas bajo un proyecto ideado por la Universidad Católica de Salta donde la energía solar no es su única ventaja en comparación a las viviendas tradicionales, sino que también se resalta su construcción de acuerdo a principios ecológicos. Se utilizaron ladrillos de adobe, con una mínima parte de cemento, y poseen un sistema de puertas y ventanas que deben abrirse o cerrarse de acuerdo a la estación que se transita. Gracias al sol, sus habitantes logran calentar el agua.

Para levantar el barrio se encaró un trabajo conjunto entre técnicos (ingenieros, arquitectos, constructores) y especialistas en trabajo social. Los propietarios de las viviendas son cosecheros de tabaco y, gracias al proyecto, pudieron abandonar sus precarias viviendas. Las casas tienen 90 metros cuadrados y están asentadas en un lote de 120 metros cuadrados. El techo de las viviendas tiene dos equipos solares. Uno produce energía solar, a través de paneles fotovoltaicos, para los artefactos electrónicos y las luces de la casa; y el otro, agua caliente.

Fueron construidas con orientación al noreste para aprovechar al máximo las horas de sol. Además, los pisos son de laja negra, que absorben el calor y hacen que la casa esté calefaccionada en pleno invierno. Como la concepción de las viviendas es ecológica, también se utilizan los residuos orgánicos para producir fertilizantes que se usan en cada huerta o se comercializan.

Otra experiencia, recogida por Franciso Ferrara (2007), es la de la Asociación Naturaleza Viva, ubicada en Guadalupe Norte, en la provincia de Santa Fe. Esta Asociación, creada en el año 1987, promueve *"una visión holística, integradora del quehacer humano, capaz de lograr armonizar las necesidades de los tres reinos de la naturaleza (cuatro si se considera el humano) y de cada especie con las demás en busca de potenciar las energías en su totalidad"* (Ferrara, 2007,312). En este sentido, han avanzado en desarrollar tecnologías que, de acuerdo a sus integrantes, *"van a permitir una sociedad nueva ya que las energías más baratas y sanas son las que menos se utilizan hoy: el agua, el aire y el sol"* (Ferrara, 2007, 312). Así han avanzado en la instalación de un biodigestor que permite extraer biogás de los desechos de la materia orgánica. Se procesan unos 3000 kilos diarios de diversos desechos lo que proporciona gas metano equivalente a 20 garrafas de 10 kilos por mes. Esto posibilita alimentar las necesidades de un tambo y toda su producción (de la cual viven gran cantidad de familias) así como las necesidades de las casas existentes en la granja.

Así también, en la provincia de San Juan, en las comunidades de Tudcum, Malimán, El Chinguillo, El Carrizal, Colangüil y Angualasto se han encarado proyectos de Electrificación Rural Fotovoltaica y Biogás; ya que no llega el tendido de electricidad domiciliaria. Uno de los proyectos permitió la instalación de paneles solares fotovoltaicos, para generar electricidad y almacenarla durante el día, para luego aprovechar la carga durante la noche. Además, se instalaron biodigestores, para generar biogás a partir del estiércol de sus corrales, obteniendo iluminación por farol incandescente y facilitando la cocción de alimentos. Esta experiencia se recalca ya que se encara mediante un proceso de gestión asociada entre las comunidades y el Estado, participando las comunidades locales junto a la Administración de Parques Nacionales y la Subsecretaría de Medio Ambiente de San Juan. Además de la experiencia de utilización de energías alternativas, en forma complementaria, realizan otras actividades de cuidado a la biodiversidad. Entre ellas se destacan actividades de apicultura, aprovechando la existencia de una flora autóctona y montes frutales (escasamente explotados en la zona); selección de especies y pautas para el manejo sustentable de los pastizales. Esto último busca mejorar la recuperación de los campos y la investigación participativa sobre plantas de uso medicinal, aromático y alimenticio.

Estas experiencias, a modo de ejemplo, reflejan la existencia de una diversidad de métodos y tecnologías renovables a aplicarse en ámbitos rurales que reúnen como característica común la mejora de la calidad de vida de las comunidades.

4. Conclusiones

De acuerdo a la ONG Greenpeace, el número de personas que no poseen ningún tipo de fuente de energía a nivel mundial es de 2 mil millones de personas y ese número a nivel nacional ronda los 2 millones de personas, mientras que las escuelas rurales que no poseen ningún tipo de suministro eléctrico son 2000 en Argentina.

La energía debe considerarse como una parte integrante de los objetivos generales de planes y estrategias de desarrollo local.

El impacto ambiental que acontece en la generación de energía a partir de recursos no renovables como el petróleo, el carbón y el gas es extremadamente elevado. Asimismo, la generación de energía tradicional y su distribución tienen características de inversión media a alta, al igual que el transporte, lo que dificulta en términos de rentabilidad económica realizar instalaciones de redes para poblados pequeños y mucho menos para viviendas unifamiliares del tipo rural. Las energías alternativas advierten y dan cuenta de ello ya que posibilitan el abastecimiento de zonas alejadas y de baja densidad, puesto que su tecnología limpia es posible de aplicar a pequeñas escalas y de forma modular.

Los distintos tipos de tecnologías alternativas son vastos y es posible cubrir distintas necesidades en función del entorno de la comunidad que las requiere. La energía renovable puede ayudar a combatir y paliar muchas de las carencias de las comunidades rurales de Argentina, ya que posee un inmenso potencial para la aplicación exitosa de las mismas. Estas comunidades rurales en Argentina, como se ha expuesto, no solo sufren el desalojo de sus tierras sino también la destrucción de sus ríos, sus bosques así como gran parte del ecosistema que les permite llevar a cabo la reproducción de sus vidas.

El campesinado rural ha sido estructuralmente abandonado por el accionar del Estado en lo que se refiere a la provisión de infraestructura básica, como ser servicios de salud, tendido eléctrico, de gas y agua, por lo que la provisión de los mismos ha surgido en muchas ocasiones de la autogestión de las comunidades. Las energías renovables, en este sentido, se plantean como una herramienta de desarrollo para las necesidades de estas comunidades. Hoy no existen razones para que estas necesidades no sean satisfechas. Como afirmamos anteriormente, gran número de fuentes de energía renovable son confiables, inagotables, y se generan a partir de "combustibles" de libre acceso, gratuitos y limpios como el viento, la radiación solar, la biomasa y las corrientes de agua. De esta forma, el uso de energías renovables permite la generación de energía en forma autónoma para gran cantidad de comunidades a las cuales la energía tradicional les es esquiva.

Por último, permite que las comunidades en las que se aplican las energías alternativas tomen conciencia de la capacidad de la naturaleza de proveerles medios para su existencia y reproducción y por ende, dan cuenta de la clara necesidad de preservar la naturaleza.

Como conclusión, el uso de energías renovables se enmarca como una estrategia de gran potencial, en el marco del desarrollo rural, para trabajar sobre algunas de las problemáticas de la familia rural, como ser:

- Infraestructura de tendido eléctrico que mejoran el acceso a necesidades básicas de las familias como ser la educación y la salud
- Mejoramiento de la habitabilidad digna de la vivienda rural, como ser la calefacción (generación y mantenimiento de calor, espacio de permanencia)

- Promoción de la seguridad alimentaria ya que permite y fortalece el trabajo en huertas, granjas, etc.
- Mejoramiento de la comunicación entre parajes
- Mejoras en las condiciones de producción rural a partir de la generación de energía autónoma.

Sin embargo, cabe resaltarse que Argentina posee un desarrollo incipiente en lo que a energías renovables se refiere. **En este sentido, es necesario crear programas de energía para un desarrollo rural sostenible que permitan profundizar la investigación técnica y social para la mejor adecuación según la zona y sus necesidades.** Estas políticas deberían contemplar los siguientes aspectos:

- Estudios de adecuación de tecnologías limpias al entorno
- Planificación y preparación adecuadas de los recursos humanos y técnicos.
- Formación de Capacidades Locales

Difusión de la Información entre comunidades Así, deberían diseñarse Programas gubernamentales que financien y promuevan desarrollos relacionados a las energías renovables en zonas rurales.

En estos programas, los técnicos gubernamentales deberán trabajar en articulación a las comunidades, lo que permitirá a éstas apropiarse del proceso de desarrollo de este tipo de proyectos. Es decir, deben encararse procesos de gestión participativa compartiéndose los saberes tanto de los técnicos como de los referentes de las comunidades rurales para así construir un proceso solidario en la implementación de energías alternativas. Este proceso incluye instancias de capacitación a las comunidades para que puedan paulatinamente auto-gestionar este tipo de esquemas. Así también, deberían contemplarse líneas de crédito blandos a cargo de los Bancos Nacionales que permitan a las familias y productores acceder a esta clase de proyectos.

Estos puntos deben, sin duda, ir acompañados de generación de legislación que estimule la implementación de este tipo de Políticas. Por último ha de propiciarse la formación de profesionales en la temática a fin de garantizar el asesoramiento, capacitación y asistencia. Esto último requiere de un gran esfuerzo de los ámbitos académicos ya que en la actualidad, Argentina cuenta con una oferta mínima de estudios o especializaciones relacionadas a las energías renovables y su aplicación social.

A modo de conclusión final, la aplicación de energías renovables se presenta de vital importancia, en el marco de una estrategia de desarrollo, ya que reconoce la necesidad de producir y desarrollar los procesos humanos sin que ello tenga que entrar en contradicción con su entorno. Es decir, en el proceso de generación de energía no se afectan los recursos naturales, respetándolos como bienes comunes de toda la población. De esta manera, al respetar los valores de la naturaleza, el impacto de las energías es también social.

BIBLIOGRAFÍA

- Camillioni, I; Vera, C. (2006) *El aire y el agua en nuestro planeta*. Buenos Aires, Eudeba, 2006
- Coraggio, J.L. (2005) "Desarrollo regional, espacio local y economía social". En *Seminario Internacional Las regiones del siglo XXI. Entre la globalización y la democracia local*, Instituto Mora, México, 9-10 de Junio 2005.
- Fernandez Díez, P (2007) *Procesos termosolares en baja, media y alta temperatura*. Cantabria, Universidad de Cantabria, 2007
- Ferrara, F. (2007) *Los de la Tierra*. Buenos Aires, Tinta Limón, 2007.
- ONG Greenpeace. Disponible en: www.greenpeace.org.ar
- Harvey, D. (2003) *El Nuevo Imperialismo: Acumulación por desposesión*. Madrid, Akal, 2003.
- Holloway, J. (2004) *Clases – Lucha, Antagonismo Social y Marxismo Crítico*. Buenos Aires, Herramienta, 2004.
- Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura. Centro de información estadística (online). Disponible en: www.iica.org.ar
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. Centro de información estadística (online). Disponible en: www.indec.gov.ar
- [Informe del Secretario General sobre la aplicación y ejecución de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo](#) (1992). En *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Disponible en: www.cinu.org
- Notcheff, H (2001) *La experiencia argentina de los 90 desde el enfoque de la competitividad sistémica*. Buenos Aires, FLACSO, 2001.
- Ortega Rodríguez, M (1999) *Energías Renovables*. Madrid, Thomson Editores, 2007
- Amar, J. (2006) "El cambio climático: una amenaza subestimada". En *Revista Activos de Cámara de Comercio Española*, 2006, N° 1, 12 - 13.
- Sánchez, G. (2006) *La Patagonia vendida*. Buenos Aires, Marea, 2006
- Schvarzer, J. (1996). *La industria que supimos conseguir*. Buenos Aires, Ediciones Cooperativas, 2000.

RALLY DAKAR: LA ENCRUCIJADA ENTRE LA COMPETITIVIDAD Y EL MEDIO AMBIENTE

Por María Soledad Ramati

RESUMEN

En este trabajo se intenta desentrañar la justificación de la aceptación del Rally Dakar y de la falta de percepción social del mismo como invasivo o como inadecuado a la Normativa ambiental. En un primer momento, se describe el Rally y se conceptualiza el "desarrollo sustentable". En un segundo nivel de análisis, se fundamenta en qué aspectos se considera que el Rally es contrario a la normativa ambiental. Una vez que se considera aceptado ese planteo, se explican cuáles son las prioridades del modelo político-económico argentino al momento en que acepta la realización del evento. Por último, el capítulo central de este estudio pretende describir cuáles son los valores que se ponen en juego, es decir, qué fibras sensibles entran en contacto con la realización del Rally a nivel social.

PALABRAS CLAVE

Desarrollo Sustentable - Competitividad – Medio Ambiente

RALLY DAKAR: THE CROSSROAD BETWEEN COMPETITIVITY AND ENVIRONMENT

By María Soledad Ramati

SUMMARY

This document tends to understand the logic behind the justification of the Dakar Rally's success and the lack of social perception about the Rally like something invasive or inappropriate to the Environment. At first, the document describes the Dakar Rally and the concept of sustainable development. Then, it exposes the reasons why the Rally is considered harmful to the environment. Once that proposition is accepted, the study approaches to the priorities of the Argentine political and economics' model at the moment that the Rally took place. At last, the main chapter of this paper pretends to describe the values that are in dispute, that is, the identification of the heartstrings that come in contact with the Rally at the social level.

KEY WORDS

Sustainable Development – Competitively – Environment

RALLY DAKAR: LA ENCRUCIJADA ENTRE LA COMPETITIVIDAD Y EL MEDIO AMBIENTE

Por María Soledad Ramati*

QUÉ ES EL RALLY DAKAR

El Rally Dakar es una competencia cuya idea surge en 1977 cuando Thierry Sabine, participando de un Rally Abdjian – Niza, se pierde en el desierto. Es salvado y, cuando vuelve a Francia, se propone que todos conozcan los territorios en los cuales él casi fallece y que considera que “descubrió”. (DAKAR, 2007)

Esta competencia se desarrolló desde 1978 hasta 1991 haciendo el recorrido que va de Paris a la Ciudad de Dakar, en Senegal. Luego sus recorridos variaron a Paris – Ciudad del Cabo, Granada – Dakar y Dakar – El Cairo.

La competencia, específicamente en 2009, se trasladó a América Latina y consistió en recorrer unos 10.000 kilómetros que comenzaban en Buenos Aires, recorriendo Argentina y Chile y terminaba en donde había comenzado. Siguiendo trayectos que solo son comunicados la noche anterior a que deban ser transitados y sobreviviendo a las exigencias del clima y el suelo, aprovechando la ocasión para someter a pruebas tanto vehículos como combustibles.

Los organizadores invirtieron más de 13 millones de euros, sin que se incluyan los costos de los equipos. Se trasladaron alrededor de 2200 personas, compitiendo, acompañando o a cargo de logística y prensa. Participaron, en la etapa pasada, 820 vehículos, entre 711 motocicletas, automóviles, camiones y cuatriciclos que competían, 60 de la organización y 50 de prensa. Se usaron, además alrededor de 2.808.920 litros de combustible (DIARIO CLARIN, 2008)

En el relato de la historia en las páginas oficiales no se mencionan determinados detalles que hacen al contexto. Por un lado, ya iban más de 50 fallecidos en la cuenta hasta 2006 (DIARIO EL MUNDO, 2006). Esto se debe a que el Rally es una competencia de supervivencia en espacios naturales y no una carrera en caminos delimitados y seguros.

Por otra parte, se omitió en los medios masivos a los intereses a los que responde el Dakar, como son los de las empresas de autos y combustibles que utilizan la competencia para testear sus productos y posicionarse en el mercado, en el caso de resultar ganadores. En lugar de esto, se apeló reiteradamente al sentimiento noble de gloria conseguido gracias a la habilidad de los participantes de superar obstáculos. También se ocultó el impacto ambiental que genera movilizar alrededor de 180 toneladas de carga a espacios naturales sin cumplir con la normativa del país que los recibe.

* Abogada, UBA, Maestrando en Sociología y Ciencia Política en FLACSO

EL DESARROLLO SUSTENTABLE

El desarrollo sustentable es un concepto que captura su actual lógica en 1972, cuando el Instituto Tecnológico de Massachussets elabora un Informe llamado "Los Límites del Crecimiento". En él se llega a la conclusión de que "si se mantienen las tendencias actuales de crecimiento de la población mundial, industrialización, contaminación ambiental, producción de alimentos y agotamiento de los recursos, este planeta alcanzará los límites de su crecimiento en el curso de los próximos cien años. El resultado más probable sería un súbito e incontrolable descenso tanto de la población como de la capacidad industrial." (MEADOWS y otros, 1973, 40).

El concepto se consagra en el Informe que realiza la Comisión Mundial de las Naciones Unidas sobre el Ambiente y Desarrollo en 1987, llamado Informe Brundtland o "Nuestro futuro común". En éste se determina que "el desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades". En este sentido es que se entiende a la "solidaridad y equidad internacional e intergeneracional." (BUSTAMANTE, 2007, 111).

Más allá de los múltiples Informes que se fueron produciendo en el devenir de los años, la normativa en nuestro país contiene las definiciones del caso en el Art. 41 CN que se refiere a "un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras" existiendo el deber de preservarlo.

Idéntica política se refleja en la Ley General del Ambiente N° 25.675, que en su Art. 4° explica el Principio de Sustentabilidad que sostiene que "el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras".

El mismo concepto se encuentra plasmado en instrumentos internacionales de gran importancia como la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, en el Principio 3, con la valiosa aclaración del Principio 4 que dice que "el desarrollo sostenible requiere la protección del medio ambiente".

LA ILEGALIDAD DEL DAKAR

La falta de adecuación del Rally realizado en Enero de 2009, en lo que respecta a Argentina, surge claramente. Es preciso tener en cuenta por un lado, la falta de publicación de los recorridos que se cumplirían, con la suficiente antelación como para que sean conocidos y, en su caso, discutidos por la comunidad.

A su vez, la falta de cumplimiento del requisito de realizar y obtener la aprobación de la Evaluación de Impacto Ambiental agrava la situación. Tampoco fueron publicadas las medidas de mitigación del impacto que se deberían haber proyectado.

De esta manera sortea el obstáculo que podría llegar a significar el Principio Precautorio que dice que "Cuando haya peligro de daño grave e irreversible la ausencia de información no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del ambiente" (Art. 4° de la Ley Gral. Del Ambiente y Pcio. N° 15 de la Convención de Río).

Son muchas las normas que fueron violadas, como el Art. 41 CN, normativa constitucional provincial, Ley General del Ambiente, normativa específica de Evaluación de Impacto ambiental, de Áreas Naturales Protegidas,

Declaración de Río, Convención de Protección de la Diversidad biológica, Convenio Marco sobre Cambio Climático y muchas más fueron las voces que se alzaron en vano en defensa de patrimonio arqueológico, paleontológico así como natural y cultural.

Asimismo, a nadie escapa que el Rally daña el ambiente excediendo su "capacidad de carga" 1 con el traslado de 180 toneladas de artefactos, cruzando territorios a "campo traviesa", usando 2 millones de litros de combustible, etc. Todo esto si entendemos al daño ambiental como "toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos", conforme el Art. 27 de la Ley General del ambiente.

En este contexto surge la pregunta-eje de esta ponencia: cuál es la razón por la que, aunque enumeremos una cantidad importante de normas violadas, el Rally sea recibido por la mayor parte de los argentinos como un evento que nos glorifica con su presencia y que solo puede traer consigo las tan añoradas épocas de bonanza económica. Es decir, qué importancia tiene la normativa si, evidentemente, existen valores independientes a la Ley que son los verdaderos propulsores y justificadores de este tipo de eventos.

EL DISCURSO

Es necesario preguntarse en qué marco el discurso que sostiene los beneficios del Rally, como el fomento del turismo, la demostración de que podemos organizar grandes eventos deportivos y la idea de que quienes participan en ella son una especie de guerreros que regresan con honores luego de haber acercado un paso a la humanidad hacia el Progreso, se convierte en hegemónico y, con ello, indiscutible e irreversible.

Por un lado, el modelo económico en que nos encuentra insertos este evento es, según los discursos oficiales, de "acumulación económica con inclusión social" 2, que tiene la esencia de "agregar valor, industrializar a la Argentina, hacerla cada vez más competitiva y además aprovechar la calidad de sus recursos humanos" 3 (Casa Rosada, 2008a, 2008b).

En este sentido, la industria automotriz, que es el sector que se ve beneficiado por el evento en cuestión es considerada "una de las actividades [...] que más ha contribuido [...] a generar crecimiento en la economía" 4. Otra actividad importante para generar el crecimiento es el turismo, por cuanto "en la media de la región representa, algo así, como el 6,5 del PBI de cada país, pero en nuestra nación ha representado más..." 5 (Casa Rosada, 2008a, 2008b). El crecimiento económico no es buscado como un valor en sí sino que es "el eje de combate contra la pobreza, la desigualdad y la inequidad". 6 (Casa Rosada, 2009)

En este sentido y recordando que el objetivo de este apartado no es discutir el modelo económico, se sostiene un determinado sentido del Progreso. La actual Presidenta, Cristina Fernández, ha dicho que "hay dos modelos en el imaginario colectivo de todos los argentinos que revelan que uno progresa: tener casa propia y auto

1 La "Capacidad de carga" parte de la "existencia de límites en la capacidad de los ecosistemas naturales para soportar un crecimiento continuo en el consumo de recursos y polución" (BUSTAMANTE, 2007, 181). Esto lo consigue cualquier comunidad ecológica modificando, cambiando y regulando sus ambientes fijos.

2 Discurso del 17/04/08 en el Acto de firma de Convenios con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

3 Discurso del 24/07/08 en el Acto de entrega de becas universitarias para carreras tecnológicas.

4 Discurso del 15/12/08 en el Acto de Inauguración del taller de la filial local de la automotriz de Mercedes Benz, en Mataderos.

5 Discurso del 11/12/08 en el Acto de Anuncios sobre la Canasta Navideña y a Políticas sobre el fomento del turismo y el consumo.

[...] Y una vez que tiene el auto poder cambiarlo después; si era usado por un cero kilómetro y si era el cero al poco tiempo poder cambiarlo por un nuevo auto..."⁷(Casa Rosada, 2008)

Es claro que el rol que cumple el cuidado del medio ambiente no es percibido como una idea fuerte en la Gestión sino que existe un centramiento en lo económico. En este sentido, se ha dicho que "las políticas ambientales que tienen que ver [...] con un compromiso intergeneracional para los que vienen después [...] tienen un fuerte contenido económico. No se le escapa a nadie que los cambios ecológicos impactan en términos de modificación de lluvia, de territorios, de migraciones, todo que luego finalmente tiene un impacto económico muy fuerte..."⁸ (Casa Rosada, 2008). Es decir, que el tan mentado "circulo virtuoso" empieza y termina en índices económicos.

En este marco es que planteamos que la Argentina como país en desarrollo en sus primeras etapas de industrialización, se encuentra atrapada en las falacias propias de la "economía de frontera", es decir, que seguimos viviendo en la idea de "considerar a la naturaleza como una oferta infinita de recursos físicos – materias primas, recursos energéticos, agua, suelo y aire – que podían usarse para el beneficio humano, y como un sumidero infinito para los subproductos del consumo de estos beneficios – polución y degradación ecológica-." (BUSTAMANTE, 2007, 89). Sigue vigente la idea de que nos ocuparemos del daño ambiental recién después de que el desarrollo económico sea de la magnitud deseada.

En este sentido no solo se ignora el dato conocido y objetivo de que "si los siete mil millones de pobladores del planeta consumieran los mismo que los países desarrollados de Occidente, harían falta diez planetas como el nuestro para satisfacer todas sus necesidades" (GALEANO, 2006, 10). Entonces, la propuesta de aceptar ingenuamente la invitación a una supuesta industrialización al mejor estilo de las grandes potencias que traerá riqueza a todos los pueblos, es inadmisibile.

Luego, en el contexto de una sociedad estratificada en función del consumo se nos dirá que negarnos al consumo/consumismo –contracara del productivismo- en el afán de cuidar el medio ambiente, significa catapultarnos en la pobreza.

Justamente, se tiende a tergiversar el sentido del desarrollo sustentable porque seguimos identificando crecimiento con desarrollo económico. En este sentido, se ignora el concepto de "Desarrollo Humano" que es "un estilo de desarrollo centrado en el hombre" con un carácter moral que "no puede prescindir tampoco del respeto por los seres que constituyen la naturaleza visible [...] Una justa composición del desarrollo no puede prescindir de considerar las cuestiones relativas al uso de los elementos de la naturaleza, a la renovabilidad de los recursos y a las consecuencias de una industrialización desordenada" (DEL PERCIO, 2000, 275).

A su vez, en un contexto de individualismo, en el que no existe un sentido fuerte de "comunidad" que nos invite a proteger a las generaciones presentes en su generalidad sino exclusivamente a los hijos propios, parece excesivo pensar en proteger los recursos para las generaciones futuras.

Es importante destacar que en la Reforma Constitucional de 1994, en la que se incorpora el Art. 41 "el desarrollo humano constituye el *objetivo* de la preservación del ambiente, imponiendo límites a las actividad productiva, en tanto esta comprometa la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y venideras. Se exige, en consecuencia, que el logro del crecimiento económico se sostenga y sea racional a fin de garantizar el

6 Discurso del 28/07/09 en el Acto de cumplimiento de inversiones, recupero de actividad y garantía de paz social.

7 Discurso del 11/08/08 en el Acto de lanzamiento del nuevo Ford Focus.

desarrollo humano, actual y futuro [...] La Constitución consagra el solidarismo intergeneracional "que expresa una visión de la persona humana y de la comunidad política fuertemente vinculadas, no solo a un pasado común, sino también con claros deberes hacia las generaciones venideras". (GELLI, 2008, 577)

En otros términos, es la "sobre-economización del mundo la que induce una homogeneización de los patrones de producción y de consumo, contra una sustentabilidad planetaria fundada en la diversidad ecológica y cultural", callando y deslegitimando los discursos a favor de la protección del ambiente y las culturas locales⁹ y estrechando la extensión de la idea de pobreza exclusivamente al presente y a lo consumible. (LEFF, 2005)

EL EGO CONQUIRO

Llegado este punto, es necesario dejar en claro que el objetivo no es ver en el ámbito político un culpable del sostén de determinado modelo sino exponerlo como representante de ideales que subyacen en el imaginario social¹⁰. Sería imposible, de otra manera, justificar la emoción de la gente que concurría a cada uno de los pueblos o ciudades a vivir a los concursantes.

Es por esto que sostenemos que el ideal del hombre que progresa dominando a la Naturaleza está más vivo que nunca y, en tanto eso no se modifique a nivel social, no habrá normativa ni poder político que sostenga sinceramente la bandera del desarrollo sustentable. Es por este ideal que el Rally no fue percibido socialmente como invasivo ni como violatorio de nuestros derechos.

Así como en 1492 Europa se autoproclamó como "descubridora" de aquello que ya tenía existencia e identidad propia (América) y constituyó al "Otro" como objeto sin derechos ni validez cultural, el Rally Dakar no hace más que teatralizar una conquista para el mundo entero, que oficia de espectador, practicando en "ego conquiro" (yo conquisto) que significó el "nacimiento" de la Modernidad. (DUSSEL, 1992,36)

Si esto no es así, y se nos planteara que el hecho de que esta competencia siempre se haya llevado a cabo en África y en América del Sur, es una mera coincidencia, podríamos preguntar si se nos permitiría organizar la competencia en Estados Unidos o en Europa Continental.

La organización del evento evoca continua e insistentemente esta idea: Al describir el "espíritu" del Dakar, se refiere a que "nacido en África, donde construyó su leyenda, el Dakar es naturalmente atraído hacia lo desconocido. El descubrimiento de territorios, una de las razones de ser de esta prueba, lo lleva ahora a buscar nuevos rumbos [...]El Dakar se lanza a la conquista de otros continentes, con el deseo intacto de sorprender [...]Todos tienen ganas de explorar los desiertos del mundo". (DAKAR, 2009)

En la página web oficial del Dakar 2009, se coquetea con la idea mencionada diciendo que "Etienne Lavigne descubre América" o que "Wolkswagen parte a la conquista de América". En este sentido, la promesa de ser

8 Discurso del 13/06/08 en la Presentación del programa de políticas ambientales territoriales.

9 El Rally recibió denuncias de parte del pueblo mapuche de Puelmapú, la Fundación para la Defensa del Ambiente (FUNAM), Red Nacional de Acción Ecologista (RENACE), la Asociación de Arqueólogos Profesionales de la República Argentina (AAPRA), múltiples foros relacionados con el cambio climático, etc.

10 Tomamos el concepto de "imaginario social" de Castoriadis, C., que lo define como "el conjunto de significaciones por las cuales un colectivo, un grupo, una sociedad, se instituye como tal, inventando no solo sus formas de relaciones sociales y sus formas contractuales, sino también sus figuraciones subjetivas [...] Lo imaginario social cuenta con mitos, rituales y emblemas (lo imaginado o imaginario efectivo) que tienden a la reproducción de tal instituido y, por lo tanto, permiten *anudar el deseo al poder*, e

un país perteneciente al "primer mundo" exige hacer o permitir hacer hacia adentro un uso de la racionalidad instrumental que considera a la Naturaleza como un objeto a dominar y a destruir en busca de provecho y que se relaciona, claramente, con una división internacional del trabajo en función de los recursos con que cuenta cada Estado.

¿Se podría plantear que, si un país "sub-desarrollado" es "no-moderno", el modo de pasar a pertenecer al grupo de países desarrollados es reproduciendo sobre aquel el mito fundador de la modernidad? Esta pregunta puede hallar un poco de impulso en la denuncia de los Indios Mapuches de Puelmapu que no solo advirtieron que no se cumplió con la Consulta Previa que el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales exige a los gobiernos, sino que el hecho de que se sostenga que esa zona es "un desierto" niega rotundamente su existencia.

Se nos dirá que el crecimiento económico que genera mejoría en la calidad de vida de la población es el beneficio cuyo correlato son los costos ambientales y culturales. Vuelve a surgir el paralelo con 1492 ya que "el sufrimiento del conquistado (colonizado, subdesarrollado) será interpretado como el sacrificio o el costo necesario de la modernización". (DUSSEL, 1992, 70)

A su vez, se manejan categorías confusas porque, por un lado, se enuncia que los beneficios del Rally en Argentina y Chile han sido de 78 millones de dólares pero no se menciona que los costos son imposibles de cuantificar porque son difusos e intangibles. También es hartito conocido que tantos años de Rally Dakar en África no modificaron la problemática de pobreza estructural. Supiot entiende que "el proyecto occidental de dominación del resto del mundo [que sirvió para justificar el proyecto colonial] se basó en la certeza de detentar la verdad y de superar a todas las demás sociedades humanas" (SUPIOT, 2007, 20)

Estas ideas siguen vigentes en la división entre países desarrollados y subdesarrollados. Entonces, es claro que la incapacidad discursiva de quienes se opusieron a ser re-colonizados a nivel teatral se asemeja a la importancia de quien se niega a que el Progreso cambie su vida. Es por esto que la reiterada afirmación de Mires que sostiene que la revolución ecológica es "la primera revolución sin revolucionarios" es aplicable en virtud de que estos procesos, si bien afectan a todos, no dan protagonismo en términos políticos a nadie en particular. (MIRES, 2009, 138)

Lander advierte que "el neoliberalismo es debatido y confrontado como una teoría económica, cuando en realidad debe ser comprendido como el discurso hegemónico de un modelo civilizatorio, esto es, como una extraordinaria síntesis de los supuestos y valores básicos de la sociedad liberal moderna en torno al ser humano, la riqueza, la naturaleza, la historia, el progreso, el conocimiento y la buena vida". Por esto, se "hace innecesaria la política, en la medida en que ya no hay alternativas posibles a ese modo de vida" (LANDER, 2000, 246)

Podríamos agregar que hace inocuo al Derecho, que queda reducido a declaraciones de buenas intenciones que sirven para que el Estado se cubra de la apariencia de ser más respetuoso de las generaciones venideras de lo que en verdad es pero que, a su vez, dejan sus roles en profundo cuestionamiento. En apoyo a esta postura, Brailovsky sostiene que el problema radica en que "hay una visión de corto plazo que viene de nuestra historia. El Derecho Ambiental se incorpora doctrinariamente, pero sigue siendo el 'patito feo' de los derechos humanos. Es decir, los organismos de derechos humanos, públicos y no gubernamentales, las defensorías del pueblo, toman marginalmente los temas ambientales". (DIARIO CLARIN, 2009)

instancias instituyentes que darán lugar a prácticas transformadoras y diseñan las utopías (lo imaginario radical) en tanto conjuntos

CONCLUSION

Se hace necesario sintetizar nuestro razonamiento ya que temas que son abordados en el presente, son merecedores de muchas más páginas que las que reciben aquí. En el presente trabajo se parte de la idea de que el Rally se encuentra en profunda tensión con el “desarrollo sustentable”, que está plasmado en la Normativa Constitucional.

No obstante esto, existe un marco, como el discurso político, la publicidad o valores sociales que justifican que gran parte de la población lo haya alentado. Ya que el mercado nos dejó sin discurso alternativo, será necesario agudizar la creatividad e incorporar temas a las agendas tanto políticas como académicas para que “desarrollo sustentable” no sea sinónimo de “pobreza”, ni “progreso” lo sea de “poseer autos”.

Ninguna sociedad respetaría una normativa si entiende que hacerlo conllevaría una eterna estadía en el subdesarrollo. Por ende, es necesario modificar ciertas nociones, como otra concepción de la economía, de la comunidad, etc.

Partiendo de la idea de que “la sociedad, ya sea como instituyente, ya sea como instituida, es intrínsecamente historia, es decir, autoalteración”, no se plantea una idea derrotista pero sí aguerrida de la lucha por la defensa de nuestros recursos naturales. Nosotros, con nuestras decisiones de consumo, nuestros discursos, emprendimientos e ideologías podemos plantear ideas para que la historia no quede petrificada tal como está. (CASTORIADIS, 2007, 574) Si no pudiera ser así y sólo nos quedara la resignación, podemos afirmar, sin dudas, que el Género Humano, se sobrevalora.

de deseos *no anudados al poder.*” (citado por FERNANDEZ, A., 2002, 176)

BIBLIOGRAFÍA

- BAUMAN, Z. y MAY, T. (1990) *Pensando sociológicamente*. Buenos Aires, Nueva visión, 2007.
- BUSTAMANTE, L. (2007) *Los derechos de la Sustentabilidad: desarrollo, consumo y ambiente*. Buenos Aires, Colihue, 2007.
- CASTORIADIS, C. (1989) *La institución imaginaria de la sociedad*. Buenos Aires, Tusquets Editores, 2007.
- DAKAR. Recuperado el 27 de julio de 2009, de http://www.dakar.com/2007/DAK/presentation/es/r1_7-historique.html
- DEL PERCIO, E. (2000) *Tiempos Modernos. Una teoría de la dominación*. Argentina, Grupo Editor Altamira, 2000.
- DEL PERCIO, E. (2006) *La condición social: consumo, poder y representaciones en el capitalismo tardío*. Buenos Aires, Altamira, 2006.
- DEL PERCIO, E. (2009) *Política o destino: cuestiones estratégicas en tiempos de crisis*. Buenos Aires, COPPPAL, 2009.
- DIARIO CLARIN. Recuperado el 15 de julio de 2009, de <http://www.clarin.com/diario/2008/12/17/deportes/d-01823959.htm>
- DIARIO EL MUNDO. Recuperado el 26 de julio de 2009, de <http://www.elmundo.es/elmundodeporte/2005/01/10/motor/1105360521.html>
- Discursos Oficiales de la Presidenta de la Nación, Recuperados el 01 de Agosto de 2009, de http://www.caserosada.gov.ar/index.php?option=com_content&task=salaPrensa&categorias=7&Itemid=66
- DUSSEL, E. (1992) *1942. El encubrimiento del Otro. Hacia el origen del "mito de la Modernidad"*. Buenos Aires, CLACSO. Recuperado el 21 de julio de 2009, de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/dussel/1492/1492.html>
- ESTRADA OYUELA, R. y ZEBALLOS DE SISTO, M. (1993) *Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional*. Buenos Aires, A-Z editora, 1993.
- FERNANDEZ, A (2002) *El campo grupal. Notas para una genealogía*. Buenos Aires, Nueva Visión, 2002.
- GALEANO, E. (2006) *Uselo y tírelo. El mundo visto desde una ecología latinoamericana*. Argentina, Grupo Editorial Planeta SAIC, 2006.
- GELLI, M. (2001) *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. Argentina, Ed. La Ley SAEeI, 2008.
- LANDER, E y otros (2000) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires, CLACSO, Recuperado el 03 de julio de 2009, de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/lander.html>
- LEFF, E. (2005) *La Geopolítica de la Biodiversidad y el Desarrollo Sustentable: economización del mundo, racionalidad ambiental y reapropiación social de la naturaleza*. En el Seminario Internacional REG GEN: Alternativas Globalizaçõ. Rio de Janeiro. Recuperado el 17 de julio de 2009, de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/reggen/pp12.pdf>
- MALDONADO, T. (1999) *Hacia una racionalidad ecológica*. Buenos Aires, Ediciones Infinito, 1999.
- MEADOWS, D, y otros. (1972) *Los límites del crecimiento*. México, Fondo de cultura económica, 1973.
- MIRES, F. (2009) *La Revolución que nadie soñó o la otra posmodernidad: La revolución microelectrónica; La revolución feminista; La revolución ecológica; La revolución política; La revolución paradigmática*. Buenos Aires, Libros de la Araucaria, 2009.
- ODUM, E. (1976) *Ecología. Estructura y función de la Naturaleza. Los modernos principios de flujo de energía y ciclos biogeoquímicos*. Méjico, Ed. Compañía Editorial Continental S.A., 1976.
- SUPIOT, A. (2005) *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2007.

DERECHO Y EMPIRIA: UN TRABAJO DE CAMPO ACERCA DE LAS MANIFESTACIONES ORALES DEL PROCESO CIVIL BRASILEÑO

Por Bárbara Gomes Lupetti Baptista

RESUMEN

La propuesta de este trabajo es contrastar el discurso dogmático producido en el ámbito del Derecho con los rituales judiciales que ocurren diariamente confinados en las paredes de los tribunales, para tratar de entender las razones de la absoluta falta de diálogo y de identidad entre el mundo de los libros y el mundo de las prácticas.

Para posibilitar el uso de la comparación y para ilustrar la distancia entre la teoría del Derecho y lo que se practica en la rutina forense, utilizo los resultados de una investigación de campo que llevé a cabo en el Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro, a partir de la etnografía y de la observación participante, cuya atención está centrada en las manifestaciones orales del proceso.

Los datos empíricos muestran que, de hecho, hay una gran ausencia de comunicación entre la "teoría" y la "práctica" en el ámbito jurídico.

PALABRAS CLAVE

Derecho; Empiria; Oralidad

LAW AND EMPIRE: A RESEARCH ABOUT ORAL MANIFESTATIONS OF BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

By **Bárbara Gomes Lupetti Baptista**

ABSTRACT

The proposal of this study is to contrast the dogmatic discourse produced by the Brazilian right with judiciary practices that occur daily in the confined walls of the courts, to try to understand the reasons for the absolute absence of dialogue and identity between the *book's world* and the *practice's world*. To possibility the use of the comparison and to illustrate the distance between legal theory and judiciary practices, I use the results of the empirical research that I conducted at the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro, by the ethnography and participative observation methods, whose attention was focused on oral manifestations of the process. The empirical research shows that, in fact, there is a great absence dialogue between "theory" and "practice" in the Brazilian Law.

KEY-WORDS

Law; Empire; Orality

DIREITO E EMPIRIA: UMA PESQUISA DE CAMPO ACERCA DAS MANIFESTAÇÕES ORAIS DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO¹

Por Bárbara Gomes Lupetti Baptista²

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A principal proposta deste trabalho é pensar a oralidade processual a partir do contraste verificado entre o discurso dogmático produzido no campo do Direito e os rituais judiciais verificados cotidianamente nos muros circunscritos dos Tribunais, com o objetivo de tentar entender os motivos da absoluta ausência de diálogo e de identidade entre o *mundo dos livros* e o *mundo das práticas*.

Para possibilitar o uso da comparação e ilustrar a distância entre aquilo que o Direito teoriza e aquilo que se pratica na rotina forense, valho-me dos resultados de uma pesquisa de campo por mim conduzida no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através de etnografia e observação participante, cujo foco esteve voltado para as manifestações orais do processo, mais especificamente, para a materialização do Princípio da Oralidade no Processo Civil.

Os dados do campo apontam que a oralidade é, ao mesmo tempo, valorizada no campo teórico e desconsiderada na prática forense, o que sugere ser, o Direito, de fato, um campo de conhecimento regido por lógicas contraditórias, embora, harmoniosas.

A metodologia de pesquisa por mim utilizada me permitiu perceber aspectos do nosso sistema judiciário que eu não teria notado se não tivesse ido a campo e verificado rituais que não estão codificados, nem, tampouco, absorvidos pelos manuais produzidos pela dogmática. A importância de pesquisar o Direito sob essa perspectiva empírica é o ponto de destaque deste *paper*, onde pretendo chamar a atenção para o aspecto de que operadores e juristas precisam dialogar, sob pena de se eternizar a crise de legitimidade do Judiciário, cada vez mais desconhecido e, portanto, desacreditado pela sociedade.

Acredito que a pesquisa empírica se justifica na área do Direito porque, justamente, os métodos de ensino e de pesquisa desse campo deveriam partir de observações da realidade presente, viva, não apenas daquilo que se apresenta no conjunto das leis, da doutrina ou da jurisprudência, pois o Direito não pode ser estabelecido como uma esfera à parte das relações sociais, uma vez que ele as integra, interferindo, inclusive, de forma direta, no cotidiano das pessoas, que têm habitualmente os seus conflitos submetidos à administração dos Tribunais. Assim, dissociar a pesquisa do Direito ao seu campo de atuação é, no mínimo, impróprio (AMORIM, KANT DE LIMA, MENDES, 2005; KANT DE LIMA, 1983).

¹ Parte significativa deste trabalho foi originalmente apresentado no XVII Congresso Nacional do Conpedi, realizado em Brasília, no ano de 2008.

² Advogada e Doutoranda em Direito (UGF/RJ) Pesquisadora integrante do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia – Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT-InEAC)

A partir dessa idéia, como já mencionado, a minha intenção é, através da investigação empírica, buscar compreender os motivos e as repercussões da absoluta falta de identidade entre aquilo que os juristas idealizam que o Direito seja; aquilo que os operadores acham que o Direito produz; aquilo que a sociedade espera que o Direito ofereça; e, finalmente, aquilo que, de fato, o Direito é.

Para tanto, optei por estudar um instituto jurídico importante, o Princípio da Oralidade Processual, visualizando-o de forma conjugada. Quero dizer, através da teoria produzida sobre o tema e da observação das práticas judiciárias orais efetivamente manifestadas no curso do processo.

Essa preocupação – de realizar pesquisa de campo em Direito - é academicamente relevante porque entender a forma como o Direito se materializa; a forma como a sociedade com ele se relaciona e a forma como ele é ensinado e reproduzido por seus operadores é crucial para que possamos, com efeito, tentar identificar a crise de legitimidade pela qual o Direito passa e, talvez, perceber caminhos possíveis para o seu necessário e cada vez mais premente aprimoramento.

É certo que a mera desarmonia firmada entre “*Teoria do Direito*” e *práticas judiciárias* não é, isoladamente, o foco principal do meu estranhamento, mas as conseqüências empíricas desse dissenso sim. Isto me parece uma questão fundamental para ser pesquisada.

O Direito, visto como campo do conhecimento, caracteriza-se como um conjunto normativo-ideal e, nesta condição, se afasta tanto da possibilidade de ser questionado quanto da necessidade de ser concretizado.

O Direito é um campo do saber que visa ao *dever-ser* e, nesse sentido, se concebe como um ideal que não tem ou não precisa ter qualquer compromisso com a realidade. Dessa forma, a sua inaplicabilidade se justificaria, embora, para mim, tal circunstância continue parecendo estranha, especialmente pelo fato de o Direito ser uma disciplina essencialmente pragmática, tendo em vista que as regras jurídicas interferem diretamente nas relações sociais.

Quero dizer: o Direito tem como principal objetivo a administração dos conflitos da sociedade, de modo que, como tal, foi concebido para resolver problemas cotidianos, nos quais estão envolvidos seres humanos, de carne e osso, que se valem do Judiciário para esse fim. Logo, pensar este campo do conhecimento de forma abstrata, absolutamente desatrelada da empiria, me parece algo paradoxal.

Além disso, a imensa carga de trabalho que assola o Judiciário automatiza os operadores do campo, impedindo-os de pensar sobre suas próprias atividades e, no caso específico dos magistrados, sobre o resultado da jurisdição que prestam.

A pesquisa de campo procede, justamente, à observação de fatos e fenômenos tal como ocorrem no mundo real, bem como à coleta de dados referentes aos mesmos e, finalmente, à análise e interpretação desses dados, com base numa fundamentação teórica consistente, objetivando compreender e explicar o problema pesquisado.

Acho que somente assim, quer dizer, explicitando as práticas judiciárias e estranhando o que parece natural, é que será viável aprimorar o nosso sistema de administração judicial de conflitos.

Enquanto a visão do Direito estiver vinculada, exclusivamente, a ideais que apontem como as coisas *deveriam ser*, pouco progrediremos no campo da pesquisa. Identificar as falhas é algo que só será possível se

conhecermos o funcionamento do sistema na sua prática. Quero dizer: se entendermos bastante bem a sua lógica, a sua estrutura e as suas rotinas.

Pois bem, no caso específico deste trabalho, analisando as práticas, me foi possível perceber que, especificamente, em relação ao princípio da oralidade, a dogmática³ atualiza a questão de uma forma absolutamente distinta daquela depreendida pela empiria.

A doutrina reconhece a oralidade como uma garantia das partes a um processo justo e democrático, ao passo que os rituais judiciários a descartam, sugerindo ser esta forma de manifestação um empecilho à celeridade da prestação jurisdicional.

A celeridade, igualmente, é um princípio de Direito Processual alçado à categoria de garantia constitucional (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República), sendo a sua finalidade precípua, nos termos sustentados pela dogmática, assegurar aos cidadãos a “duração razoável do processo”.

Nesse contexto, o que as práticas judiciárias apontam é um nítido conflito entre princípios processuais, em que a oralidade cede espaço à celeridade porque, em sendo assegurados às partes todos os atos processuais orais legalmente previstos, a celeridade acabaria por não se efetivar e, no sistema vigente, a “duração razoável do processo” é um requisito essencial à prestação jurisdicional.

Ou seja, se o enfoque deste *paper* tivesse como único referencial o estudo da dogmática, a conclusão dos leitores acerca do tema seria necessariamente no sentido de que o processo civil brasileiro é oralmente construído a partir do diálogo efetivado entre magistrados, advogados e cidadãos, estes últimos tendo, inclusive, participação ativa no curso do processo, quando, na verdade, é cediço que basta assistir a uma simples audiência no foro do Rio de Janeiro para se perceber que a teoria que rege a prática judiciária é outra, que não aquela apregoada e idealizada pela doutrina jurídica nos manuais de processo.

Nesse sentido, pretendo explicitar neste trabalho, outrossim, que, embora o princípio da oralidade seja estudado, teoricamente, como uma garantia processual que estimula o diálogo entre o Juiz e as partes, na realidade, a sua efetivação não produz consenso, pois aos cidadãos, raramente, é concedida a oportunidade de falar.

Diante da exigência da celeridade, o Juiz não tem tempo de ouvir as partes, razão pela qual os rituais descartam, ao máximo, eventual contacto entre Tribunal e sociedade, que se mantêm distantes, fato que cria, cada vez mais, obstáculos à legitimação do Direito, dos Tribunais e das decisões do Judiciário.

A oralidade, consoante se descreverá, é expropriada pelo Estado, que, ao impedir a participação ativa das partes no curso do processo, impõe uma verdade, produzida por escrito, através da sentença, demonstrando que o monopólio de dizer e de interpretar o Direito (e desvendar a verdade) é exclusivo do Juiz.

Às partes, impõe-se o cumprimento das decisões judiciais, mesmo que estas sejam tomadas sem levar em conta a sua mínima participação.

³ A expressão dogmática equivale à doutrina jurídica, que, no Direito, significa “o estudo de caráter científico que os juristas realizam a respeito do direito, seja com o objetivo meramente especulativo de conhecimento e sistematização, seja com o escopo prático de interpretar as normas jurídicas para sua exata aplicação” (Diniz, 1994:284). Na verdade, em síntese, pode-se dizer que a dogmática é um normativismo, inspirado na teoria positivista Hans Kelsen.

O abissal descompasso firmado entre o que a doutrina jurídica idealiza e o que as práticas judiciárias demonstram é o que, de forma mais significativa, conforme destaquei outrora, pretendo explicitar neste trabalho. É esta a minha preocupação acadêmica e é isto que pretendo, de alguma forma, compartilhar neste *paper*.

2. A REPRESENTAÇÃO DOGMÁTICA ACERCA DA ORALIDADE PROCESSUAL

Em sede doutrinária, conforme asseverado, a oralidade é alçada à categoria de princípio norteador de um processo justo e democrático (GRECO, 2005)⁴, estando reproduzida por uma série de procedimentos que, supostamente, propiciam a sua supremacia.

A doutrina, como esperado - pois é assim que o Direito se estrutura - tem uma visão poética e utópica do princípio da oralidade no processo civil. Ao ler as manifestações dogmáticas tem-se a sensação de que a oralidade é a solução de todos os males do sistema e o fim do abismo que notoriamente separa as pessoas e o Judiciário. No entanto, esta sensação se esvai, de imediato, como mencionei, quando se assiste a uma única audiência ou julgamento no foro estadual do Rio de Janeiro e se verifica que nada do que se escreve se realiza, ao contrário, trata-se – a lógica que orienta a prática – de uma outra forma de atualizar o instituto, completamente dissonante daquela filosoficamente almejada pela doutrina.

O procedimento oral é visto como uma garantia de autodefesa da parte, proporcionada por um “diálogo humano e público com o juiz da causa” (GRECO, 2005). A oralidade seria, então, o instrumento capaz de possibilitar ao juiz não só ouvir, mas, especialmente, “sentir” as partes e as testemunhas e, por conseguinte, avaliar melhor as provas diante dele produzidas e formar, com mais certeza e precisão, o seu convencimento⁵.

A oralidade é representada, na dogmática, como um método que proporciona “à luta judiciária [o processo] o seu genuíno caráter humano, que comunica vida e eficácia ao processo [...]” (MORATO, 1938); é um sistema em que o juiz participa ativamente do processo, entretanto, à sua autoridade pública sobrepõe-se a soberania individual das partes (LEAL, 1938); trata-se de um mecanismo que possibilita “uma justiça rápida, *perfeita* e barata”, é, na verdade, “um remédio heróico” (CUNHA BARRETO, 1938); é o que possibilita a palavra viva em sobreposição à escrita morta, eis que “na palavra viva fala também o vulto, os olhos, a cor, o movimento, o tom da voz, o modo de dizer, e tantas outras pequenas circunstâncias, que modificam e desenvolvem o sentido das palavras e subministram tantos indícios a favor ou contra a própria afirmação delas. A mímica, a eloquência do corpo, são mais verídicas do que as palavras [...]” (CHIOVENDA, 1938); a oralidade, afinal, “garante uma justiça intrinsecamente melhor; faz do

⁴ Tive a oportunidade de verificar – através do discurso de alguns operadores do campo – que, na prática, a oralidade não tem correlação com um processo democrático. Destaco um trecho de uma entrevista concedida por uma magistrada, que assim se manifestou: “Acho que a presença mais permanente da oralidade no processo não facilitaria o alcance de um processo mais democrático. O processo democrático é aquele em que todos têm acesso a tudo e têm todos os meios de prova ao seu alcance. Se a gente enfatizar o princípio da oralidade, esses meios de prova vão ser muito reduzidos. Então, eu acho que não tem uma coisa a ver com a outra. Acho que até prejudicaria um pouco. Se bem que, não sei, não sei como isso seria implantado em sede de varas cíveis propriamente. Mas se fosse como ocorre em juizados, acho até que aqui, em vara cível, atrapalharia, não seria uma forma democrática não. E digo isso não por causa da demora, mas por causa da pobreza das provas orais.”

⁵ Em estudo realizado especificamente sobre a aplicação da oralidade nos juizados especiais, Tereza Gaulia (2003) afirma: “O princípio da oralidade deve antes de privilegiar a palavra falada, assegurar o direito de fala do cidadão, e mais, assegurar sobretudo o *dever de escuta* de seu juiz natural.”. (grifou-se). A magistrada vê o princípio da oralidade – nos juizados - como o instrumento que sedimenta um DEVER de serventuários e juizes de ouvir o cidadão, tendo em vista que, a seu ver, o sistema especial da Lei 9.099 pretende permitir que o cidadão possa expressar “suas dores e mazelas comuns ao juiz.”.

juiz participe na causa e permite-lhe dominá-la melhor [...] assegura melhor a veridicidade e a sinceridade dos resultados da instrução [...]"

A escrita, ao revés, está costumeiramente atrelada à idéia de um instrumento que impede a efetivação da justiça. A escrita é representada no Direito como sendo a documentação do processo, estando, pois, reproduzida na friezta dos autos processuais⁶, cujo registro é preto e branco. Por isso, dissera Morato (1938), “a escrita não faz palpitar o fato na sua humanidade, em sua expressão mais espontânea e pura, pois carece do **colorido da voz**, da manifestação da convicção íntima, do ardor do justo [...]”. (grifou-se)⁷

Percebe-se uma alta carga de sensibilidade, nos juristas, ao estudarem e lecionarem sobre a aplicação desse princípio⁸⁻⁹. Toda a leitura doutrinária aponta – o que não é possível verificar na reflexão sobre outros institutos jurídicos – uma emotividade intensa, de forma que a aparente proximidade que o sistema oral estabelece entre o Judiciário e a sociedade faz nascer uma atmosfera que parece contagiar os operadores. Na prática, entretanto, nem sempre é assim que o processo se materializa, inclusive porque a escrita prevalece, em função, justamente, da necessidade, cada vez mais premente, de celeridade na prestação jurisdicional.

A dogmática identifica o princípio da oralidade, basicamente, como um metaprincípio que se subdivide em outros quatro, sem os quais ela não se caracteriza: o da identidade física do juiz, o da concentração, o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e o da imediatidade, sendo este o de maior relevância, por supostamente permitir a aproximação do juiz com as partes e com as provas produzidas no processo, isto é, garantir a coleta direta da prova pelo juiz e, por conseguinte, a sua maior afinidade com a causa. Trata-se, com efeito, do mais representativo e característico princípio do sistema oral.

A oralidade, portanto, só se configura, na visão dogmática: 1) se o juiz que colher as provas orais for o mesmo que julgar a causa (identidade física do juiz); 2) se os atos processuais forem concentrados em único momento, a fim de que o juiz preserve-os em sua memória até o momento da prolação da decisão (concentração); 3) se o processo não for truncado por constantes interrupções advindas da interposição de recursos à instância superior (irrecorribilidade das decisões interlocutórias); 4) se o juiz colher a prova oral pessoalmente, participando, de forma efetiva e direta da fase instrutória do processo (imediatidade).

⁶ Os autos processuais são a representação física do processo. É o conjunto das peças do processo, correspondendo à sua efetiva materialização. Guedes (2003) menciona que os autos possuem “demais de um valor real, palpável e quantificável, outro imaterial, intangível e simbólico, um valor ‘sagrado’, que ultrapassa sua finalidade imediata e prática. Como representação gráfica do litígio, é cercado na sua formação por normas e formalidades [...]”.

⁷ O formalismo aparece como fruto do processo escrito, no entanto, reputo relevante destacar que, mesmo a oralidade, quando aplicada no processo, é repleta de exigências formais. Há toda uma “etiqueta” exigida pelo campo para que as manifestações orais sejam realizadas. Por exemplo, a parte tem de chamar o Juiz de Excelência e, além disso, tem assento específico. Se um advogado, em uma sessão de julgamento no Tribunal de Justiça, desejar esclarecer para o Desembargador Relator do seu processo algum fato que tenha ficado obscuro, precisa pedir a palavra ao Presidente da Câmara, pronunciando, necessariamente, a expressão “Pela ordem, Sr. Presidente”. E, aqueles que não se atêm a essas normas, são veementemente repreendidos, como se tais regras fossem de conhecimento público e somente pessoas desqualificadas não as conhecessem; o que parece absurdo, tendo em vista que as pessoas não são socializadas para entender o Direito e as suas regras, tão próprias e peculiares.

⁸ Tereza Gaulia (2003) ressalta que “[...] somente a partir desta nova fórmula, é que o Magistrado passará a estar mais próximo dos problemas sociais da comunidade em que atua, uma vez que conseguirá, através da multiplicidade de problemas e conflitos cotidianos da população, em primeiro lugar, vivenciar a alteridade, que os gabinetes e a própria estrutura corporativa do Judiciário impossibilitam, e, em segundo plano, reconhecer as aflitivas situações que se abatem sobre as pessoas comuns.”. Embora não seja, diretamente, o assunto que me propus a tratar, o final da manifestação da magistrada sugere uma idéia - de certa forma presente no campo do Direito - de que os juízes não são “pessoas comuns”.

⁹ No sistema oral, a sentença não nasce do estudo metódico e calculado dos autos, mas sim do diálogo franco e aberto entre o julgador, as partes e as testemunhas, de modo que o livre convencimento do magistrado apareça firmemente enraizado à situação concreta posta sob sua apreciação, e não decorra de alguma reflexão fria sobre “o que se disse que é a causa [...]”. Ver: REIS,

Neste ensejo, adiante, desde logo, que o princípio da oralidade, tal como imaginado ou interpretado pela dogmática, só existe no "mundo dos manuais". As práticas judiciárias sugerem que, por diversos fatores - notadamente, como dito acima, a necessidade imperiosa da celeridade do processo - a materialização desse ideal dogmático é irrealizável e, por conseguinte, a aplicação desses quatro subprincípios, uma ficção, motivo pelo qual se impera, no processo civil, a supremacia da escrita, como apontam os rituais judiciários¹⁰.

3. A REPRESENTAÇÃO EMPÍRICA DA ORALIDADE PROCESSUAL

Nas entrevistas realizadas com juízes e advogados, pretendi verificar qual seria a representação do conceito de oralidade no campo.

A impressão que a doutrina causa sobre a aplicação da oralidade no processo não corresponde à percepção empírica que se tem da representação desse princípio.

É muito curioso o que ocorre quando comparamos o discurso dogmático com o empírico porque na dogmática - como se viu - a oralidade tem uma conotação imensamente positiva, ela é romanceada pelos doutrinadores, ao passo que no discurso dos operadores, que lidam com a oralidade em seu cotidiano - e aqui se verifica isso muito mais no discurso dos juízes do que no dos advogados - ela é opostamente vista com uma conotação negativa. É tida como algo que atrapalha o bom andamento do processo e que não tem destinação, de fato, útil.

No discurso dos advogados entrevistados ainda se vislumbram resquícios positivos acerca da oralidade. O conceito de oralidade, para eles, vincula-se à realização dos atos processuais, em audiência ou em julgamentos, na forma não escrita. A oralidade é, para esses operadores, "a prática dos atos processuais previstos no Código de Processo Civil, sendo que de forma não escrita."; estando "representada por toda e qualquer 'palavra' dita verbalmente em audiência ou em sustentações realizadas nos tribunais"; significando "a instrumentalização dos atos processuais, mediante o uso da palavra oral, preferencialmente, sem a sua redução a termo nos autos."

Aparece, curiosamente, com bastante frequência, atrelada ao aspecto da imediação e da celeridade processuais, destacando-se nos discursos a idéia de que: "a oralidade é o instrumento que objetiva dar maior celeridade ao processo, pois as partes, ao invés de apresentarem defesa escrita, apresentam-na oralmente"; "trata-se de um mecanismo célere na condução da lide, por parte do julgador"; sendo certo que "o conceito de oralidade significa a introdução de fases no processo em que se privilegie o contacto direto do juiz com as partes", bem como "a minimização das burocracias".

Nesse contexto, a oralidade é vista, pelos advogados, como o instrumento que viabilizaria a rapidez do trâmite dos processos e que permitiria o contacto físico e direto entre o juiz e as partes, evitando a burocracia¹¹. Ou

Nazareno César Moreira. A oralidade nos Juizados Especiais Cíveis Federais. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 373, 15 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5439>>. Acesso em: 29 nov. 2005.

¹⁰ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (1997, p. 329) chamam a atenção para a inaplicabilidade desses princípios na prática judiciária: "[...] certos princípios, dados por infalíveis, não tiveram fortuna na prática: assim, a identidade física do juiz, a relativa irrecorribilidade das interlocutórias, a imprescindibilidade da audiência e debates orais."

¹¹ A problemática da burocracia - tida como inerente aos processos escritos - aparece, também, nas entrevistas realizadas com os juízes, destacando-se o seguinte trecho de uma que me foi concedida por um Juiz titular de uma das Varas Cíveis da Comarca do Rio de Janeiro: "O sistema é burocrático, tem muito papel. Foi feito para burocratizar tudo. Mesmo quando você quer fazer coisas para simplificar, às vezes não consegue. Por mais que você tente, você não consegue só com boa vontade. Eu já cheguei a essa conclusão há muito tempo, você não consegue um resultado melhor só com a sua vontade pessoal."

seja, exatamente o inverso daquilo que sustentam os Juízes quando justificam os motivos pelos quais não consideram relevante a realização de audiências, por exemplo.

Portanto, no discurso dos magistrados, ao contrário, o que se verifica não é uma representação vantajosa do tema.

O conceito de oralidade, na visão dos juízes que entrevistei¹², possui uma vinculação direta com o tema da prova¹³. A oralidade é vista, pelos Juízes, simplesmente como um meio de prova a ser produzido no processo, na fase de instrução, isto é, em audiência. Todavia, como um meio de prova que atrapalha o curso do processo, por ser ineficaz, que dificulta a “distribuição da justiça” e que, ao final, impede que realizem um bom trabalho.

“Eu acho que, na prática, nem precisaria de oralidade. Em vara cível. Digo pelas varas cíveis. Isso se resumiria à fase de audiência. Como eu vou ficar fazendo uma petição inicial oral, contestação oral, uma réplica oral? Não tem cabimento, entendeu? Não sei a que se resumiria isso. Qual seria o benefício disso em Vara Cível? Tem tantas outras coisas que a gente pode fazer para diminuir o volume, para diminuir o tempo de processamento, sabe? A nossa lei permite um monte de recursos que não deveriam existir. Nossa, a gente espirra e dá uma decisão de qualquer besteira, vem agravo, agravo, agravo ... O processo fica um monstro por causa de todos os incidentes que vão acontecendo [...] até porque também, a nossa natureza está arraigada de provas, documentos, papéis [...] e também não é só isso ... é que é uma prova não muito útil mesmo. A prova oral não é muito útil. Você perde tempo, 1h ou 1h e meia e não vem a contribuição que você quer”.

(Entrevista formal concedida por uma Juíza de Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro)

“Eu sei que há autores que defendem uma maior oralidade nos processos. Eu confesso a você que eu penso de forma diferente. Para mim, a oralidade é só nos casos estritamente necessários porque a oralidade ela acaba sendo um entrave para o normal prosseguimento dos processos. Não vejo a oralidade como algo necessário. Aliás, acho que pode ser até prejudicial”.

(Entrevista formal concedida por um Juiz titular de Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro)

“Toda a rotina do Direito Brasileiro é baseada nos documentos e nas peças escritas. Não adianta. Essa rotina vem do Direito Português, é uma tradição, ao contrário do *common law*. É difícil você fazer um profissional do Direito sair de sua rotina. Então, o princípio

¹² A pesquisa, como adrede asseverado, foi realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo que, mais especificamente, observei as práticas efetivadas nas Varas Cíveis da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

¹³ Esta representação assimila a idéia constante na exposição de motivos do atual Código de Processo Civil que mitiga a oralidade, tornando-a prevalecente apenas em audiências onde seja necessária a produção de prova oral.

da oralidade é consagrado, mas não tem aplicabilidade por causa dessa rotina, dessa tradição”.

(Entrevista formal concedida por um Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).

“Eu acho que é um princípio válido, que tem os seus benefícios, só que eu acho que no nosso sistema processual, principalmente estando em uma Vara Cível, ele mais atrapalha do que ajuda. No processo civil mesmo, regido pelo Código, ele é um princípio que não funciona. Nós temos uma tradição de Direito escrito. É um princípio muito bem intencionado, mas acho que na prática ele não funciona”.

(Entrevista formal concedida por uma Juíza de Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro)

A prova oral é extremamente desvalorizada no processo civil tanto porque a “mentira” é o pressuposto vigente no sistema, quanto porque tal meio probatório é tido como subsidiário à escrita. Ou seja, os Juízes pressupõem que as pessoas vão ao Judiciário mentir, por estarem, necessariamente, comprometidas com alguma das partes, sendo, logo, “parciais”. Além disso, há um comportamento estereotipado que deve ser adotado por todos diante do Juízo, sob pena de desconfiança. Se, por acaso, as testemunhas - ou mesmo as partes - forem a Juízo e não confirmarem o que consta, por escrito, nos autos processuais, ou titubarem, ou gaguejarem, quando perguntadas sobre os fatos que ensejaram a ação judicial, supõe-se que estão mentindo e, conseqüentemente, desconsidera-se o seu depoimento. Assim, trata-se de uma prova ineficaz. É esta a concepção do campo.

“Na audiência deve-se confirmar oralmente as declarações já anunciadas por escrito [...] Frequentemente, a declaração oral não será mais que um evocar das escritas, uma referência às escrituras [...]”. (CHIOVENDA, 1938, p. 56)

“Se eu tenho um documento dizendo uma coisa e vem aqui uma testemunha que eu não sei nem quem é e me diz outra, é óbvio, eu vou acreditar no documento. A menos que essa testemunha seja muito, mas muito valiosa mesmo ... assim, que seja uma testemunha muito especial, se for uma testemunha comum não [...] teria que ser alguém de muita confiança mesmo, alguém por quem eu tivesse muita credibilidade.”.

O fator preponderantemente influente na desvalorização da prova oral no processo civil, diz respeito, portanto, à descrença dos Juízes nos depoimentos prestados. Isso se dá porque, na concepção jurídica, a verdade não é revelada pelas partes, ela é desvendada pelo Juiz. A verdade jurídica está acima das partes e, portanto, as pessoas não podem contribuir para a sua descoberta. É próprio do sistema inquisitorial, cujas raízes se fazem presentes em

nossos procedimentos, desqualificar e desconfiar do discurso dos tutelados. Mas este tema, embora relevante, não será aqui abordado.

O discurso de outro magistrado que entrevistei corrobora a idéia:

“Raramente eu me surpreendo com o que ocorre na audiência. Em geral, está tudo no processo. Você já sabe, na verdade, o que o cara vai dizer. Você sabe ... ele vai dizer o que está sustentando no processo. Se não é assim, ele vai ou mentir ou omitir ou dizer que não lembra. O ser humano é muito previsível, ele é previsível por natureza. Você sabe mais ou menos o que ele vai dizer. Aí, nesse sentido, o ato da audiência não serve muito. Por isso.”.

(Juiz Titular de Vara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro)

A verdade é fruto dos operadores, cabendo às partes, apenas acatá-la. A oralidade não pode, portanto, operando neste sistema, ser categorizada como uma forma consensual de construção da verdade jurídica, pelas partes.

E aí surge uma questão recorrente: a necessidade de o Juiz ter um “feeling” para perceber quando a pessoa está falando a verdade e quando ela está mentindo.

A idéia dos Juízes como representantes e ministros da verdade (GARAPON, 1997) relaciona-se a esse fato e acaba por conformar esse sistema. Entende-se que o Juiz é uma pessoa com sensibilidades aguçadas e especiais, de modo que tem facilidade para enxergar as verdadeiras intenções do depoente e vislumbrar se o que diz é ou não verdade.

O discurso dos Juízes, em campo, coaduna essa lógica:

“A impressão pessoal do Juiz conta muito. Na verdade, também pode falhar porque é um ser humano. Às vezes você faz uma leitura de que uma pessoa deu um depoimento coerente e não é. Tem também a análise do depoimento junto com todos os demais fatores. O que a testemunha fala não é lei. Mas o Juiz, pela experiência, acaba sabendo. A gente acaba desenvolvendo um “feeling”. O Juiz tem que ter aquele “feeling” para valorar a prova oral. Para tanto, ele até adverte a testemunha de que tem o crime de prestar falso testemunho. O Juiz tem que ter o “feeling” para ver como é que está a colheita daquela prova e, inclusive, se for necessário, até fazer uma acareação, colocar uma testemunha na frente da outra. Eu nunca tive esse problema não, mas ... o juiz pode também fazer isso.”.

(Juíza Titular de Vara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro)

Desse modo, enquanto o processo buscar uma verdade transcendente, a ser revelada unicamente pelo Juiz, na decisão judicial – conforme se demonstrará mais adiante – e enquanto estiver fulcrado no princípio do

contraditório (que exige a interferência de um terceiro na relação processual, com poder de autoridade, para escolher a tese prevalecente), as próprias partes envolvidas no conflito não chegarão a consenso algum e a sua participação ficará, necessariamente, condicionada à de terceiros, que elas representam, ficando silente a sua própria voz.

É também por isso que, na prática, se opta pela prevalência da escrita, que é tida como um meio de prova mais seguro. O discurso dos juízes, inclusive, aponta essa notória preponderância empírica da escrita no processo civil.

“Realmente, não há lugar hoje para aquele juiz de antigamente que fazia as audiências, falava ... Eu prefiro no papel, é muito mais produtivo. Enquanto no papel eu saneio dez processos eu talvez não consiga sanear nem a metade se eu tiver de fazer audiência. Não há lugar, simplesmente não há lugar para aquele juiz que conversa ali ... imagine se tivermos de fazer isso em todos os processos! Agora, o que a gente faz, o que a gente deve fazer? Bom, através do próprio processo eu despacho e peço esclarecimentos. Eu vou compoendo a situação através dos esclarecimentos escritos dos advogados. Agora, há situações em que não há como prescindir dessa oralidade, mas só no caso em que há efetivamente a necessidade de uma prova oral. Senão, o escrito é muito melhor, muito mais produtivo.”

(Juiz em exercício em Vara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro)

Além dessas questões, impõe destacar outro fator que, somente o “campo”, foi capaz de me fazer entender ou visualizar: os inúmeros significados que a oralidade possui dentro do próprio Direito; significados estes encobertos no discurso jurídico, que parece acreditar ser a oralidade uma categoria de dimensão única.

Os dados coletados durante a pesquisa demonstram que a oralidade se apresenta de diferentes formas no processo e que, por conseguinte, esta categoria jurídica requer sejam feitas algumas especificações (e distinções) que, por sua vez, nem a Lei, nem a doutrina, nem a jurisprudência sobre o tema destacam; o que, aliás, reforça a necessidade de se pesquisar os institutos jurídicos conjugando-os à empiria, sob pena de não serem compreendidos por completo.

No momento em que se investigam os rituais e as práticas judiciárias, as inúmeras representações acerca da oralidade exsurtem com clareza e o discurso dos interlocutores, destacando as práticas, também as absorve.

Um exemplo disso já foi apontado: os advogados consideram-na como um mecanismo que atua em favor da celeridade processual, ao passo que os magistrados, ao contrário, absorvem-na, justamente, como um obstáculo à efetivação do princípio da celeridade.

O campo aponta, além disso, outras especificidades.

Uma modalidade de oralidade no Direito Brasileiro que a pesquisa de campo ajudou a perceber é a que acontece na 1ª instância e se caracteriza, basicamente, pela mera presença das partes, dos advogados e das testemunhas diante do Juiz, como ocorre nas audiências, onde a oralidade é reconhecida mesmo quando as partes e testemunhas – presentes fisicamente – não têm a oportunidade de falar.

A oralidade, na 1ª instância, é, pois, materializada através das audiências. Vale dizer que a presença física das partes, do juiz, das testemunhas ou dos advogados, por si só, não a define, tendo em vista que, muitas vezes, estão desvinculadas. Há muitos atos processuais que exigem apenas a presença das partes, estando estas na audiência e o juiz não (audiências conciliatórias). Há momentos em que o juiz está com os advogados na audiência e as partes não (audiência do art. 331). Há atos em que apenas as testemunhas estão presentes, sem os advogados e sem as partes (audiências específicas para a oitiva de testemunhas, quando realizadas, por exemplo, por via de carta precatória). E, mesmo assim, em todos esses casos, a oralidade se caracteriza, independentemente da presença física simultânea de todos os "atores" do processo.

Destarte, não é necessariamente a presença de todos os atores do processo no Tribunal que caracterizam a materialização da oralidade, entretanto, mais especificamente, a realização da audiência, em si, conforma, para o campo, a observância da oralidade no processo¹⁴.

Outra modalidade de oralidade é, por exemplo, caracterizada na 2ª instância e se manifesta apenas internamente no âmbito do julgamento, ou seja, entre os operadores integrantes do cenário: os advogados das partes e os desembargadores. Nesta modalidade de oralidade, os desembargadores¹⁵, por força de lei, permitem que os advogados das partes usem a palavra oral para defendê-las, desde que se atenham ao trato da questão em causa e às técnicas processuais a ela pertinentes, não havendo qualquer participação pessoal das partes, sendo a presença delas dispensada nesta fase.

Quer dizer, o significado das manifestações processuais orais na 1ª instância diverge, completamente, daquele da 2ª instância e, para a problemática da construção da verdade jurídica, a possibilidade de o sistema reproduzir lógicas discrepantes (e veladas) é bastante significativo, de modo que "esconder" as especificidades que diferenciam a oralidade, não contribui e não ajuda a entender o sistema em que ela se materializa.

Como visto, portanto, o princípio da oralidade não só possui definição dependente daquela exposta em relação aos subprincípios dele derivados, como também, atua sob distintas categorizações, que impedem uma conceituação única do tema, como a dogmática costuma sustentar.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados empíricos que serviram de base a este trabalho apontam que, diferentemente do que profere o discurso "teórico" do Direito, as práticas judiciais descartam as manifestações orais do processo.

Como visto, o processo civil brasileiro pode tramitar do início ao fim sem que a parte sequer compareça ao foro, ou seja, é viável, legítimo e jurídico que um processo transcorra do início ao fim sem que as partes jamais vejam

¹⁴ Chiovenda (1938, p. 177) explicita "[...] dizer processo oral é designar a 'audiência' como o campo de ação das partes e do juiz [...] dizer oralidade é quase o mesmo que dizer concentração.". Gonçalves de Oliveira (1938, p. 93) destaca que o processo civil, por ser misto, tem uma base escrita e uma oral, sendo esta materializada na audiência. De igual sorte, Cunha Barreto (1938) e Antonio Pessoa Cardoso (2002) ressaltam, respectivamente, "oralidade e concentração são a mesma coisa" e "oralidade significa concentração". A concentração é, justamente, o subprincípio configurador da oralidade que consiste na realização da audiência. A concentração se configura por "colocar o juiz em contacto com as partes, testemunhas, peritos, não como se processa no regime da escrita, onde este contacto existe de modo inexpressivo [...] é um contacto real, no qual o juiz colhe, com sua experiência, sangue frio, bom senso e agudeza de observação, a emotividade dos gestos e das palavras, podendo aquilatar sua sinceridade." (CUNHA BARRETO, 1938, p. 202).

¹⁵ São denominados desembargadores os magistrados que atuam no Tribunal de Justiça do Estado. Em Buenos Aires, são equivalentes aos *camaristas*.

o Juiz, sem que se realize uma única audiência, enfim, sem que se ouçam as pessoas envolvidas naquele conflito levado ao Judiciário.

O processo tem-se limitado à troca de petições escritas entre os advogados e o Juiz, bem como a um ilimitado número de decisões judiciais escritas, muitas vezes proferidas por funcionários, por delegação dos Juizes, desaguando, ao final, em uma sentença, também escrita, que decorrerá da opção ou da escolha discricionária do Juiz por uma das teses debatidas no curso do processo.

Nota-se, pela análise dos rituais judiciários, que a dogmática descreve os institutos jurídicos desconsiderando a empiria e trata o saber jurídico como um campo abstrato do conhecimento, cuja pretensão é explicitar a forma como as práticas “devem ou têm de ser”, não como de fato são. Cuida-se de uma maneira peculiar de lidar com o conhecimento, voltada a categorizações ideais, não pragmáticas, tal como, por exemplo, se verifica no estudo da Filosofia.

Esta pode ser uma justificativa para o fato de o campo “teórico” do Direito desconsiderar que todas essas questões práticas aqui destacadas estão acontecendo e permanecer sustentando que o princípio da oralidade – garantia fundamental do processo - se configura a partir da materialização dos subprincípios que o suportam.

Os dados trazidos demonstram que tanto a legislação quanto as práticas judiciárias legitimam um processo do qual as partes, efetivamente, não participam. A integração dos maiores interessados na solução do conflito levado ao Judiciário – as partes - não se concretiza, empiricamente, no 1º grau de jurisdição. Sempre que possível, a sua representação é feita através de seus advogados e, igualmente, toda vez que se faz viável a adoção de práticas escritas no lugar de manifestações orais que permitiriam um diálogo ou um contacto entre todos os “atores processuais”, estas são apartadas em prol daquelas.

Um processo não transcorre sem a participação dos advogados; sem a participação do Juiz; sem a participação do perito; sem a participação dos funcionários; mas o seu curso se verifica, normalmente, sem a participação das partes, seja autora seja ré.

A presença física das partes no sistema processual vigente é absolutamente descartável e a audiência, característica fundamental da oralidade, transcorre perfeitamente sem o seu comparecimento.

Nesse contexto, a oralidade prestigiada na teoria é, ao revés, afastada. É certo que existem rasgos de oralidade no processo civil; existe, ocasionalmente, uma participação efetiva do Juiz na condução do processo; existe um contacto físico dele com as provas e com os advogados; existem manifestações processuais orais; mas a intensidade com que essas manifestações ocorrem não é nada parecida ao que sustenta a dogmática, razão pela qual, alçar a oralidade à categoria de garantia, é desvirtuar e anular aquilo que se infere no cotidiano dos Tribunais.

É deveras prejudicial à oralidade o fato de as partes não atuarem na condução do processo. Elas são nitidamente afastadas da relação processual, exercendo um papel de mero espectador dos atos processuais. As partes, em nosso sistema, são representadas pelos advogados; suas falas são traduzidas pelos Juizes; seu comportamento é controlado; suas manifestações subjetivamente interpretadas; sua voz não é ouvida. Assim, as partes não partilham o processo com os demais atuantes, esperando a verdade ser ditada pelo Juiz; um terceiro que, através da sua convicção íntima, escolhe qual versão dos fatos deve prevalecer (a do autor ou a do réu) na sentença.

Tudo isto aponta um fato curioso, ao menos, em minha opinião: o de que os Tribunais atuam independentemente dos cidadãos. Quiçá, *apesar* dos cidadãos, sendo este aspecto um importante dado para se pensar a crise de legitimidade desse campo.

O cotidiano dos Tribunais é normalmente constituído de rituais desconhecidos pelos cidadãos, e até mesmo pelos acadêmicos de Direito, que, embora com eles não sejam socializados, a eles têm de se curvar, o que cria um sério problema de legitimidade para este campo, que quer se impor a qualquer custo, sem, no entanto, dialogar com aqueles a quem se destina.

O campo do Direito está preso à idéia de que a verdade que as partes esperam é a sentença. Um Juiz por mim entrevistado disse-me isso literalmente: "O que as partes querem é a sentença.". No entanto, ao revés, os dados mostraram que o diálogo e o consenso seriam o caminho que proporcionaria a construção de uma verdade consensual e a legitimidade do Judiciário. Muitas pessoas por mim entrevistadas disseram-me que, para elas, o mais importante, seria ter a oportunidade de se manifestar diante do Juiz.

Um magistrado por mim entrevistado durante a pesquisa, querendo justificar que o contacto dos cidadãos com o Judiciário não resolveria o problema da administração dos conflitos pelos Tribunais, acabou por descrever o contrário, manifestando-se:

"Essa questão da parte ter acesso direto ao juiz é lógico que é muito importante, mas ela não é a solução de todos os problemas não. **Às vezes a parte vem aqui e não está preocupada em convencer o julgador, ela quer aproveitar aquela oportunidade para convencer a outra parte de que ela que está certa** e isso não interessa. Ela tem que convencer o julgador, não a parte contrária. Então, você tem que intervir e mostrar a elas **'vocês estão perdendo muito tempo porque o convencimento tem que ser do julgador**, não da parte, então, não adianta bater boca'. **A audiência para elas é uma catarse. As partes esquecem que não têm que resolver o problema entre elas. Elas acham que têm que falar entre elas o que querem; como estão com os seus advogados, sentem a liberdade para falar o que desejam; quando na verdade a finalidade do processo não é essa; é uma pacificação social através da concretização do Direito** e isso aí é um problema sociológico, não sei, uma assistência social, enfim ... Mas as partes aproveitam o encontro no Tribunal para fazer isso, discutir."

Essa passagem guarda em si uma interessante contradição. Os Juízes estão de tal forma atuando mecânica e inconscientemente, que sequer percebem: o que fazem, para que fazem e por que o fazem.

O Direito não enxerga que a finalidade do Judiciário talvez seja outra, que não extinguir processos formalmente. Administrar o conflito entre as partes do processo, por via do consenso, por exemplo, seria um importante papel a ser exercido pelos Tribunais, mas os operadores dele não se dão conta.

Da pesquisa surge uma questão, um problema, que se poderia traduzir na seguinte pergunta: existe conexão entre o que o Direito quer oferecer e o que a sociedade quer que ele ofereça?

A narrativa contada pelo Juiz aponta que as partes queriam conversar e aproveitaram-se daquele momento com esse intuito. Entretanto, o Juiz, representante do Estado na administração do conflito, queria buscar a verdade e desvendá-la, através da sentença, sendo certo que, nesse objetivo, a participação das partes é descartada, de modo que o diálogo entre elas configura mais um empecilho do que uma solução.

Infere-se do discurso dos magistrados que as partes são, a todo o momento, afastadas da administração do conflito, que é transferida ao Estado, na pessoa do Juiz.

Nesse sentido, nota-se que a busca da verdade jurídica é um resultado a ser alcançado pelo operador do Direito - através do seu convencimento sobre as provas constituídas no curso do processo - e não pelas partes diretamente interessadas na solução do conflito levado ao Judiciário, por via de um diálogo consensual.

Por derradeiro, encerro este *paper* com a manifestação de magistrados que apontam com clareza a desconstrução do discurso dogmático idealizado pelos juristas acerca do tema da oralidade:

“Eu só acho que no nosso sistema jurídico, com a quantidade de recursos que a gente tem e com a quantidade de incidentes que a gente tem, principalmente em varas cíveis, a oralidade fica bastante reduzida, bastante reduzida mesmo. O que o juiz pode fazer para que ela se materialize mais é em sede de audiência, mas é praticamente nulo o princípio da oralidade no processo civil, em varas cíveis. A gente não utiliza ele mesmo, você, certamente, vai ver isso na sua pesquisa. E eu acho muito difícil que venha a se implantar em vara cível o princípio da oralidade de forma mais intensa, pelo menos acho que nos próximos 20 anos isso realmente não vai acontecer”.

(Juíza titular de Vara Cível da Comarca da Capital)

“Um juiz hoje não pode se dar ao luxo de ficar fazendo as audiências porque as partes querem, ou ouvir todo mundo porque as pessoas querem falar. Não pode. Não pode. Ele pode dar uma bela sentença escrita. Ele pode ser uma pessoa excepcional; dar uma bela decisão. Mas se ele não tem pulso, se ele deixa que coisas inúteis se produzam no processo, ele, no fundo, está prejudicando a distribuição da justiça.”.

(Juiz em exercício em Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro)

A nossa cultura jurídica, de fato, representa a coexistência de um “direito formal pouco aplicado e de um direito consuetudinário nunca formulado”. (GARAPON, 1997, p. 179).

A oralidade está subjugada no nosso sistema judiciário e, na minha hipótese inicial de trabalho, ela poderia ser um importante instrumento de aproximação entre os Tribunais e os cidadãos. Ocorre que, no choque com o princípio da celeridade, a oralidade perde e, diante disso, vem sendo, cada dia mais, pelas

práticas, descartada, cabendo, ao cidadão, nada mais do que se sujeitar às decisões judiciais, ainda que elas sejam tomadas sem a sua participação e sem considerar o seu efetivo pleito.

Nesse sentido, o processo civil brasileiro se apresenta predominantemente de forma escrita e, mesmo os rasgos de oralidade que perduram na legislação são, empiricamente, por força dos rituais, tolhidos e, em sendo assim, a administração dos conflitos é imposta à sociedade, através da decisão judicial, de modo que, em não sendo legitimada pelos interessados, o conflito é devolvido do Judiciário para a própria sociedade, em vez de ser solucionado (KANT DE LIMA, AMORIM, BURGOS, 2003).

Tenho a sensibilidade – despertada pela pesquisa - de que enquanto o Direito se utilizar dos seus próprios mecanismos teóricos para buscar o aprimoramento do seu sistema, as mudanças não se efetivarão.

O princípio da oralidade poderia ser um instrumento eficaz a proporcionar uma nova forma de administração dos conflitos pelo Judiciário, legitimada pelo consenso, mas, por enquanto, por mais paradoxal que possa parecer, a oralidade está restrita aos papéis impressos nos manuais da dogmática.

BIBLIOGRAFÍA

- AMORIM, Maria Stella de. e outros (Org.) (2005). *Ensaio sobre a igualdade jurídica: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, introdução.
- AMORIM, Maria Stella de. e outros (Org.) (2003). *Juizados Especiais Criminais, Sistema Judicial e Sociedade no Brasil: ensaios interdisciplinares*. Niterói: Intertexto, 2003, introdução.
- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti (2008). *Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- _____ (2007). "O Direito a partir de um outro olhar: as contribuições da antropologia na pesquisa jurídica". *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, dez. 2007, v.21, 43-66.
- CARDOSO, Antonio Pessoa (2002). *Processo sem autos: oralidade no processo*. Curitiba: Juruá, 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1938). "Procedimento Oral". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, maio 1938, v. 74, 41-64.
- CUNHA BARRETO (1938). "Oralidade e Concentração no Processo Civil". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, maio 1938, v. 74., 65-76.
- DAMATTA, Roberto (1979). "Você sabe com quem está falando?" In: _____. *Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, 139-193.
- DINIZ, Maria Helena (1985). *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GARAPON, Antoine (1997). *Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- _____ ; PAPADOPOULOS, Ioannis (2003). *Juger en Amérique et en France: deux cultures juridiques distinctes*. França: Odile Jacob, 2003.
- GAULIA, Cristina Tereza (2003). "O Princípio da Oralidade na Lei nº 9.099, de 26/9/1995 – Uma Releitura Substancialista". In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (Org.). *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 511-524.
- GEERTZ, Clifford (1978). "O Impacto do Conceito de Cultura sobre o Conceito de Homem". In: _____. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1978, 45-66.
- GRECO, Leonardo (2005). *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- GUEDES, Jefferson Carús (2003). *Princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- KANT DE LIMA, Roberto (1983). "Por uma Antropologia do Direito no Brasil". In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Pesquisa Científica e Direito*. Recife: Massangana, 1983, 89-116.
- _____ (1992). "Tradição inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da devassa ao inquérito policial". *Religião e Sociedade*, Rio de Janeiro, nov. 1992, v. 16, n.1/2, 94-113.
- _____ (1995). *A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____ (1996). "Pluralismo jurídico e construção da verdade judiciária no Brasil: inquirição, inquérito, júri". In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS: territórios da língua portuguesa – culturas, sociedades, políticas, Rio de Janeiro, Anais, IV, set. 1996, 165-171.
- _____ (2004). "Direitos Cíveis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana?". *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, 2004-a, v. 18, 49-59.

LEAL, Vitor Nunes (1938). "Ignorância, rotina e chicana – os três maiores inimigos do Processo Oral". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, maio 1938, v. 74, 251-254.

MORATO, Francisco (1938). "A Oralidade". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, maio 1938, v. 74, 141-148.

OLIVEIRA, A. Gonçalves de (1938). "Oralidade e Tradição". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, maio 1938, v. 74, 93-95.

PLURALISMO JURÍDICO Y DOMINACIÓN

Por Pablo Campaña

RESUMEN

Este ensayo plantea cómo estudiar y fortalecer los ordenamientos jurídicos extraestatales. Primero reafirma la existencia de estos ordenamientos en Latinoamérica e indaga por qué la academia –generalmente- los invalida. Después sostiene que tal descalificación se debe a que los dichos ordenamientos desafían el dogma jurídico/político de que el derecho se legitima en la voluntad de los miembros de una sociedad. Por su misma existencia, los ordenamientos jurídicos extraestatales son una manifestación de lo que Michael Foucault llamó el discurso del *historicismo político* que plantea que: el origen de las instituciones de poder –entre estas el derecho- no se encuentra en la referida voluntad sino en las luchas y confrontaciones históricas de poder. En este marco, el ensayo propone el proyecto genealógico de Foucault y el diálogo de saberes planteado por Paulo Freire, como herramientas de estudio con los saberes jurídicos sometidos para fortalecer los ordenamientos jurídicos extraestatales.

PALABRAS CLAVE

Pluralismo Jurídico, Ordenamientos Jurídicos Extraestatales, Movimientos Sociales, Historicismo Político, Saberes Sometidos, Diálogo De Saberes, Genealogía Del Poder.

LEGAL PLURALISM AND DOMINATION

By **Pablo Campaña**

ABSTRACT

This essay wonders how to understand and strengthen non-state legal systems. It begins by emphasizing that non-state legal systems do exist in Latin America and explores why, in most cases, they are invalidated by academia. It suggests that this invalidation occurs because non-state legal systems question the juridical-political dogma that affirms that the State's law rests and is legitimated in the will of society's members. This essay furthers that non-state legal systems are a manifestation of what Michel Foucault called the discourse of political historicism, which claims that the origin of the institutions of power, including the Law, is not found in the aforementioned will, but in history's confrontations of power. In this framework, this essay proposes Foucault's genealogical project and Paulo Freire's "dialogue of understandings" as tools that can contribute towards the study of submitted knowledge and the strengthening of non-state legal systems.

KEYWORDS

Legal Pluralism, Nonstate Legal Systems, Social Movements, Political Historicism, Submitted Knowledge, Dialogue Of Understandings, Genealogy Of Power

PLURALISMO JURÍDICO Y DOMINACIÓN

Por Pablo Campaña*

Introducción

Desde hace alrededor de 30 años, una corriente de la teoría crítica del derecho plantea que en Latinoamérica existen sistemas jurídicos extraestatales en determinadas organizaciones sociales, pueblos indígenas y periferias urbanas. La mayor parte de los teóricos del derecho no mencionan estos sistemas, otros los descalifican por no ser jurídicos¹.

En este ensayo desarrollo tres planteamientos. Primero, sostengo que en Latinoamérica efectivamente existen ordenamientos jurídicos extraestatales y que estos se caracterizan por emerger de grupos marginales. Después, sostengo que la desclasificación o silencio de la doctrina ante estos fenómenos se debe a que estos últimos cuestionan una premisa dogmática jurídica fundamental para la ciencia del derecho: la afirmación de que el origen del derecho estatal descansa y se legitima en la voluntad de los destinatarios de las normas. Para esto me remito al análisis del surgimiento de esta premisa que realiza Michel Foucault, quien encuentra la raíz de este dogma en los trabajos de Thomas Hobbes en el siglo XVII y determina que esa filosofía tuvo como propósito bloquear el discurso del historicismo político que señala que el origen de las instituciones de poder –entre estas el derecho- no se encuentra en la voluntad sino en las luchas y confrontaciones históricas de poder.

Posteriormente analizo cómo ese discurso histórico de las luchas y confrontaciones explica con mayor profundidad el hecho de que grupos segregados tengan ordenamientos jurídicos extraestatales. Finalmente, propongo que los términos de diálogo de saberes, planteados por el filósofo Paulo Freire, dan luces de cómo los juristas podríamos aproximarnos a ordenamientos jurídicos extraestatales en orden de consolidarlos.

Pluralismo

La primera tarea de este escrito es determinar si existen normas que se producen fuera del monopolio estatal; para esto hay que señalar que entiendo por pluralismo jurídico la multiplicidad de ordenamientos jurídicos en un mismo espacio sociopolítico, exigiendo obediencia a las mismas personas. En Latinoamérica un trabajo referencial fue el de Boaventura de Sousa Santos, quien analiza cómo en una favela las personas habitan sus viviendas sin la necesidad de un título de propiedad y tienen prácticas procesales para resolver conflictos dentro de la favela, dejando relegado el derecho oficial, reivindicando el “derecho de asfalto” (Santos, 1977). Posteriormente existió un importante debate en Latinoamérica sobre otras formas de pluralismo y en la actualidad existen procesos

* Pontificia Universidad Católica de Ecuador, Ecuador.

¹ De los tres casos, son los ordenamientos jurídicos indígenas los que hoy por hoy son menos desacreditados por la teoría jurídica, aunque su autonomía no pueda sobrepasar la línea marcada por el Estado para no ser descalificados.

organizativos que también dan cuenta de la existencia de colectividades en las cuales se producen normas que regulan las conductas de sus miembros, tales como las organizaciones sociales, los pueblos indígenas y las periferias urbanas².

Entre los casos que se pueden mencionar está el del Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra (MST) de Brasil, cuya lucha tiene como objetivo el acceso a la tierra, la reforma agraria y transformaciones generales en la sociedad y en el estado. En el 2001 la base del MST estaba compuesta por 100.000 familias que vivían en campamentos de la organización. A pesar de tener reivindicaciones que se dirigen hacia exigencias al Estado, el MST tiene principios que regulan la conducta de sus miembros, por ejemplo: tener dirección colectiva, división de tareas, disciplina para respetar las decisiones de las instancias de la organización, el estudio, la formación de los miembros, los vínculos con la base. Así, Joao Pedro Stedile, miembro de la Dirección Nacional afirma: "si alguien está en la organización por su libre voluntad, tiene que ayudar a construir reglas y a respetarlas, tiene que tener disciplina, tiene que respetar al colectivo[...]. En mi opinión esos principios no denotan una naturaleza partidaria: Denotan una naturaleza de organización social. Tal vez ahí sí cabría una polémica; hasta qué punto el MST dejó de ser sólo un movimiento social de masas, para ser una organización social y política" (Joao Pedro Stedile, 2003, 32-36, el subrayado es mío). Se podría profundizar mucho sobre las normas internas y el nivel de regulación existente en el MST, más cuando se considera que muchos de sus miembros viven en campamentos y las reglas del Movimiento (creadas por los miembros que viven en el campamento y la Dirección Nacional) regulan aspectos como la propiedad de la tierra, la repartición de los beneficios de las industrias agrícolas, los programas de educación y las controversias internas, actuando dentro y fuera del margen de la regulación estatal.

Mientras tanto en México encontramos el territorio autónomo zapatista, conformado por Consejos Autónomos Rebeldes, los Municipios Autónomos Rebeldes Zapatistas y las Juntas del Buen Gobierno que a su vez está resguardado por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, una estructura que tiene vigencia, muy por fuera de la voluntad de la legislación federal mexicana, desde el mes de agosto de 2003. Las normas de estos órganos, de acuerdo a la concepción zapatista del Mandar Obedeciendo, siguen las líneas decididas por las Asambleas Populares, que están abiertas a todas las personas. Además existen Comités de Vigilancia compuestos por personas que pueden supervisar la actividad de sus autoridades, quienes además no cobran sueldo (Aguirre, 2008, 32-42).

Existe entonces, un conjunto de normas que conforman estos órganos del buen gobierno. Entre los principios que promulgan los zapatistas y cuyo alcance apenas percibo están:

1. Obedecer y no mandar
2. Representar y no suplantar
3. Construir y no destruir
4. Unir y no dividir
5. Servir y no servirse
6. Bajar y no subir
7. Proponer y no imponer (citado por Aguirre, 2008, 39)

Así en México se configura una organización, que sin la pretensión de tomar el poder, está armada, guarda sus territorios con el pueblo armado y se organiza por sus propias normas, más allá de las normas Federales.

² Sobre la discusión del pluralismo jurídico en Brasil y en Latinoamérica, Oliveira Luciano, Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil. Notas para un balance, 2003.

En Bolivia podemos citar el caso de la ciudad de El Alto, situada junto a la capital y formada por las migraciones de campesinos -especialmente indígenas- a La Paz, donde *la llegada y la instalación en la ciudad fueron hechos comunitarios*, pues no ha sido el Estado sino las Juntas Vecinales, es decir los propios vecinos, quienes se han encargado de construir los primeros servicios públicos³. En esta ciudad las Juntas Vecinales emiten normas que van mucho más allá de lo establecido por la legislación estatal: son órganos colegiados conformados por vecinos que rotativamente la conducen (Zibechi, 2007, 55). Señala el sociólogo Pablo Mamani sobre las juntas:

“Acá para vender un lote el vecino se presenta a la junta vecinal que controla quién compra y quién vende, parecido al ayllu. Controla si no hay deudas pendientes que impiden su venta. También es el espacio para presentar al vecino nuevo, que ofrece su cerveza y pide que lo reciban como vecino nuevo” (en Zibechi, 2007, 55)

Además, muchos indígenas llegaron a El Alto con toda su familia, con quienes emprendieron actividades económicas y tienen normas de trabajo distintas a las establecidas en la legislación laboral (el 70% de la población trabaja en actividades económicas familiares). El mismo Mamani señala que en los momentos de movilización social es cuando se visualizan los *microgobiernos barriales* donde cada organización barrial se convierte en *centro de decisiones colectivas* (Mamani, citado por Zibechi, 2007, 155). Estas relaciones organizativas, sin duda barrocas por su complejidad, establecen derechos y obligaciones en el tejido social que son reguladas por normas distintas a las planteadas por el derecho estatal, normas cuya producción no descansa en las autoridades estatales sino en las comunitarias o familiares. Parece verificarse lo planteado por Santos:

La situación de pluralismo jurídico tiene lugar siempre que las contradicciones se condensan en la creación de espacios sociales, más o menos segregados, en el seno de los cuales se generan litigios o disputas que son procesados con base en recursos normativos e institucionales internos. (Santos, citado por Oliveira, 2003, 204)

Los segregados

A pesar de que Santos no se refería a los ejemplos que he mencionado, El Alto, los Zapatistas y el MST, la marginalidad parece ser un factor común entre las personas que se mueven en ordenamientos jurídicos extraestatales en Latinoamérica. En el caso El Alto, se trata de una ciudad de más de un millón de personas con pocos servicios básicos, cuya población es principalmente pobre e indígena en un país histórica y paradójicamente racista como Bolivia. Los alteños no solamente no han sido atendidos por el Estado, sino que han recibido sus balas: en la guerra del gas del año 2003, fueron 87 los muertos que dejó la represión estatal en la ciudad. En el caso de los zapatistas, se trata de un ejército conformado por indígenas de Chiapas, una de las regiones más pobres de México. Este ejército no ha utilizado balas de manera ofensiva desde 1994, pero lo ha tenido que hacer para defenderse del ataque del ejército mexicano y de grupos paramilitares, que no solo los atacan a ellos, sino a campesinos que viven en territorios zapatistas y están desarmados. En el caso del Movimiento Sin Tierra, se trata de campesinos de 24 estados de Brasil, que no tienen acceso a la tierra y fueron reprimidos por el grupo paramilitar de la Unión Democrática Ruralista

³ El sociólogo Pablo Mamani comenta: El Alto es construido por sus habitantes. Si hay que hacer una canaleta para el agua cada vecino hace su parte y otras partes se hacen de forma colectiva. En la construcción de la escuela, la cancha de fútbol o la plaza, cada uno trabaja o aporta materiales, eso es absolutamente colectivo. Son rondas, son turnos, la lógica es que todos deben

durante la década de 1980 principalmente, y en las últimas décadas por parte de las fuerzas armadas brasileñas, sufriendo decenas de muertos entre sus filas en más de 25 años de existencia. Además, pese a ciertos logros en el sistema de justicia brasileño, también han sido enjuiciados penalmente por la toma de tierras. En días recientes la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado brasileño por interceptar llamadas a miembros del MST y divulgarlas por la prensa para criminalizar a la organización⁴.

Todos éstos son casos de gente segregada, es decir separada, discriminada por indígena, por pobre, por campesina, por "ignorante". Es en ese contexto que tienen que ser consideradas sus normas y formas de organizarse. Siendo que el Estado huele a plomo en estos territorios, esta puede ser una razón para entender que cuando *los segregados* se organizan no regresan a ver –salvo en lo ineludible– a la regulación estatal.

Pluralismo jurídico y discurso histórico político frente al dogma filosófico jurídico

Entonces, si existen espacios en donde ciertas organizaciones establecen normas de conformidad con sus valores para regular sus actividades, paralelamente y a pesar de las normas que establece el Estado, ¿por qué la mayoría de los teóricos del derecho no las mencionan y si lo hacen, las descalifican? (por su puesto excluyo a quienes defienden la existencia de un pluralismo jurídico, que somos pocos). A continuación intentaré fundamentar mi sospecha de que la teoría del derecho omite estos casos de pluralismo jurídico, conciente o inconcientemente, porque su existencia atenta contra un dogma del pensamiento jurídico-político occidental que señala que el derecho estatal expresa y se fundamenta en la voluntad de los destinatarios de sus normas. Para esto me remitiré al análisis que hace Michel Foucault del primer filósofo que plantea como piedra angular del Estado y del ordenamiento jurídico a la voluntad de las personas: Thomas Hobbes.

Hobbes frente al historicismo jurídico, la voluntad frente a la guerra

Michel Foucault analiza el origen de la tesis que defiende que las normas estatales se legitiman en la voluntad de sus destinatarios. Foucault ubica el origen de este dogma en la obra de Hobbes, "Leviatán", en primer lugar interpretando el texto y después haciendo un análisis del contexto político en el que esa obra se produce. En el Leviatán se responde a la pregunta de cuál es el origen de la soberanía del Estado señalando dos principales posibilidades, la soberanía tiene un origen por *institución* o por *adquisición*.

Al tratarse de una soberanía por institución, Hobbes explica que se trata de un conjunto de individuos que están en la guerra de todos contra todos. Foucault puntualiza que a lo que apunta Hobbes es a un *estado de guerra*, ya que en su descripción no existen cadáveres, ni sangre, ni batallas, simplemente un grupo de los individuos se desafían y dan señales de que pueden atacarse y entrar en guerra entre todos. Foucault cita a Hobbes diciendo: "La guerra no consiste únicamente en la batalla y combates concretos; sino en un espacio de tiempo –el estado de guerra– en que está suficientemente comprobada la voluntad de enfrentarse en batallas". El origen de la soberanía por institución, no es la guerra, en realidad es el temor a la guerra, resuelve Foucault, lo que para Hobbes da origen al Estado. Según Hobbes, ese temor no existiría sino fuera porque un individuo representa para el otro una amenaza de ataque, siendo que los individuos son iguales en cuanto a su capacidad de ataque. En ese estado de guerra, ¿qué se debe producir

participar en lo colectivo. Hay una presión muy fuerte y si no lo hace tiene que explicar las razones, si no debe pagar una multa. Muchas veces la multa es muy simbólica. (Zibechi, 2007, 66)

⁴ Ver la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Escher y otros vs. Brasil, 6 de julio 2009.

para que surja el Estado? En el caso de la soberanía por institución los individuos acuerdan que un soberano –una autoridad- reemplazará su voluntad, este soberano es el Estado, que se origina en el miedo (Foucault, 2000, 87-97).

Existe otro origen de la soberanía, es el caso de la soberanía por adquisición, es aquella soberanía que nace de la batalla de dos Estados constituidos, donde existen ganadores y vencidos, si entre los vencidos hay quienes sobreviven y deciden “trabajar para los otros, ceder la tierra a los vencedores, pagarles tributos[...]. [Para] Hobbes: sin duda seguimos estando en la relación de soberanía. ¿Por qué? Porque desde el momento en que los vencidos prefirieron la vida y la obediencia, con eso mismo reconstituyeron una soberanía, hicieron de sus vencedores sus representantes, volvieron a instalar un soberano en el lugar de quien había sido abatido por la guerra”. Lo importante es que “el problema de la conquista queda disuelto, a priori, por la noción de guerra de todos contra todos y, a posteriori, por la voluntad, incluso jurídicamente valedera, de estos vencidos atemorizados en la noche de la batalla” (Foucault, 2000, 87-95).

El segundo aporte de la interpretación de Foucault es descubrir el enemigo político que tenía en mente Hobbes al escribir el Leviatán. El enemigo que tenía Hobbes, según Foucault, era la conciencia que tenían las capas populares de la Inglaterra de entonces respecto al hecho histórico de la conquista de los normandos a los sajones en 1066, conciencia que hacía tambalear el poder normando. Una conquista que se expresaba, entre otras formas, en la práctica del derecho en francés y a través de estatutos reales, y no bajo la costumbre, que era la práctica sajona. También se recreaba la conquista en los relatos populares, creencias mitológicas sajonas, frente a relatos aristocráticos normandos que interpretaban de distinto modo la historia. Pero sobre todo, se expresaba en la memoria histórica de las rebeliones donde el pueblo inglés había expulsado a distintos grupos extranjeros. Esa concepción diferenciada de la sociedad, de dominadas y dominados, que plantea que “la necesidad lógica e histórica de la rebelión se inscribe dentro de todo un análisis histórico que saca a la luz la guerra como rasgo permanente de las relaciones sociales, como trama y secreto de las instituciones y los sistemas de poder”. Esa concepción es el gran adversario de Hobbes, lo que Foucault llama *historicismo político* (Foucault, 2000, 95-98,108).

Uniendo ambos puntos, Hobbes busca eliminar la guerra de la realidad histórica, en primer lugar señalando que si un Estado se constituyó por acuerdo entre individuos (soberanía institucional) no existió nunca una guerra, sino un estado de guerra; en segundo lugar, señalando que si existió una conquista de un Estado respecto a todo, su soberanía es jurídicamente válida y legítima desde el momento en el que el segundo aceptó la dominación del primero (soberanía por adquisición). En la teoría de Hobbes, sea en la soberanía por institución o por conquista existe voluntad de todos, ganadores y vencidos, no importa si existió el miedo o la fuerza de por medio. La intención de Hobbes se ratifica cuando del análisis histórico de su obra se vislumbra la tensión existente entre normandos y sajones, debido a la conciencia popular del hecho de la conquista de los primeros sobre los segundos.

En este marco, lo decisivo es que con Hobbes se plantea que la ley del Estado expresa la voluntad del pueblo, como todos los que estamos en las facultades de derecho lo hemos estudiado. Esa concepción se expresa en las normas que declaran la generalidad de la ley y su vigencia en todo el territorio; en el carácter indivisible del Estado y la igualdad ante la ley de todos los sujetos. Esa concepción, que señala que la ley estatal es la voluntad del pueblo, no tolera que las voluntades de ciertos sujetos se expresen por canales que no sean la ley, o que la ley no autorice; esa concepción no permite que en parte de su territorio se desatienda a su ley y se atienda a otra norma distinta; no permite que se divida al Estado y que existan normas paralelas que no obliguen sino solo a algunos de sus ciudadanos. Para Hobbes resultaría inconcebible que exista un grupo de individuos que exprese su voluntad

normativa mediante vías alternas a la ley, cuando presuntamente ya se comprometió a hacerlo mediante la ley; es desobediencia sistemática y el Estado no lo permite⁵. El hecho de que los productores del derecho alternativo sean marginados, no es atenuante; todos expresaron la voluntad de las normas que hoy nos rigen, dice la concepción contractualista, “en el fondo, importa poco que tengamos el cuchillo contra la garganta, importa poco que podamos o no formular explícitamente nuestra voluntad. Para que haya soberanía, es preciso y suficiente que esté efectivamente presente una determinada voluntad radical que hace que queramos vivir aun cuando no podamos hacerlo sin la voluntad del otro” (Foucault, 2000, 93).

En oposición, desde el historicismo político -enemigo al que apuntaba el Leviatán- el pluralismo jurídico se desenvuelve con fluidez. El historicismo político formula que “ninguna ley, cualquiera sea, ninguna forma de soberanía, cualquiera sea, ningún tipo de poder, cualquiera sea, deben analizarse en términos del derecho natural y la constitución de la soberanía, sino como el movimiento indefinido –e infinitamente histórico- de las relaciones de dominación de unos sobre otros” (Foucault, 2000, 107). Es el caso de los *segregados*, El Alto, del MST, de los zapatistas donde se demuestra que existe un análisis de la historia como un proceso de dominación de unos sobre otros. Cada organización tiene una concepción del derecho estatal como expresión de relaciones de dominación. En cuanto a las agrupaciones de El Alto es más complicado identificar sus propuestas y reivindicaciones porque es más entramado su sistema de organización⁶. Sin embargo, el contenido del historicismo político se ve reflejado en ejemplos como la denuncia hecha desde El Alto durante la llamada guerra del gas contra una ley que reflejaba el poder de los extranjeros sobre sus recursos naturales. En el caso del MST se denuncia una ley que expresa la dominación de una minoría latifundista sobre la tierra, analiza la realidad en términos de dominación, como señala el art. 1 de las Líneas Políticas Reafirmadas en el Congreso Nacional del MST en el año 2007, donde el movimiento se compromete a:

1. Articularse con todos los sectores sociales y sus formas de organización para construir un proyecto popular que enfrente al neoliberalismo, al imperialismo y las causas estructurales de los problemas que afectan al pueblo brasileño.

En el caso de los zapatistas la denuncia engloba más aspectos: la dominación no proviene de una ley sino de un modo de organizar el mundo, la economía capitalista, por lo que plantean hacer un mundo otro, “un mundo donde quepan todos los mundos”. En la Sexta Declaración de la Selva Lacandona los zapatistas establecen en el primer punto:

Nosotros somos los zapatistas del EZLN, aunque también nos dicen “neo zapatistas”. Bueno, pues nosotros los zapatistas del EZLN nos levantamos en armas en enero de 1994 porque vimos que ya está bueno de tantas maldades que hacen los poderosos, que sólo nos humillan, nos roban, nos encarcelan y nos matan, y nada que nadie dice ni hace nada. Por eso nosotros dijimos que “¡Ya Basta!”, o sea que ya no vamos a permitir que nos hacen menos y nos traten peor que como animales.

De modo que la lectura del proceso de dominación histórico que hacen estos grupos demuestra que su análisis se basa en la realidad histórico política de dominación.

⁵ Supiot señala que en la llegada de la Ilustración se dio por desencantado el mundo, por la salida de Dios de la escena institucional, mas señala que ese Dios fue reemplazado por el encantamiento del Estado “elevado a Sujeto omnipotente, fuente viva y suprema de las leyes” (Supiot, 46, 2006).

La represión en El Alto, en campamentos sin tierra y en territorio zapatistas hace que compartan el análisis histórico de "la guerra como rasgo permanente de las relaciones sociales, como trama y secreto de las instituciones y los sistemas de poder" (Foucault, 2000, 108). Pero quizá, y esto es importante, la razón por la cual los zapatistas, los trabajadores sin tierras y los pobladores de El Alto representan un peligro para el pensamiento hobbesiano contemporáneo es que al interior de esos grupos, a través de las normas que ellos mismos producen, están en la capacidad de que las personas se unan a sus organizaciones voluntariamente y las decisiones se tomen de manera colectiva.

De este modo, creo que el Derecho tiene un problema de origen a la hora de analizar el pluralismo jurídico si es que no critica y transforma uno de sus más centrales dogmas: que la norma estatal expresa la voluntad de todos, independientemente de sus vicios históricos. Para entender el hecho del pluralismo jurídico a fondo se requiere partir del discurso histórico político, no solo por la afinidad política con los grupos –que puede o no existir–, sino porque los sujetos de los sistemas jurídicos no estatales lo utilizan.

Trabajar sobre el pluralismo jurídico

Hasta ahora he intentado plantear el conflicto entre el pluralismo jurídico y uno de los dogmas del derecho, el de que la norma estatal expresa y se legitima por la voluntad general. El desafío entonces es estudiar y fortalecer los ordenamientos jurídicos extraestatales concientes de ese problema superior. En primer lugar, quisiera cuestionar las críticas al pluralismo jurídico que creo que se fundamentan en la filosofía jurídica de Thomas Hobbes, como para mostrar por donde creo que no hay que ir. En contraste propongo (y vuelvo a Foucault) un proyecto teórico que acopla el conocimiento jurídico con el saber de la gente (del campesino sin tierra, del zapatista, del alteño) para que desafíe el conocimiento científico funcional al poder (que descalifica el saber de la gente), provocando así una insurrección de saberes. En este punto la filosofía del diálogo de saberes, propuesta por Paulo Freire, resulta una guía ineludible para acoplar el conocimiento jurídico al saber de la gente.

Críticas a ordenamientos jurídicos paralelos desde la filosofía jurídica de Hobbes

Son varias las críticas que se hacen al planteamiento de que existen ordenamientos jurídicos paralelos; enfocaré las críticas de dos autores que considero serían mucho más fértiles si se analizaran desde la perspectiva del discurso del historicismo político. La crítica que realiza Luciano Oliveira descalifica los ordenamientos alternos sosteniendo que no se tratan de normas jurídicas sino de un subproducto de la segregación y abandono de estos grupos, a los que hay que integrar al sistema jurídico estatal (Oliveira, 2003, 219). Por su lado, Marcelo Neves reconoce que "el dato indiscutible de que en la modernidad periférica latinoamericana muchas "unidades sociales" disponen difusamente de diferentes códigos jurídicos no implica, en sentido estricto, alternativas pluralistas en relación con el funcionamiento legalista del derecho estatal, sino más bien mecanismos inestables y difusos de reacción a la ausencia de la legalidad". Al encontrarse con sistemas económicos y de poder, estos códigos serían bloqueados y destruidos, impidiéndoles tener identidad, produciéndose simplemente una miscelánea social donde los segregados resultan perjudicados (Neves, 2003, 266 y 275). Según este autor, estas normas no se precian como

⁶ Como señala Zibechi, "en El Alto han nacido comunidades, no *una* comunidad alteña sino múltiples comunidades, osea vínculos subjetivos en los que los participantes son un todo" (Zibechi, 2007, 48). La dificultad de entender sus propuestas, no quiere decir que no existan, es que al menos yo no tengo la capacidad de interpretarlas.

jurídicas, y si lo fueran, son insipientes, difusas, en fin, débiles, señala la crítica, porque se destruyen al encontrarse con el sistema económico y de poder vigente.

En ambas críticas subyace, a mi parecer, la concepción de Hobbes que elimina la referencia de la guerra y la violencia en el origen del Estado y su ordenamiento jurídico. La propuesta de Oliveira, de integrar a los segregados a la sociedad, de integrarlos al sistema de normas vigente, propone olvidar que en la concepción del historicismo político existe la conciencia de que los segregados solamente podrán integrarse a la sociedad aceptando las condiciones y normas de dominación establecidas o maquilladas. Esto no por un capricho ideológico, sino porque los resultados de las confrontaciones dejan ganadores y perdedores y eso se refleja en la institucionalidad y el derecho; eso se refleja en su propia condición de segregados. En la crítica de Neves, se ataca la debilidad de aquellas normas alternas a las estatales, ante lo cual solo avizora un supuesto desorden que perjudicaría a los segregados. Sin embargo, al enfocar esa debilidad desde la perspectiva del historicismo jurídico, el análisis se profundiza. En primer lugar, se encontraría la intencionalidad fundadora de esas normas, esto es, la pretensión de organizarse de un grupo dominado en una relación de poder y la advertencia de ese supuesto desorden que percutiría a los marginados, debería considerar previamente que esas normas tienen como intencionalidad fundadora la emancipación de su situación de dominación. Así, un mismo hecho puede tener un análisis más explicativo y fértil desde el discurso del historicismo político. Con estas respuestas a las críticas científicas de los ordenamientos extraestatales, por lo menos intento mostrar a donde pienso que no debería dirigirse el trabajo que hagamos sobre las normas extraestatales. Entonces, ¿cuáles son las consecuencias teórico-prácticas para el trabajo de los juristas al asumir el discurso del historicismo político para analizar el pluralismo jurídico?

El proyecto genealógico y el diálogo de saberes

Estudiar y fortalecer los ordenamientos jurídicos extraestatales desde el historicismo político exige saber qué paso en la historia, las razones por las cuáles los segregados son los segregados para entender el por qué de esas normas, su origen y su intencionalidad fundadora. Pero Foucault advierte que esos saberes, que narran la historia de las confrontaciones, de los saqueos, de las batallas, que dieron lugar a esa segregación, no están en el saber científico funcional al poder dominante que descalifica el saber de la gente. Se propone entonces un *acoplamiento* de los saberes locales y el conocimiento erudito; poca cosa, es el *proyecto genealógico* que busca la *insurrección de saberes sometidos*; "se trata, en realidad, de poner en juego unos saberes locales, discontinuos, descalificados, no legitimados, contra la instancia teórica unitaria que pretende filtrarlos, jerarquizarlos, ordenados en nombre de un conocimiento verdadero, en nombre de los derechos de una ciencia que algunos poseerían". Por eso se plantea que el proyecto genealógico, es un proyecto anticiencias, en cuanto se proyecta "contra los efectos de poder centralizadores que están ligados a la institución y al funcionamiento de un discurso científico organizado dentro de una sociedad como la nuestra" (Foucault, 2000, 21 y 22). Me dirán que debo proponer un trabajo para juristas, no para historiadores; respondo que los ordenamientos jurídicos extraestatales parten de una historia política de dominación que debe ser comprendida para que los ordenamientos extraestatales puedan ser dimensionados en su intencionalidad histórica.

Ahora quisiera concretar, en una forma más específica, la manera en la que podríamos estudiar los saberes sometidos que nos cuentan sobre los ordenamientos extraestatales, como podríamos profundizarlos, fortalecerlos. Para conocer la intencionalidad histórica de los ordenamientos extraestatales, para saber cuál es el mecanismo de producción de esas normas, los mecanismos de exigibilidad de los derechos de las normas extraestatales, los mecanismos de coerción, las razones de su eficacia y eficiencia, tenemos que remitirnos a los saberes locales,

autónomos de las personas y para eso hay que dialogar con ellas. Aquí se rompe, quizá, la línea que seguíamos de Foucault, porque él realizó el proyecto genealógico en la interpretación de hechos ocurridos siglos atrás, mientras que para estudiar ordenes normativos extraestatales tenemos que comprender la historia de las luchas pero dialogar con sus protagonistas/herederos que comparten con nosotros el presente.

Un filósofo que nos puede orientar con sus reflexiones sobre el diálogo de saberes es Paulo Freire, quien nos propone algunas condiciones previas y posteriores al diálogo, después caracteriza el diálogo que se debe mantener entre los saberes (que en último término es un diálogo de personas) y además describe la posibilidad de hacer transformaciones a partir de un diálogo crítico, no solo en lo material, sino en las instituciones sociales, como es el derecho.

El primer punto de Freire, es el por qué del diálogo, cuál es el objetivo de nuestro trabajo con los ordenamientos jurídicos extraestatales, para quién estamos investigando, para qué estamos investigando, a quién respaldamos en las relaciones de fuerza existentes, hasta qué punto nuestra actividad teórica se compromete con la realidad de dominación. Es por eso que Freire exige que antes de establecer el diálogo se informen los objetivos de la investigación a aquellos con quienes se pretende dialogar con el indígena zapatista, con el sin tierra, con el alteño, a quien hay que devolver los resultados del diálogo también. Pero adicionalmente esa teoría que se produzca tiene valor en cuanto sirva para cuestiones prácticas. No se trata de un inmediateísmo, sino de unir la teoría y la práctica para transformar la realidad.

En el diálogo propiamente nuestra actitud tiene que ser de humildad; no puede reducirse tal diálogo a un depósito de ideas sobre cómo nosotros creemos que sus ordenamientos jurídicos pueden fortalecerse, considerando a las personas ignorantes (Freire, 1970, 107). Además, las conversaciones informales que se tengan con las personas nos llevarán a conocer sus sitios de reunión, de dispersión, conocerles en distintos ánimos, ganarnos su confianza. Del mismo modo que señala el profesor Luis Guillermo Vasco, cuando explica su trabajo con los indígenas guambianos: "fue necesario permitir que los indígenas hablaran, pues no es lo mismo hablar que responder preguntas" (Vasco, 2007, 24). Es en este diálogo humilde que se debe pronunciar el mundo que nos mediatiza entre los dialogantes, que se encuentra entre nosotros y las personas con quienes hablamos, hablando sobre la historia de los dialogantes, sobre su forma de organizarse, sobre su forma de tomar decisiones individuales y colectivas, sobre sus visiones impregnadas de anhelos, de dudas, de esperanzas o desesperanzas (ver Freire, 1970, 128). De este modo, si nos narran su cotidiano, podemos ir encontrando normas explícitas e implícitas que regulan sus vidas.

Un diálogo, en esos términos, se convierte al tiempo en una posibilidad de transformación. Esto en razón de que "la existencia de los hombres se da en un mundo que ellos recrean y transforman incesantemente". El derecho en cuanto recreación de los hombres puede transformarse; "como seres transformadores y creadores que son los hombres, en sus relaciones permanentes con la realidad, producen, no solamente los bienes materiales, las cosas sensibles, los objetos, sino también las instituciones sociales, sus ideas, sus concepciones" (Freire, 1970, 117-119). Como señala Freire "nuestro papel no es hablar al pueblo sobre nuestra visión del mundo, o intentar imponerla, sino dialogar con él sobre su visión y la nuestra" (Freire, 1970, 108-111). Al entender su visión del mundo, sus necesidades y no nuestros deseos, así como las relaciones sociales y al derecho como recreaciones susceptibles de cambio, se debe identificar las contradicciones existentes en la realidad, dialogar con las personas sobre esas contradicciones, pronunciarlas, criticarlas. Cuando se pronuncian esas contradicciones se divisan aquellas "situaciones límites" que se presentan como realidades que parecen determinantes históricas que no se pueden

cambiar. Freire propone problematizar la situación, cuestionar el por qué de esa situación límite, que es una situación objetiva, que al ser discutida va siendo percibida de manera distinta (Freire, 1970, 128). Pero a cada situación límite le corresponde un "inédito viable", ese cambio sobre la realidad que es posible, pero cuya posibilidad solo surge por el hecho de pronunciar la situación límite (Freire, 1970, 138). Por ejemplo, pienso que si dialogamos con personas que en algunos ámbitos de su vida actúan en virtud de normas no estatales y en otros ámbitos actúan a partir de normas estatales que los oprimen, se puede cuestionar a esa persona por qué en ese ámbito de opresión no actúa a partir de normas extraestatales, creadas por ellos mismos. Lo que esa persona responda hay que escuchar con detenimiento, y mientras más lo piense posiblemente se logrará que "no solo piensen críticamente su *estar*, sino que críticamente actúen sobre él" (Freire, 1970, 131). Ejemplificando, no sin cierta superficialidad, la situación límite, podría ubicarse el derecho estatal, mientras que el inédito viable sería la posibilidad de cambiar esa realidad, de transformar esa institución social a través de la creación de normas extraestatales. Eso suena impensable donde el Estado penetra las instituciones y la mente de las personas, pero quizá no entre aquellos segregados que se han organizado alrededor de una lucha colectiva y emancipatoria.

Este tipo de diálogo como trabajo para los juristas resulta tremendamente desafiante. El trabajo del abogado que quiere trabajar en casos concretos de pluralismo jurídico, apostando por el proyecto genealógico y la insurrección de los saberes, no tiene como base de su trabajo cotidiano la lectura de una serie de textos jurídicos donde tiene que encontrar la respuesta para su caso conforme nos enseñaron en la facultad de derecho (Correas, 1970, 15 y 16). Al contrario, ese abogado se obliga a un trabajo teórico –que seguro no le resulta tan ajeno- y una práctica de diálogo con los segregados para la cual nunca lo han preparado. Ese el trabajo sobre el pluralismo jurídico desde del historicismo político que se encuentra bloqueado y que propongo alcanzar.

Concluyendo

En Latinoamérica existen cientos de miles de personas cuya organización social se encuentra regulada por normas producidas por individuos y colectividades extraestatales, entre las que encontramos -cuando menos- organizaciones indígenas, periferias urbanas, trabajadores rurales. Estas personas son gente segregada, marginados y reprimidos por la estructura estatal, que domina a estas colectividades organizadas, que sin embargo luchan y se rebelan.

De su parte, la teoría del derecho descalifica u omite estos casos de pluralismo jurídico porque la reflexión del derecho se encuentra atada a la filosofía jurídica planteada por Thomas Hobbes. Esta filosofía argumenta que las normas estatales son válidas porque son producto de un acuerdo común, son producto de la voluntad de sus destinatarios. Esta voluntad se expresa aun en relaciones de dominación, cuando el sometido decide vivir en esa circunstancia antes de perder la vida. Expresada la voluntad el ordenamiento jurídico se legitima y la existencia de un ordenamiento distinto y fuera del control del primero es una falta a la voluntad afirmada.

En oposición a esta filosofía contamos con el discurso del historicismo político, que permite explicar a mayor profundidad el origen y alcance de los ordenamientos jurídicos extraestatales, en cuanto considera que el derecho y las instituciones del estado expresan las relaciones de dominación y la historia de las luchas, por lo que resulta explicable que quienes están dominados busquen una organización que no se regule por esas normas estatales. Adicionalmente, junto a este discurso del historicismo jurídico, contamos con un proyecto teórico –llamado proyecto

genealógico- que pretende atar los conocimientos de la erudición y los saberes populares, que han estado sometidos, para recuperar la memoria histórica de las luchas para provocar la insurrección y que afirma que la institucionalidad actual se dio por medio de un hecho bélico, no de un acuerdo. Este análisis histórico y este proyecto teórico hacen más explicable el fenómeno del pluralismo jurídico.

Por último, para trabajar en este proyecto teórico, en el afán de conocer los saberes populares necesarios para cuestionar aquellos saberes funcionales a los poderes dominantes, contamos con las reflexiones de Paulo Freire. Este filósofo nos da pautas para iniciar un diálogo de saberes, para el cual requerimos una actitud de humildad para entablar diálogo con las personas segregadas que viven estos ordenamientos jurídicos paralelos. Un diálogo proyectado para producir un conocimiento que fortalezca sus ordenamientos, que tenga una aplicación práctica pero inspirada en un entendimiento crítico del mundo.

Creo que la teoría heredera de la filosofía jurídica de Hobbes tiene buenos motivos para bloquear al historicismo jurídico de los segregados-organizados, no solo porque la dominación busca mantenerse, sino porque el MST, los alteños y zapatistas parecen estar logrando lo que el Estado no logró entre sus miembros, que la gente decida la norma que se pone encima. Como dicen los zapatistas: "nosotros pensamos que un pueblo que no vigila a sus gobernantes está condenado a ser esclavo, y nosotros peleamos por ser libres, no por cambiar de amo cada seis años" (Sexta Declaración de la Selva Lacandona).

Solo basta advertir, que el historicismo político ya fue bloqueado por la filosofía jurídica de Hobbes en el siglo XVII y por el materialismo dialéctico en el siglo XIX (Foucault, 2000, 108). ¿Será bloqueado por los herederos liberales en el siglo XXI?

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE, C. (2008) *Mandar obedeciendo*. Bogotá, Ediciones desde abajo, 2008.
- CORREAS, O. (2004) *Teoría del Derecho*, México, Editorial Fontamara, 2004.
- FOUCAULT, M. (2000) *Defender la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- FREIRE, P. (1970) *Pedagogía del oprimido*, Colombia, Siglo XXI Editores, vigesimocuarta edición, 1980.
- HOBBS THOMAS. (1994) *Leviatán*, México, Editorial Gernika, 1994.
- NEVES, M. (2003) "Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina". En "Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos", García Villegas M. y Rodríguez César, editores, Bogotá, ILSA, 2003, 261-289.
- OLIVERIA, L. (2003) "Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil, notas para un balance". En "Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos", García Villegas M. y Rodríguez César, editores, Bogotá, ILSA, 2003, 199-221.
- STEDILE, J.P. (2003) *Bravagente*, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2003.
- SUPIOT, A. (2007) *Homo Juridicus, ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Argentina, Siglo XXI Editores, Argentina 2007.
- VASCO, L. (2007) "Así es mi método en etnografía". En *TABULARASA, Revista de Humanidades*, No.6, enero-junio 2007, págs. 20-52.
- ZIBECHI, R. (2007) *Dispersar el poder, los movimientos sociales como poderes antiestatales*, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2007.

APOSTILLAS SOBRE CONSENSO Y CONSTITUCIÓN

Por **Leonardo Pablo Palacios**

RESUMEN

El "consenso social" se presenta como un producto democrático, generador de debates participativos sobre cuestiones de interés social. Aquí se plantea una visión crítica de esa definición de "consenso", relacionándola más con la imposición que con la participación, que se verifica, en muchos procesos de construcción constitucional. Para ello se abordan las necesidades del modo de producción en determinado momento histórico y su influencia en la constitucionalización de determinados derechos. Entendemos que la noción de acuerdo resulta más adecuada para generar construcciones sociales más democráticas, y participativas, que incluyan la discusión sobre como una sociedad produce y distribuye los bienes y servicios necesarios para una vida armónica.

PALABRAS CLAVES

Consenso – Constitución – Contrato Social – Capital – Medios De Producción – Fuerza De Trabajo - Ficción - Sujeto

ANNOTATION ON CONSENSUS AND CONSTITUTION

By **Leonardo Pablo Palacios**

ABSTRACT

The "social consensus" appears as a democratic, generating product of participative debates on questions of social interest. Here there appears a critical vision of this definition of "consensus", relating her more to the imposition than to the participation, which happens, in many processes of constitutional construction. For it there are approached the needs of the way of production in certain historical moment and her influence in the constitucionalización of certain rights. We understand that the notion of agreement to be more suitable to generate more democratic social, and participative constructions, which include the discussion on since a society produces and distributes the goods and services necessary for a harmonic life.

KEY WORDS

Consensus - Constitution - Social Contract - Capital - Means Of Production - Workforce - Fiction - Subject

APOSTILLAS SOBRE CONSENSO Y CONSTITUCIÓN

Por **Leonardo Pablo Palacios***

“Los conceptos no tienen historia si no es en la materialidad de la historia de los hombres y de la sociedad” Antonio Negri.

I. INTRODUCCIÓN

La presente comunicación tiene su origen en proyecto de investigación que se está comenzando llevar adelante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata, por el grupo que dirige Eduardo Pablo Jiménez, Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional en dicha institución, entre otras. El proyecto se denomina “Estudio comparativo de la elaboración de pactos o modos de consenso previos a la generación de procesos constitucionales democráticos” y su objetivo general es estudiar la articulación de acuerdos democráticos, con plena participación de los sectores interesados, en forma previa a la generación de procesos de reformas constitucionales, como modo sustancial de afianzar los procesos democráticos.

Siendo integrante de investigación, me planteé algunas consideraciones previas, en relación a la noción misma de consenso. Realizar algunas reflexiones sobre dicha noción, son útiles no sólo en el marco específico del proyecto de investigación mencionado, a los fines de enriquecer las miradas sobre el mismo, sino sobre todo para evitar, en los estudios pretendidamente científicos, el uso de vocablos que sólo se definan por el *sentido común*.

En este marco, lo que sigue será una reflexión exclusivamente a título personal, y que no refleja – necesariamente – el pensamiento del grupo de investigación ni de su Director.

II. EL CONSENSO

En una especie de *inconsciente colectivo* político y jurídico, la idea del consenso en el proceso de toma de decisiones relevantes dentro de una sociedad se vincula principalmente con tres situaciones, sin excluir otras:

- La participación universal o por lo menos mayoritaria, ora de individuos, ora de grupos o sectores de intereses comunes.
- Los canales más o menos formales por los cuales esa participación se puede expresar.
- La posibilidad de elegir entre varias opciones determinadas.

En ese *inconsciente colectivo*, la idea de consenso se relaciona con la forma en que se distribuye el ejercicio del poder político y a como –y por quien– se reglamentan los procesos sociales a los cuales va a estar atado tal ejercicio. De acuerdo a esta vinculación, habría un estrecha relación entre consenso y democracia, vocablo este último lo

* Docente e investigador Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata.

suficientemente equívoco también¹, pero con mucho mayor desarrollo que el de *consenso*. Como contrapartida de esa relación entre consenso y democracia, se instala la idea que en los regímenes de gobierno o de Estado cuyas características son más autoritarias que democráticas, las decisiones relevantes no se tomarían por consenso, sino en forma unilateral, o mayormente arbitraria, por quien o quienes ejercita o ejercitan el poder.

El Diccionario de la Real Academia Española (2001) define "consenso" como "(Del lat. Consensus.) m. Acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios grupos". Siguiendo el derrotero propuesto, buscamos "consentimiento": "m. Acción y efecto de consentir. // 2 Der. Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. (...)". Así llegamos a "consentir": "(Del lat. Conentirue). Tr: Permitir algo o condescender en que se haga. // 2. crear (// tener por cierto algo). (...) // 4. Der. Otorgar, obligarse. // 5. p. us. Dicho de una cosa: Soportar, tolerar algo, resistirlo. (...)".

De acuerdo a la definición, y también a la idea que se desprende de un cierto "sentido común" jurídico, el consenso se presenta como un acuerdo, una acción, una omisión, una decisión o un proceso –o todo ello junto– en la cual deben participar varias partes interesadas o posiblemente afectadas por dichos procesos. En el tema que nos ocupa, y en forma muy reductiva, se supone que por lo menos habrá dos partes: quien tiene el poder formal de otorgarle eficacia a dicha decisión y quien debe cumplir el mandato del que se trate. Claro que también es posible que haya un ejercicio de poder constituyente originario, y en este sentido es difícil identificar una autoridad constituida, pero lo cierto es que habrá de todas maneras algún tipo de ejercicio de poder formal, aunque sea provisional, que se encontrará en camino de adquirir plena legalidad.

Lo que resulta opaco respecto a la utilización del término *consenso* en los discursos jurídicos y políticos, es el carácter de imposición que el mismo tiene. En la definición de consentir surge esta característica cuando indica que tal acción es *permitir algo o condescender en que se haga* e inclusive la de *otorgar u obligarse* y también, aunque de menor uso, puede ser la acción *soportar o tolerar algo*, e inclusive, en una definición jurídica, una *manifestación de voluntad expresa o tácita*. Está claro que las definiciones del término apuntan mucha más a una resignación respecto de decisiones que toman otros, que a una real participación en la toma de las mismas.

La definición de consenso entonces, genera el problema que presenta una decisión tomada por una sola parte, como una decisión tomada en conjunto, con la consecuencia lógica de su legitimidad. El ejemplo más claro de cómo funciona el consentimiento, remite a las características de los contratos de adhesión del derecho privado. Sin duda hay allí una manifestación de voluntad de la parte adherente, que claramente no se encuentra en pie de igualdad con la proponente, con la cual no puede "acordar" nada distinto del contenido predispuesto, de allí el carácter de la interpretación de los mismos, que debe ser pro adherente, dada la asimetría de la relación contractual.

Cuando nos referimos a la toma de decisiones relevantes en una sociedad, y hablamos de consenso, debemos entender al mismo más como imposición que como real participación, puesto que lo que sucede empíricamente es una imposición de condiciones materiales previas a la toma de una decisión, y allí está el efecto de consentir como aceptar, y no como una manifestación de voluntad expresa y libre.²

¹ Hacemos nuestra la advertencia de Strasser: "Empecemos entonces por decir que no está bien– salvo por extensión, para aludir a contextos mayores que están en alguna correspondencia con ella– hablar de la democracia como cierto tipo *estado*, el "estado democrático", ni como cierto tipo de sociedad, la *sociedad* democrática". En propiedad, la democracia no es sino un tipo de *régimen político*, un tipo de régimen de gobierno de Estado" (STRASSER, 1998, 33)

² Un solo ejemplo: se sostiene en general que el proceso de privatizaciones y reforma del Estado realizado durante 1898-1994 en nuestro país obtuvo *consenso* social. Más allá de la dificultad para medir el mismo, ya que no hubo instancias formales de

Claro que la imposición que se oculta o se distorsiona en la noción de consenso, nunca es evidente, puesto que si eso fuera así, se perdería precisamente esa opacidad que hace tan eficaz a la propia noción. Esto hace de la utilización del término *consenso*, una típica operación ideológica³, en el sentido de que presenta una representación de la realidad distorsionada o por lo menos recortada, reducida, que no da cuenta de la complejidad de la realidad material a que da origen la decisión política. Esta noción se apoya en otras concepciones lo suficiente eficaces como para mantener su solidez, en primer lugar en la teoría política y jurídica para luego atravesar con ella el cuerpo social.

La principal noción en que se apoya la ligazón entre consenso y participación democrática es la ficción del contrato social. Es evidente que no descubrimos nada al mencionar el contrato social como ficción, pero esa ficción, juega un papel fundamental al ser aceptada por todos y de allí su eficacia.

Algunas de las ficciones eficaces aceptadas, que están entrelazadas íntimamente con la del contrato social en el cuerpo teórico que las justifica, son la igualdad jurídica entre los hombres, la naturalidad de la propiedad privada, la separación entre Estado y sociedad civil (mercado) y entre otras. Entre éstas, no resulta menor la noción de sujeto cartesiano, es decir aquella que supone que todo ser humano es un ser racional y que por lo tanto actúa racionalmente, aún cuando pueda haber una racionalidad para las decisiones que tienen que ver con el mercado y otra para las decisiones que tienen que ver con lo político.

Resultan íntimamente entrelazadas en la teoría las nociones de igualdad jurídica, sujeto racional, contrato social, bien común y consenso. Si quisiéramos expresar brevemente el desarrollo de cualquier teoría política liberal, diríamos que todo ser humano es igual a otro, en el sentido que posee los mismos derechos y obligaciones, y que en iguales condiciones no se puede negar a uno lo que se puede otorgar a otro. Que a partir de dicha condición, no hay ningún hombre que pueda imponer a otro determinada forma de resolver los asuntos comunes, por lo que en el caso que no desee aislarse de la sociedad deberá llegar a alguna forma de acuerdo con otros semejantes para resolver dichos asuntos comunes dentro de algunas reglas más o menos permanentes, que les permitan superar el estado de guerra entre los hombres (versión Hobbes) o superar su individualidad para potenciar sus posibilidades de vida (versión Rousseau). Ese ser humano además, tiene la característica de ser racional, es decir un sujeto que a través de su capacidad de pensamiento, que piensa y recién luego existe, puede decidir en forma racional –no arbitraria, predecible– qué es lo que mejor le conviene, y por lo tanto, lo que acuerden la mayoría de los hombres, será lo más beneficioso para todos, ya que esta noción supone una semejanza en lo que *conviene* por parte de todos los hombres. Al ser esto así, se debe reconocer que el ser humano viviendo en forma conjunta tiene uno o varios puntos en que *todas* se favorecen, y es por ello que puede hablarse de bien común, o bienestar general.

participación que permitan afirmar tal extremo, por fuera de la actuación de la representación política formal –que dio su aprobación algunas veces de manera ajustada– y de la representación gremial –que lejos está de mostrar características democráticas y participativas–, lo cierto es que hubo un disciplinamiento social previo a través de dos grandes crisis económicas reflejadas en procesos hiperinflacionarios, que tuvieron menos que ver con las empresas del Estado que con los mandatos provenientes de los organismos de crédito internacionales –Consenso de Washington–, pero que junto a condiciones previas, como el continuo proceso de vaciamiento de las mismas, terminaron por hacer *consentir* a la mayoría de la sociedad, sobre la necesidad de que tal proceso de privatización y reforma debía ser llevado adelante, aún a sabiendas de sus efectos sociales negativos –desocupación, tarifazos, monopolios privados, etc.–. (MUCHNIK, 1998)

³ Poulantzas expresa, advirtiendo el sobre el uso de la noción de los aparatos represivos e ideológicos de Estado: "...aún guardándose de identificar ideología y "falsa conciencia", el término ideología no conserva sentido más que a condición de admitir que los procedimientos ideológicos comportan una estructura de ocultación-inversión. Creer que el Estado sólo actúa de esa manera (represión/ideología) es simplemente falso: la relación de las masas con el poder y el Estado en lo designado particularmente como *consenso*, posee siempre un *sustrato material*, entre otras razones porque el Estado, procurando siempre la hegemonía de clase, actúa en el campo de un equilibrio inestable de compromiso entre las clases dominantes y las clases dominadas." (POULANTZAS, 1979, 30)

Teniendo en cuenta estos parámetros, podemos comenzar a delinear porque pensamos que la noción de consenso oculta más imposiciones que construcciones democráticas y plurales.

En primer lugar la noción de igualdad jurídica de los hombres, en tanto negación de derecho o diferencia natural alguna, ya sea de carácter divino o de algún otro tipo, **es una construcción política**. A pesar de su profunda implicancia en la filosofía en general y en la filosofía política clásica en particular, el triunfo de esta construcción política es además, relativamente novedosa, y está indisolublemente unida a la hegemonía de una clase social como consecuencia de la imposición de un determinado modo de producción. Esto no implica desvalorizarla, puesto que dicha construcción resulta muy cara en occidente, y en alguna medida parecería que, afortunadamente al ser tan positiva, ya no puede retroceder. Pero eso no significa desconocer que la historia de la humanidad se ha desarrollado mucho más dentro de sistemas que niegan dicha igualdad, que aquellos que la hacen realidad, con lo cual su condición de natural se encuentra en jaque. Sobre todo teniendo en cuenta que hoy en día las políticas estatales y no estatales basadas en discriminaciones por género, nacionalidad, origen étnico, opción sexual y/o religiosa y por discapacidad, nos permite sostener que la igualdad –en el plano civil y político, ya no económico– todavía es más una meta a cumplir que una realidad, incluso con los grandes avances que ha habido a lo largo del siglo pasado. Por otro lado, la ficción de la igualdad jurídica, es la contracara de lo que la clase dominante necesita para consagrar la mayor desigualdad que existe, y que es estructural en el modo de producción: la diferencia entre poseedores de medios de producción y trabajadores. La burguesía, al asegurarse los medios de producción, requiere forzosamente la posibilidad de comprar fuerza de trabajo, y para ello se necesita un hombre libre –y sin medios de producción– que sólo tenga tal fuerza para ofrecer: en ese contexto la igualdad jurídica y la libertad de contratación entre los hombres es una condición sine qua non⁴. Nadie supo mejor que los economistas clásicos, que lo único que genera valor es el trabajo, y eso aún hoy, en el imperio de la producción informacional, flexible y preponderantemente de trabajo inmaterial, sigue siendo así. Es decir que esa primera columna vertebral del edificio político jurídico que termina en una noción de consenso ligada a la igualdad, es más una aspiración política que una realidad comprobable en los hechos.

Columna central es la eficacia de estas ficciones, es la noción de sujeto que presentan. En general la mayoría de las teorías políticas, económicas y jurídicas tanto liberales como marxistas, se basan en la caracterización de un sujeto que piensa y luego es, claramente identificado con el sujeto cartesiano, “íntegro e identificado con la conciencia” (LÓPEZ, 1994, 195). Difícilmente se pueda sostener, luego de la irrupción de Freud en el pensamiento occidental –aunque no sólo él–, tal caracterización de sujeto. Sin embargo las mencionadas teorías, continúan haciendo del sujeto un ente ideal, totalmente inexistente. Las teorías de los juegos y las propuestas del individualismo metodológico son interesantes, pero al no tomar como variables el inconsciente y el deseo, reducen sus posibilidades explicativas:⁵ Como expresa LÓPEZ (1994, 195): “El derecho que supone a “el hombre” de la naturaleza o la razón no soporta bien la ausencia de motivos ni el agujero de la causa”.

La noción de contrato social se apoya en aquel individuo que es igual a los otros, y que además es racional y por ello puede optar voluntariamente en ceder una porción de sus libertades para su propio beneficio y el beneficio

⁴ “Así, los siervos y los esclavos liberados lo han sido en un mundo en el que la única manera en la que quedan tener acceso a los medios del hacer (y, por lo tanto, a los medios de vivir) es vendiendo su capacidad-de-hacer (su poder-hacer, transformando ahora en poder-para-trabajar o fuerza-de-trabajo) a aquellos que “poseen” los medios para hacer. De ninguna manera su libertad los libera de que estén subordinados a las órdenes de los otros” (HOLLOWAY, 2002, 56)

común. Lo que oculta esta fábula, es que su nacimiento es posterior a las condiciones materiales que determinaron su creación. Esto es así en tanto y en cuanto dicha creación es necesaria y fundamental para oponerse a una justificación del ejercicio del poder basado en la voluntad divina, que a fines del siglo XV ya no sólo no resultaba útil, sino que era un impedimento para el desarrollo del modo de producción basado en la apropiación de los medios de producción y en la compra de fuerza de trabajo.⁶

La ficción implica que un conjunto de hombres en determinado momento histórico se determinaron a unir esfuerzos, renunciando cada uno a una porción de la libertad total que ejercían hasta ese momento, para consagrar un gobierno común que administraría parte de esas libertades renunciadas. Y esto se realizaba porque a partir de su propia racionalidad los hombres podían convenir en que era lo más conveniente para el conjunto. Esta noción es la justificación, aún en la actualidad, más importante de las teorías políticas y jurídicas liberales.

Surge además la extensión temporal de este consentimiento implícito en el contrato social. Esto resulta fundamental, puesto que de aquella nacerán principios como la representación política, que en nuestro texto constitucional se expresa en un rotundo "*el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes*"⁷ La primera operación es naturalizar la ficción del contrato, en el cual los viejos siervos feudales prestaron su *consentimiento* a una nueva organización social; la segunda, naturalizar la representación política en el marco de un sistema permanente. Al respecto Thomas Paine expresaba:

Nunca ha existido, nunca existirá y nunca puede existir un parlamento, ni una categoría de hombres, ni ninguna generación de hombres, en ningún país, en posesión del derecho de vincular y controlar a la posteridad hasta el *fin de los tiempos*, ni de ordenar para siempre como gobernará el mundo ni quien ha de gobernarlo, y por ende todas las cláusulas, leyes o declaraciones en virtud de las cuales sus autores tratan de hacer lo que no tienen el derecho ni las facultades de hacer, ni las facultades para ejecutar, son en sí mismas nulas de toda nulidad. Cada edad y cada generación deben tener tanta libertad para actuar por sí mismas y en todos los casos *como las edades y las generaciones que las precedieron*. La vanidad y la presunción de gobernar desde más allá de la tumba es la más ridícula e insolente de todas las tiranías. El hombre no tiene derecho de propiedad sobre el hombre, y tampoco tiene ninguna generación derecho de propiedad sobre las generaciones que sucederán. (PAINE, 194, 36)

⁵ "La esencia del pensamiento estratégico es que nadie puede considerarse como un privilegiado en comparación con los demás: cada uno tiene que decidir partiendo del supuesto de que los otros son racionales en la misma medida que él" (ELSTER, 1984, 39) El destacado es nuestro.

⁶ En este sentido, y siguiendo a Holloway (2003), el siervo se libera del señor feudal, pero el señor feudal y posteriormente el capitalista, se libera de la fuerza de trabajo impuesta, pudiendo desregular dicha fuerza y obtener las mejores condiciones para la producción. El siervo, es cierto, se encuentra libre; libre de ataduras jurídicas y/o económicas para con su señor, libre de producir lo que pueda, de ir donde pueda. Pero también se encuentra "libre" de tierras, "libre" de su inscripción a una comunidad determinada –atadura y a la vez refugio– en definitiva "libre", o mejor dicho desposeído, de medios de producción.

⁷ "El pueblo, que es soberano, no ejerce la soberanía. Abelardo Castillo observó cuan poco delicado es nuestro texto fundacional: proscriptivamente enuncia que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes. No declara diplomáticamente, por ejemplo, que el pueblo delibera y gobierna a través de sus representantes." (LEWKOWICZ, 2004, 97)

La extensión temporal del consentimiento haría que el acuerdo prestado por generaciones anteriores sobre determinadas cuestiones de organización social, vinculadas principalmente a la distribución de los medios de producción, legitimen las condiciones actuales, algo que repugnaría el pensamiento de Paine⁸.

III.- CONSENSO Y MODELOS CONSTITUCIONALES

La ficción del contrato social y de su aceptación consentida, es requisito para el nacimiento del constitucionalismo y la consagración de los llamados derechos humanos de la primera generación, aquellos que aseguraban libertades civiles y políticas del ciudadano –entendido como varón, propietario y natural del Estado–, tales como la igualdad jurídica, propiedad privada, libertad de circulación, de comercio, de ejercer industria, de contratación, etc. También coincide con la forma de la producción proveniente todavía de la primera y segunda revolución industrial, es decir aquella que comienza a industrializar la producción, pero que todavía no logra *encajonar* adecuadamente la fuerza del trabajo. Es decir, aquella que produce en base a la compra de trabajo libre, pero que como debe disciplinar ese mundo de trabajo, y crear las condiciones para que el viejo siervo se transforme en proletario, entre ellas crear mercados tanto de mercancías como de fuerza de trabajo, aún no logra condiciones de producción que no sean altamente aborrecibles para el trabajador. Las condiciones materiales del mundo del trabajo, impiden que exista un *consenso* sobre la legitimidad del ordenamiento social, y por ello las opciones revolucionarias se desarrollan ampliamente, y pueden poner en jaque a los modelos constitucionales del primer constitucionalismo. (NEGRI, 1994)

El pasaje del primer al segundo constitucionalismo, cuando es tratado por constitucionalistas, se presenta como una nueva positivización de derechos, que viene a mejorar un sistema con algunas falencias. Y en muchos casos explica el fracaso de algunos modelos primigenios por fuera de las condiciones sociales y políticas de la época. Así, Pablo Lucas Verdú (2003, 22) plantea que la imaginación constitucional es creadora de normas e instituciones y “una hazaña admirable de la libertad, de la justicia, de la igualdad y del pluralismo político-social que reconoce y resguarda la dignidad humana”

Se da por sentado que el constitucionalismo social positivo, si bien nació en México en 1917, tuvo su primera expansión en Europa a partir de 1919. Algunos otros países europeos, sancionaron luego constituciones enroladas en esta tendencia, cuyo principal y novedoso rasgo fue la limitación de un derecho de propiedad que hasta ese momento se presentaba como absoluto. Este derecho de propiedad, sin ser abolido, sufría limitaciones en aras del “interés público” o el “bienestar social” o cualquier otra forma de denominar a ese conjunto indeterminado de intereses que podrían imponerse por sobre el derecho a la propiedad privada.

La constitución europea emblemática de este período fue la Constitución de Weimar de 1919. Pero no olvidemos, entre otras, a la Constitución de Austria de 1920. Estos cuerpos constitucionales no lograron consolidarse en el difícil período en que les tocó convertirse en derecho vigente (HOBSBAWM, 1994, 45) Pensamos que la

⁸ Se puede observar que, yendo a nuestro sistema constitucional, no habría impedimento para cambiar ninguna condición política, social o económica, ya que el texto vigente permite modificar la Constitución en cualquiera de sus partes. Sin embargo allí es donde se presenta claramente la operación ideológica del consentimiento, ya que presentan la aceptación de determinado ordenamiento como acatado en forma permanente, por ejemplo la irrestrictibilidad de la propiedad privada, cuando dichas condiciones son previas a la constitución misma del sujeto como habitante. Tan fuerte es esa vinculación que la intangibilidad de las declaraciones de principios, derecho y garantías de nuestra constitución fue “blindada” en el Pacto de la Rosada (13/12/1993), que dio origen a la aprobación de la Ley 24.309 de declaración de necesidad de la reforma constitucional de 1994, y que prohibía expresamente realizar modificaciones a dicha parte (JIMENEZ, 2000).

explicación a este “fracaso” lejos está de poder determinarse por motivos de diseño constitucional. Segundo Linares Quintana expresa:

Merece mención especial la Constitución austríaca de 1920, elaborada por Hans Kelsen, técnicamente perfecta pero que superando la realidad y posibilidades del país, fracasó en la práctica. Entre otras novedades institucionales consagró una Alta Corte Constitucional que declaraba la inconstitucionalidad de las leyes: fue la primera Constitución que atribuyó el contralor de constitucionalidad a un tribunal especial (LINARES QUINTANA, 1970, 612)

Coincidimos con Linares Quintana: por fuera de un diseño constitucional técnicamente correcto, imaginativo o aceptable, funcionan conflictos sociales que de acuerdo a como se expresan y a como se resuelven, toman por la fuerza el marco jurídico que estructura esa sociedad hasta destruirlo, modelarlo o resignificarlo según el caso.

Tan es así que Giorgio Agamben nos provee otro claro ejemplo, refiriéndose a la Constitución de Weimar, modelo ejemplar de constitución social demócrata:

“El texto del artículo 48 rezaba, de hecho: Si en el Reich alemán la seguridad y el orden público son seriamente (erheblich) perturbados o amenazados, el presidente del Reich puede tomar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y del orden público, eventualmente con la ayuda de las fuerzas armadas. En pos de este objetivo, puede suspender en su totalidad o en parte los derechos fundamentales (Grundrechte) establecidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 23, 124 y 153”. El artículo agregaba que una ley vendría a precisar en los particulares las modalidades del ejercicio de este poder presidencial. Como la ley no fue votada jamás, los poderes excepcionales del presidente permanecieron hasta tal punto indeterminados que no sólo la expresión “dictadura presidencial” fue usada corrientemente en la doctrina en referencia al artículo 48, sino que Schmitt pudo escribir en 1925 que “ninguna constitución de la tierra como aquella de Weimar había legalizado tan fácilmente un golpe de Estado” (AGAMBEN, 2003, 44-45)

El constitucionalismo social, pese a haber nacido antes, pudo materializar sus objetivos en la Europa occidental y desarrollada, luego de la segunda posguerra mundial, cuando el keynesianismo o Estado de Bienestar fue hegemónico, y con una serie de Constituciones nuevas dictadas bajo el influjo del genocidio y las consecuencias de los regímenes totalitarios. Esta hegemonía se gestó en buena medida porque la gran crisis que había sufrido el sistema capitalista a fines de la década de 1920, fue resuelta entre otras cuestiones, por una guerra que produjo decenas de millones de muertos; recién al finalizar la misma, se dieron las condiciones materiales que para hacer realidad un Estado regulador y una distribución de la renta que incluyera por primera vez a los trabajadores, como sujeto político y de consumo. (HOLLOWAY, 2003)

John Maynard Keynes fue quien plasmó como cuerpo teórico dentro de la disciplina económica, las políticas concretas que ya había iniciado entre otros, Franklin Delano Roosevelt en Estado Unidos. Sin duda, en el campo de la economía política, fue el teórico hegemónico de aquel período. El que teorizó sobre la posibilidad efectiva que en el campo económico, los conflictos que se dan al interior de la lucha entre capital y trabajo, no ya por la distribución de la renta, sino por la dirección del proceso productivo y por la apropiación de plusvalía, podían ser resueltos satisfaciendo a ambas partes, con la mediación del Estado. Económicamente se resolvía con un intervencionismo del

aparato estatal en la economía, no en el sentido liberal clásico –creando condiciones para una acumulación originaria, entre otras–, sino como productor directo en algunos casos, y como limitador de opciones/imposiciones en otros, como por ejemplo, la fijación de salarios mínimos o creación de juntas reguladoras de mercados. Pero esta propuesta económica presuponia unas condiciones políticas, principalmente caracterizadas por lo que se denominó *alianza de clases*, alianza en la que el trabajo renunciaba a su objetivo revolucionario, y el capital incluía en el mercado del consumo a los trabajadores.

En el campo de lo jurídico, Hans Kelsen, con su *Teoría Pura del Derecho*, imponía la noción de que en el marco de un ordenamiento jurídico jerarquizado y autosuficiente, con una lógica interna que no fuera afectada por cuestiones extra-jurídicas y respetando la supremacía de la norma fundamental del sistema, los conflictos políticos se podían resolver en el marco del derecho.

Ambos autores sentaron las bases –económicas y jurídicas– de lo que se conoció como Estado de Bienestar, que no iba a ser el modelo hegemónico en Occidente –y dentro de ese Occidente, en los países desarrollados– hasta luego de la segunda posguerra mundial. Este período permite sortear la crisis, sobretodo porque se basa en un sistema de producción superador de las limitaciones del control de la fuerza de trabajo en el primer período; es el modo de producción fordista, aquel que basándose en la gestión científica del trabajo desarrollada por Taylor (CORIAT, 1979), abre la puerta a la sociedad de masas, a la producción y al consumo masivo. Entre esta nueva forma de producción y la intervención del Estado en el mercado, nace una nueva *creencia/consenso* que permite legitimar esta segunda etapa, también basada en la creciente inclusión de los trabajadores en la vida política. Esta nueva creencia indica es que *el Estado somos todos*, ya que el soberano es el pueblo, y ahora ese soberano es elegido por todo el *pueblo* a través de los mecanismos de representación masificados –voto universal–, que ya no son sólo útiles para representar al varón propietario, sino que se han ampliado; sumado a que el Estado ahora protege los derechos de los trabajadores e interviene en la economía para regular las distorsiones del mercado, no quedaba otra posibilidad que admitir que se estaba ante el mejor de los mundos posibles.

Adam Przeworski, (1998) analiza el funcionamiento de la democracia capitalista en el marco del Estado del Bienestar, e indica claramente que es una forma de organización social en que toda la sociedad depende de las acciones de los capitalistas, ya que ellos se han asegurado la propiedad de los medios de producción. Que el resto de la sociedad pueda vender su capacidad de producción, depende del beneficio que dicha fuerza de trabajo produzca. Como esta condición se presenta como necesaria, “los capitalistas aparecen como portadores de intereses universales”. Esto hace que “la apropiación de los beneficios por parte de los capitalistas es una condición necesaria pero no suficiente para la futura realización de los intereses de ningún otro grupo”. Estos conceptos bastan para poner en duda, con un alto grado de seriedad, la existencia de algo que se pueda denominar *bien común*.

En este sentido se refiere a la aceptación de estas condiciones sociales cuando expresa:

Las relaciones sociales forman estructuras de decisión dentro de las cuales la gente percibe, evalúa y actúa. Consienten cuando eligen determinados cursos de actuación y cuando siguen esas decisiones en la práctica. Los asalariados consienten la organización capitalista de la sociedad cuando actúan como si pudieran mejorar sus condiciones materiales dentro de los límites del capitalismo. Más específicamente, consienten cuando actúan colectivamente como si el capitalismo fuera un juego de sumas positivas, es decir, cuando cooperan con los capitalistas al elegir sus estrategias. (Przeworski, 1998,169)

Coincidimos con Przeworski en su caracterización de *consentimiento*; lo que pensamos es que no se puede sostener que ese consentimiento sea prestado libre y voluntariamente –el autor citado no sostiene tal cosa–, ya que no le es materialmente posible a los trabajadores en su conjunto, decidir si van ser propietarios de los medios de producción o venderán su fuerza de trabajos. Es por ello que decimos que el consentimiento tiene que ver con las condiciones materiales preexistentes al momento en que es prestado.

Así, que el modelo constitucional del welfarismo se haya tornado hegemónico, nada tiene que ver con una imaginación o una fantasía constitucional: tiene que ver, principalmente, con las condiciones que necesitaba el capitalismo para sobrevivir a la gran crisis de sobreproducción que había explotado en 1929. No es un diseño constitucional el que puede limitar jurídicamente la propiedad privada en aras del bien común, y constitucionalizar los derechos de segunda generación, sino que es la necesidad del período de acumulación de capital del que se trate, el que va a plasmar principios constitucionales o resignificar los existentes.

Durante la vigencia del Estado de Bienestar algunos teóricos no dejaron de alertar sobre lo ideológico de estas creencias.⁹¹ Es decir no dejaron de alertar sobre el hecho de que la función básica del Estado no había cambiado: seguía siendo la de asegurar la vigencia y reproducción del capital. Esto quedaría demostrado de forma incontrovertible luego de la crisis de la década del '70 del siglo pasado, en la cual comenzaría a agonizar ese *estado de bienestar* y surgiría el denominado neoliberalismo, con todos sus efectos.

Lo que sucede en este período es que algunas condiciones políticas y económicas anteriores entran en contradicción con el modelo constitucional welfariano, puesto que ahora resulta fácilmente demostrable que la acumulación de capital no se detiene ante la más brutal explotación del trabajo alienado, ni del trabajo esclavo, infantil, del tráfico de personas, del uso irracional de recursos naturales, ni ante condiciones de marcada desigualdad social, etc, no sólo en países periféricos como se podría suponer, sino también en países centrales, a pesar de las normativas de protección vigentes en el orden internacional y al interior de los Estados Nacionales.

Y sin embargo las condiciones del consentimiento prestado al funcionamiento básico del sistema se mantienen –aparentemente– vigentes, lo que da cuenta de la complejidad de la noción de consenso, entre otras no desarrolladas en este trabajo como legitimación, hegemonía, etc.

IV. CONCLUSIONES

En principio, sostenemos una noción de consenso vinculada a una operación de imposición, no como una producción en la cual quienes *consensuan* se encuentran en igualdad de condiciones a los fines de debatir normativas o

⁹¹ “La política era considerada como el producto de la actividad social o, para ser más exactos, de las luchas sociales. De este modo las instituciones y las estructuras sociales podían ser leídas desde abajo, desde el punto de vista de la Revolución. Ni que decir tiene que esta posición entraba en contraposición con las posiciones mantenidas por el movimiento obrero “oficial” sobretodo, en lo que atañe a sus ataduras institucionales más extremas, cual es el caso de la afirmación de que era necesario actuar a través del parlamento para conseguir reformas. El análisis del pensamiento de Keynes y de la política del new deal, demostraron que, más allá de las ridículas pretensiones de la representación burguesa, si era posible conseguir reformas, pero para conseguir las era necesario luchar por la revolución” De la introducción a la traducción al inglés del artículo “John Maynard Keynes y la teoría capitalista del Estado en 1929” escrito en 1967, que se publicó en Hardt, Michel y Negri, Antonio, *The Labour of Dionysus. A critique of the State-Form*, University of Minnesota Press, Minneapolis-Lndres, 1994. En español este artículo está contenido en Negri, Antonio, *La forma-Estado*. Ediciones Akal, Madrid, 2003. pp. 183-285. Sobre el análisis del Estado de bienestar, también Negri en *Marx, más allá de Marx, cuadernos de trabajo sobre los Grundrisse*, Akal Ediciones, Madrid, 2001.

derroteros a seguir que impliquen reglas de las cuales no se pueden apartar. *Consenso* no es idéntico a acuerdo, más bien es antagónico. Pero lejos de presentarse como una imposición basada en la fuerza, el *consenso* se produce a partir de una operación ideológica, en el sentido de deformación de la realidad, que posibilita que a quien le es impuesta la norma, la regla, el derrotero, aparentemente lo acepte como producto de su *libre voluntad*. Decimos que el *consenso* es una operación ideológica, en tanto realiza una *representación* de la realidad, que no da cuenta de la complejidad de la misma, ocultando determinados aspectos de la misma y presentando otros, que son puramente creencia, como si fueran reales, como si pudieran ser (y hubieran sido) científicamente comprobables. Inclusive, se presentan y se sostienen estos aspectos deformados, más allá de la evidencia fácilmente demostrable (y demostrada históricamente) de su *apariencia* deformada.

El consenso constitucional es producto de ese consenso social, como emergente de reglas básicas metajurídicas, que se imponen muchas veces sobre la normativa vigente. Todo acuerdo de creación o reforma constitucional tiene elementos consensuados (es decir impuestos) y elementos acordados, o pactados entre diferentes actores sociales (no necesariamente partidos), es decir productos de una negociación en alguna medida realizada en igualdad de condiciones, en la que se acuerdan diseños a partir de los propios intereses.

En este marco habría que tratar de asegurar que la participación popular en el marco de la representación formal, asegure que los elementos de *acuerdo* sean mayores a los de *consenso*, siempre teniendo en cuenta la complejidad que presenta el tema.

La "imaginación" constitucional puede resultar exitosa o no, pero lo que permitirá sociedades democráticas será la construcción social de otras condiciones materiales y subjetivas, por parte de los afectados por el actual sistema de producción y reproducción social.

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G. (2003) *Estado de Excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2004.
- BORON, A. (1991) *Estado, Capitalismo y Democracia en América Latina*, Buenos Aires, Imago Mundi, 1992.
- CALO, O. (2008) "Leyes y sujetos" en Minecelli, Mercedes (coord.) *Infancia e institución(es). Escrituras de la ley en la cultura vs .maltrato y abuso infantil. Políticas y derechos de la subjetividad infantil*, Buenos Aires, Ediciones Novedades Educativas, 2008, 71-91.
- CASTELLS, M. (1999) *La era de la información. La sociedad red, Vol. I*, Madrid, Siglo XXI, 2006.
- CORIAT, B. (1979) *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*, Madrid, Siglo XXI, 1997.
- ELSTER, J. (1984) "Marxismo, funcionalismo y teoría de los juegos. Alegato a favor del individualismo metodológico", *Revista Zona Abierta*, Número 33, 21-62, 1984.
- GARGARELLA, R. (1999) "El republicanismo y la filosofía política contemporánea" en Borón, Atilio (comp..) *Teoría y filosofía política, la tradición clásica y las nuevas fronteras*, Buenos Aires, Clacso-Eudeba, 1999, 39-66.
- GARGARELLA, R. (2008) "El contenido igualitario del constitucionalismo" en Gargarella, Roberto (coord.) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, I, 7-22
- GARGARELLA, R. (2008) "Constitucionalismo vs. Democracia" en Gargarella, Roberto (coord.) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, I, 23-40.
- HOLLOWAY, J. (2002) *Cambiar el mundo sin tomar el poder*, Buenos Aires, Ediciones Herramienta-Universidad Autónoma de Puebla, 2002.
- JIMÉNEZ, E. (2000) *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000.
- LEWKOWICZ, I. (2004) *Pensar sin Estado, la subjetividad en la era de la fluidez*, Bs. As. Paidós, 2004.
- LINARES QUINTANA, S. (1970) *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970.
- LÓPEZ, H. (1994) "Del sujeto y la verdad en el discurso del Derecho: Una lectura psicoanalítica de la Teoría Pura del Derecho" en *Psicoanálisis, un discurso en movimiento, derivas del descubrimiento freudiano*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 1994, 193-216.
- MARX, C. (1867) *El Capital. Crítica de la economía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- MUCHNIK, D. (1998) *Argentina modelo. De la furia a la resignación*, Buenos Aires, Manantial, 1998.
- NEGRI, A. (1994) *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias/Prodhufi, 1994.
- NEGRI, A. (1998) *Marx, más allá de Marx, cuadernos de trabajo sobre los Grundrisse*, Madrid, Akal, 2001.
- NEGRI, A. (1977) *La forma-Estado*, Madrid, Akal, 2003.
- PAINÉ, T. (1792) *Derechos de Hombre*, Madrid, Alianza, 1984.
- POULANTZAS, N. (1978) *Estado, Poder y Socialismo*, México, Siglo XXI, 1987.
- PRZEWORSKI, A. (1988) *Capitalismo y sociocracia*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- STRASSER, C. (1999) *Democracia & Desigualdad, Sobre la "democracia real" a fines del siglo XX*, Buenos Aires, Clacso-Asdi, 1999.
- VERDÚ, L. (2003) "La imaginación constitucional como creación política" en AAVV, *Defensa de la Constitución, Garantismo y Controles.*, Buenos Aires, Ediar, 2003.

LA FIJACIÓN DE LA MENTALIDAD JURÍDICA

Por Miguel Osorio

RESUMEN

Althusser plantea la Interpelación como el mecanismo que posibilita a cualquier ideología "reclutar" sujetos. Diferentes enfoques han trabajado en una Teoría de la Interpelación en relación con la identidad, el reconocimiento y la subjetividad. El presente texto examina la relación de este concepto con el Derecho. El Derecho en tanto ideología busca interpelar, producir sujetos jurídicos. En este sentido, el positivismo jurídico luce como el intento más acabado. Desde Bentham hasta Von Right, pasando por Ross, encarar el problema de la formulación sistemática, racional y clara de la norma busca obtener del individuo un mejor acatamiento y una legitimidad cada vez más sólida, es decir, *interpelar*. Sin embargo, en la actualidad, estos atributos deseados en la norma no se han obtenido cabalmente. Por el contrario, circunstancias como el exceso, el desorden normativo y el analfabetismo, son un obstáculo entre el individuo y la norma. Surgen entonces algunos interrogantes: ¿En la actualidad, cómo se constituye la mentalidad jurídica del sujeto? ¿Cómo y quién interpela al sujeto jurídico que hace posible la funcionalidad y legitimidad del aparato jurídico-estatal de una sociedad?

PALABRAS CLAVE

Ideología, interpelación, sujeto, sujeto jurídico, norma, religión, legitimación, ordenamiento jurídico.

THE JURIDICAL MENTALITY FIXATION

By Miguel Osorio

ABSTRACT

Althusser suggests Interpellation as a mechanism that allows any ideology to recruit subjects. Several approaches have worked in a Theory of Interpellation regarding identity, recognition, and subjectivity. This paper explores this concept in relation with Law. Law understood as ideology aims to interpellate, to produce juridical subjects. Therefore, juridical positivism seems like a well-finished try. From Bentham to Von Right, passing through Ross, the objective of a systematic, rational and clear idea of the norm is to get a better and more solid observance and legitimacy. However, this objective has not been accomplished quite accurately. On the contrary, excess, normative disorder and illiteracy are barriers in between the individual and the norm. Some questions then appear: how is the formation of the subject's juridical mentality done currently? How is the juridical subject interpellated to make possible the functionality and legitimacy of the juridical-state apparatus, and who is it interpellated by?

KEY WORDS

Ideology, interpellation, subject, juridical subject, norm, religion, legitimation, legal order.

LA FIJACIÓN DE LA MENTALIDAD JURÍDICA

Por Miguel Osorio*

Debemos a Luis Althusser (1969) la puesta en escena de lo que se ha denominado "teoría de la interpelación" (Rivero) (Butler, 2001) (Žižek, 2001). Este concepto, su valor para la teoría social, fueron trazados explícitamente en el conocido ensayo "Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado". Si bien es introducido a propósito del problema de la Ideología, sus consideraciones acerca del problema de la Interpelación han alimentado los actuales debates en torno al sujeto, la subjetividad, el reconocimiento y la identidad. En éstas líneas pretendemos limitar el tema en relación con el Derecho y su funcionamiento.

Para Althusser, se trata de una hipótesis acerca del funcionamiento de la Ideología. Por ideología designa "una «representación» de la relación imaginaria de los individuos con sus condiciones reales de existencia". Con éste límite se dejan de lado concepciones que tratan a la ideología como simple imaginaria, un invento *consciente*, de tal o cual individuo o institución para inducir a engaño a los demás, o un mero residuo *inconsciente* de los deseos colectivos reprimidos. De otra parte, la referencia a las "condiciones reales de existencia", introduce el elemento de *materialidad* de la ideología que Althusser enfatiza.

El funcionamiento de la ideología implica la relación de sujetos. De un lado se encuentra el Sujeto (con mayúscula) y, de otro, los sujetos (con minúscula). El Sujeto es el punto focal de donde proviene la ideología, es el eje que articula a los sujetos. La relación entre el Sujeto y los sujetos es de tipo especular. El efecto de la ideología es la *constitución* de sujetos. La *constitución* de éstos se realiza por medio del acto de la interpelación. La interpelación es la encargada de "reclutar sujetos" para la ideología. El ejemplo que trae Althusser es el de la ideología religiosa católica. El rol del Sujeto lo desempeña la idea de Dios. Dios en tanto Sujeto único, constituye a los múltiples sujetos católicos (los feligreses) de manera especular, es decir, los sujetos están hechos a "imagen y semejanza del Sujeto".

La interpelación se lleva a cabo como el hecho de la "palabra de Dios" que es dirigida a los pecadores con miras a que se conviertan en buenos cristianos (sujetos), y de esta manera alberguen a Dios en sus corazones, es decir, se conviertan en imagen del Sujeto. De donde se deduce que el Sujeto necesita tanto de los sujetos que lo reflejan y reconocen su llamado (interpelación), como los múltiples sujetos católicos necesitan al Sujeto Dios gracias al cual adquieren la condición que les da un lugar en este mundo.

Sin embargo, esta estructura, y su funcionamiento, se replica en cada institución, en todas las formas de la ideología. Así en el aparato educativo, en la familia, en la fábrica, en la publicidad, y en general en las diversas manifestaciones de la cultura, allí donde se precisa que en una sociedad clasista los individuos se *representen* de manera distorsionada su relación *imaginaria* con las condiciones *reales* en que existen.

La interpelación es graficada por Althusser mediante una auténtica puesta en escena, la conocida escena Althusseriana del policía que interpela a un individuo en una calle: "¡Eh, usted, oiga!". En el momento en que el individuo voltea a ver se ha reconocido como sujeto de la ideología, justo porque ha reconocido el llamado del Sujeto (Ley, autoridad, justicia, etc). Inversamente, el Sujeto y la interpelación que lanzó efectivamente fueron reconocidos por un individuo. Se dirá entonces que éste individuo se constituyó en sujeto de la ideología "policial", o "legal", etc.

Además, la noción de sujeto propuesta por Althusser implica un doble sentido: expresa el sentido de la subjetividad del individuo, un individuo con "conciencia", una abstracción del individuo concreto, y al mismo tiempo remite a la *sujeción* en que se encuentra el individuo cuando hace parte de una ideología. Ser sujeto implica por tanto, ser alguien, y además estar sujeto (a la ideología y por ende al Sujeto que interpela ideológicamente al individuo). Esta *sujeción* del *sujeto*, queda garantizada a partir del momento del *reconocimiento* que el individuo confiere a quién le interpela ideológicamente. En el ejemplo citado, el reconocimiento ocurre cuando el ciudadano se vuelve tras reconocer la interpelación policial "¡eh, usted, oiga!"

El debate sobre la interpelación, a partir de la propuesta de Althusser, ha devenido en una auténtica "teoría de la interpelación" que se ha planteado nuevos interrogantes, ha agregado nuevos elementos, e incluso, cuestionado algunos rasgos de la formulación inicial Althusseriana. A juicio de la profesora Aguilar Rivero, en la actualidad la discusión gira en torno a dos ejes: la *interpelación* en relación con la *identidad*, es decir, como reconocimiento, y la *interpelación* en relación con la subjetividad entendida como resistencia a la *sujeción*. En esta discusión participarían, de una parte, la profesora de Berkeley Judith Butler y sus seguidores, de otra, la Escuela de Eslovenia encabezada por Žižek. También influiría aquella línea portadora de elementos Lacanianos y de teoría social; y finalmente, aquellos teóricos agrupados bajo el nombre de "Nueva teoría política". E. Balibar sería uno de sus representantes más visibles.

Butler (2001) señala que uno de los puntos débiles de Althusser, en este tema, radicaría en que deja sin responder por qué la interpelación resulta efectiva; por qué el interpelado *reconoce* el llamado de la ideología y decide *sujetarse* (hacerse *sujeto*). Es decir, en la teatralización de la interpelación no queda claro por qué forzosamente el ciudadano se da la vuelta, responde al llamado del policía que lo interpela, y no hace cualquier otra cosa, como podría. Butler, por su parte, identifica en este momento de la escena la manifestación de una suerte de sumisión preexistente en el individuo interpelado:

"¿Esta sumisión fundacional es una forma de rendición anterior a cualquier motivación psicológica? ¿cómo podemos explicar la disposición psíquica operante en el momento cuando el transeúnte responde a la ley? ¿Qué es lo que condiciona e informa su respuesta? ¿Por qué responde el transeúnte al « ¡Eh!, usted» dándose vuelta?" (Butler, 2001: 125)

Butler sugiere que subsiste en el sujeto un *psiquismo* anterior, una *culpa* que lo haría proclive a aceptar la *llamada* de la autoridad. Esta culpa haría que se constituyera una forma de *amor a la autoridad*, lo cual sería la condición de identidad del sujeto, de su existencia subjetiva. Se amaría a la ley, a la autoridad y se estaría atento al llamado, a ser interpelado, porque la existencia misma, la subjetividad del sujeto depende de esta *sujeción* autoritaria; lo constituye. Para Butler, en el recurrente ejemplo cristiano utilizado por Althusser como paradigma del funcionamiento de la ideología en general, se trasluce la existencia de la culpa preexistente y la necesidad de amor y apego a la autoridad, sumisión esta que haría posible que el acto de interpelación ideológica tenga éxito en la constitución del sujeto. La posibilidad de estructurar una subjetividad sería el precio que se paga por la sumisión a la ideología dominante que interpela (127).

Mediante esta interpelación (aceptada, querida y esperada por el sujeto), la culpa del sujeto sería disipada. La *sujeción* garantizaría la limpieza culpable, la desactivación del mecanismo psíquico que acusa la conciencia del

* Universidad del Cauca, Colombia.

individuo. En la escena policial podría verse la vuelta del individuo ante la interpelación policial como el *gesto* ciudadano de haber *reconocido* (aprobado subjetivamente) la ley y la necesidad de concurrir ante ella ha demostrar que no tiene nada que esconder, que tiene “la conciencia tranquila”, libre de culpa, que es un buen ciudadano. De no haber sido un *buen sujeto* habría salido corriendo, por ejemplo. Sin embargo, la vuelta abrupta hacia el llamado, implica un sentimiento culpable anterior. Estos elementos serían propios de la interpelación en general, sea el caso de la ideología religiosa, policiva, jurídica, etc.

“La «sumisión» a las reglas de la ideología dominante podría verse, entonces, como una sumisión de probar inocencia ante una acusación (...) por consiguiente, devenir «sujeto» es haber sido presumido culpable, y luego juzgado y declarado inocente”. (132)

La versión que ofrece Butler de la *interpelación* deja pocas o ninguna opción para la *resistencia* del sujeto. Es decir, al hacer depender el éxito de la interpelación, esto es, la sujeción del sujeto a la ideología dominante, de la constitución psíquica anterior preexistente en el sujeto, deja clausurado el camino a la resistencia y emancipación del sujeto. Por esto mismo Butler concibe al ser humano como eternamente *sujeto*, desecha la noción de individuo –por oposición a sujeto- de la que se vale Althusser, por considerarla una palabra “comodín” (131):

“En este sentido, como condición previa y esencial para la formación del sujeto, existe cierta disposición a ser apremiado por la interpelación autoritaria, lo cual sugiere que uno/a está ya, por así decir, en relación con la voz antes de responder a ella, está ya comprometido/a con los términos del reconocimiento errado pero vivificador que ofrece la autoridad a la que posteriormente se rinde. O quizás ya se ha rendido antes de darse la vuelta y este gesto no es más que el signo de la inevitable sumisión...” (125)

Es verdad que la disposición a ser sujeto ideológico puede tener resortes psíquicos. Sin embargo, este hecho no es concluyente acerca de por qué la interpelación resulta exitosa. Como es sabido, el rastreo de lo psíquico nos lleva de vuelta a la cultura (la represión aprendida por vía de la familia, las instituciones educativas, los medios de comunicación y el entretenimiento, el arte, etc.) y con ello a la configuración de la estructura social, a menos que se conciba la dimensión psíquica del individuo un mero rasgo natural-fisiológico.

Respecto a la culpabilidad preexistente en el *sujeto clínico*, viene al caso la conferencia de Sigmund Freud, “El Psicoanálisis y el Diagnóstico de los Hechos en los Procedimientos Judiciales”, pronunciada en el Seminario del profesor Löfler, de la Universidad de Viena, en 1906. En ella se hacen algunas observaciones sobre el proceso de interpelación judicial-forense, en el marco de las técnicas del psicoanálisis, que bien sirven para enriquecer las ideas que se han expuesto. El experimento de *asociación* que se comenta permite observar la reacción de una persona, su respuesta, frente a una palabra que le dirige un interlocutor. Las modalidades de la observación permitirían conocer ciertas enfermedades psíquicas del interpelado, esto es, los “complejos”. Esta técnica, trasladada al interrogatorio judicial permitiría establecer el grado de verdad de las respuestas del interrogado.

Una de las observaciones interesantes de Freud, que guarda relación con las observaciones de la profesora Butler, es la del “contenido ideológico preexistente en el sujeto de la reacción” que determinaría el tipo de reacción ante la “palabra-estímulo” planteada. Si entendemos la palabra-estímulo como una forma de interpelación que puede ser asumida por cualquier otro discurso, la reacción del sujeto, de reconocimiento de la interpelación o desconocimiento, vendría dada por una suerte de ideología preexistente, una pre-disposición (¿psíquica? ¿cultural?) en el individuo.

En el mismo sentido, Freud menciona además la posibilidad de un "sentimiento de *culpabilidad* preexistente"¹ en el sujeto, que influiría sobre el tipo de reacción ante la interpelación del investigador judicial. Este planteo se condice con el de Butler en el sentido de una culpa constitutiva en el sujeto, que lo hace proclive a reconocer la interpelación del poder como condición de sumisión que garantiza su existencia subjetiva, la configuración de la identidad propia, la existencia misma del sujeto. Es preferible ser esclavo, pero *ser*, al fin (Butler, 2001: 144). Freud señala:

"Podéis ser inducidos a error en vuestra investigación por un neurótico que reaccione como si fuera culpable, aunque sea inocente, porque un sentimiento de culpabilidad preexistente en él y en acecho constante de una ocasión propicia se apodera de la acusación de que se trate"

Finalmente, desde éste punto de vista exclusivamente psíquico de la interpelación, la "resistencia" es percibida como un síntoma, antes que como una manera de escapar a la interpelación. La resistencia psíquica consiste en evitar aprehender aquel secreto que constituye el *complejo* que precisamente busca encontrar el terapeuta a través de la interpelación, como parte de un experimento de libre asociación. Se manifiesta la "resistencia" del sujeto justamente cuando la interpelación ha tenido éxito, es decir, aún en su resistencia, o gracias a ella, el individuo es reclutado como sujeto de la técnica psicoanalítica. Comparando, se trata del individuo que no voltea ante la llamada policial, sino que huye.

La resistencia del sujeto en términos políticos, en un sentido Althusseriano y Marxista, implica mucho más. Se trata de conocer científicamente el mecanismo de la interpelación, no para ser un "buen interpelado", sino para emancipar al sujeto, en lo inmediato, por medio de la crítica a la ideología dominante, pero radicalmente, mediante la transformación práctica de las estructuras y relaciones sociales que eyectan constantemente ideología. La "resistencia" psíquica sería un mecanismo *inconsciente* por definición, la resistencia política es, por definición, *consciente*. Sobre la resistencia psíquica y su calidad de síntoma, antes que de emancipación del sujeto, Freud continúa:

"Pero el enfermo, al que se recomienda la más absoluta obediencia a la regla de comunicar todas sus ocurrencias, no parece hallarse en situación de hacerlo. Retiene algunas de ellas, trata de justificar con diversas razones, alegando que se trata de algo insignificante, impertinente o totalmente sin sentido. Entonces le pedimos que comunique y persiga la ocurrencia de que se trate, a pesar de tales objeciones; pues precisamente la crítica que en ellas se exterioriza es una prueba de que la ocurrencia correspondiente pertenece al complejo que tratamos de descubrir. En esta conducta del paciente vemos una manifestación de la «resistencia» en él dada, que no le abandonará ya en todo el curso del tratamiento. Este concepto de la resistencia ha logrado máxima significación para nuestra inteligencia de la génesis de la enfermedad y del mecanismo de la curación".

La propuesta de Althusser está directamente relacionada con la resistencia consciente y la emancipación del sujeto. Justamente ese es el papel de la teoría. Hacer evidente los mecanismos de dominación que por parecer obvios no son analizados, gracias a lo cual operan eficazmente. Por eso Althusser diferencia entre individuo y sujeto. Porque esta última es una condición histórico-socio-política, mudable, atacable, destruible. Althusser (1969) concibe, además, la posibilidad de *lucha* –resistencia política– al interior de los aparatos ideológicos, y posibilidad de un discurso sin sujeto, esto es, la ciencia:

1 Cursivas agregadas

“Ahora bien, en este conocimiento [científico] hay que ir a parar si se quiere, mientras se hable en la ideología y desde el seno de la ideología, esbozar un discurso que intente romper con la ideología para atreverse a ser el comienzo de un discurso científico (sin sujeto) sobre la ideología.”

EL DERECHO, EL MITO

Si bien Althusser trae dos grandes ejemplos para graficar el funcionamiento de la interpelación, a saber, la ideología religiosa y la ideología jurídica, este último da pie a algunas reflexiones adicionales. En las sociedades antiguas, dado que las diferentes normatividades y pautas de conducta no se encuentran aún separadas y no han alcanzado el grado de especificidad con que se manifiestan en las sociedades contemporáneas, en las cuales se plantea la autonomía de los diferentes estatutos de la vida social (moral, derecho, política, economía, vida privada, vida pública, etc.), se tiene que la interpelación ideológica de los individuos está directamente vinculada con el mito y el rito religioso. Ya Althusser adelanta esto en su referencia a la ideología religiosa, basado en los ejemplos de la antigüedad bíblica en la que Dios “habla” –interpela– a sus elegidos.

En sociedades antiguas, no burguesas, la interpelación al sujeto se hace por medios diferentes a los actuales. No existen normas codificadas escritas, ni discursos racionales que apelen a los principios de conducta en sociedad. Existe el mito. Un gran relato mágico que a la vez que brinda subjetividad al individuo asignándole un rol, garantiza el funcionamiento de las estructuras sociales. La interpelación se realiza a través de lo que Joseph Campbell denomina la “llamada” (2006: 53). En toda estructura mítica Campbell identifica el camino que ha de seguir el “héroe”, *sujeto* del mito. La estructura del mito consta de separación-iniciación-retorno. El sujeto inicia la *aventura* del camino que plantea el mito a través de la *llamada*, es decir, el momento de la interpelación.

El mito es un relato, una explicación, que sirve de pauta paradigmática a la comunidad. El ritual repite un único mito colectivo ancestral, cada vez en cabeza de cada individuo. Campbell cita el ejemplo de algunos cuentos de hadas, donde el sujeto (una princesa, un pastor, etc.) recibe la visita de un mensajero mágico que le invita a emprender la aventura (54). Algunos rituales tribales implicarían esta estructura, en la cual el sujeto debe desprenderse de viejas normas de conducta y asumir nuevas que permitan la “madurez” necesaria para “volver al mundo normal” (17). Se refiere, por ejemplo, a las ceremonias iniciáticas del paso de la niñez a la adultez, con la correspondiente asimilación del lugar que le corresponderá asumir en la sociedad al sujeto.

Aquí nos interesa la *forma* que asume el momento de la interpelación mítica, en comparación con la interpelación jurídica actual. En la estructura ideológica del mito tenemos de nuevo al Sujeto que interpela a los sujetos. En el mito esta interpelación está mediada, representada por un mensajero, o por alguna señal. Generalmente no es expresa, no está redactada, especificada. Es un conjunto de símbolos, un relato, una alegoría. Muy diferente es la interpelación jurídica ideológica moderna, que se vale de normas precisas, impersonales, abstractas, codificadas. El paso a la mayoría de edad, por ejemplo, deja de ser una ceremonia, y resulta, a los sumo, un título acreditado en un papel. Es cierto que le habilita para un nuevo rol político, pero esta habilitación viene de la mano de una simple norma. Un enunciado, entre miles que codifica la ley.

Independientemente de las implicaciones psíquicas del mito en el sujeto, interesan aquí las implicaciones sociales. En últimas, el mito y el Derecho interpelan para *sujetar* el individuo a la “normalidad” social, a las estructuras sociales que ya están dispuestas de antemano. Entre el poder y los individuos se resbala el mito y el Derecho como

aquello que, interpelando, permite desplazar la especial configuración del poder desde el plano externo, social, político, a la esfera interna, psíquica, moral, del individuo, esto es, se internaliza la dominación, se acepta. Algo que también queda claro es que la *llamada* mítica confiere una subjetividad total, psíquico-cultural-político-religiosa, que la interpelación jurídica no consigue, o no se propone. Ser sujeto jurídico, ni siquiera equivale a ser sujeto político, y mucho menos moral, en las sociedades contemporáneas.

INTERPELACIÓN JURÍDICA. LA MENTALIDAD DEL SÚBDITO

Las sociedades contemporáneas burguesas desde un principio se preocuparon por darle una nueva *forma* a la ley. En esta nueva forma están en juego la capacidad para hacerse obedecer y configurar un nuevo orden social, sin presentarse como la misma vieja dominación que se acababa de sustituir. Frente al *privilegio concreto*, que es la *forma* que encarna la ley en el absolutismo feudal, la burguesía opone la universalidad de la ley, es decir la *norma abstracta*, que se erige no en nombre de una legitimidad divina del poder político, sino racional. La exigencia de la ley, de la norma, del Derecho, por tanto, es de *racionalidad*.

Ya en el siglo XVII, Bentham se lamenta de que las leyes Inglesas no sean lo suficientemente claras, y estén sistemáticamente codificadas, de manera que los "súbditos" las conozcan y acaten indubitablemente (2004:16). Bentham, consecuente con el espíritu de conocimiento positivo de las ciencias naturales, sienta las bases para una sistemática racional de la ley. La "Nomografía", o el arte de redactar leyes (4), se propone como fin que la ley sea conocida, comprendida en su significado y en su contenido por todos. El ideal del conocimiento universal de la Ilustración trasladado al objeto jurídico. Esto, desde luego, no como un prurito meramente enciclopédico, sino más bien práctico: que la ley produzca efectos positivos en la comunidad (14). Este requisito lo formulan todas las legislaciones contemporáneas burguesas, bajo el imperativo del principio de publicidad de la Ley. De esta manera, Bentham introduce los problemas del lenguaje al estudio de la forma de la ley. Este anhelo de maximizar la comprensión del *significado* de la ley, por parte de cada uno de los ciudadanos brinda desde ya luces acerca del rumbo que toma la interpelación ideológica en el ámbito jurídico.

Bentham señala algunas imperfecciones que pueden "viciar" cualquier fragmento legislativo: la ambigüedad, la oscuridad, la voluminosidad, la incertidumbre en la expresión y en el significado, la redundancia, el desorden, etc. Todos estos "vicios" de la redacción de la norma están relacionados con el *significado* y con la comunicación del contenido del derecho. Acerca del daño que causa una ley redactada con estas imperfecciones considera en particular la "incognoscibilidad":

"El daño fundamental consiste en la no cognoscibilidad o lo que viene a ser lo mismo, la ininteligibilidad por parte de aquel a quien va destinado o se intenta que vaya destinado el derecho. En un caso, la mente de esta manera oscurecida es la del individuo, el súbdito-ciudadano; en el otro, el propio legislador, que es el autor mismo de la oscuridad." (26)

Como los pensadores radicales de su tiempo, Bentham trasluce los propósitos del Derecho burgués con un arrojo casi ingenuo. No oculta que de lo que se trata ante todo es de sujetar –"anclar" "atar", en el texto de Bentham– la mente del "súbdito"; que la ley labre en la mentalidad del *individuo* todo su *significado*. "Pero indicando la

razón, si es que hay una razón, se facilitará un instrumento de fijación, a modo de un ancla para *atarla* a la mente, como no hay posibilidad de que se le dé por ningún otro medio” (29).

Esto de sujetar la mentalidad del individuo al *significado* de la ley equivale directamente a constituir su subjetividad. Se sabe que el significado de la ley burguesa que piensa Bentham no es otro que el del Utilitarismo. La exigencia es que éste individuo pase a ser *sujeto*, y para ello se hace necesario perfeccionar el momento de la interpelación. La palabra escrita parece ser el medio más eficaz. Entre otras cosas porque se supone que brinda mayor certeza, mayor permanencia en el tiempo.

Sujetar el cuerpo es una tarea relativamente sencilla. Es cuestión de que exista una organización de la fuerza destinada a tal fin. La preocupación de Bentham, que es la del Derecho burgués de su tiempo, es *sujetar* la mente: constituir sujetos jurídicos. Esto lo reconoce Bentham palmariamente, lo cual no deja de ser interesante, si se compara con el discurso jurídico de nuestros días que se esfuerza por borrar cualquier indicio de dominación en sus palabras:

“Cualquier fragmento legal que se presenta en forma de ley no escrita, no tiene, hablando con propiedad, ninguna existencia. Porque de un fragmento de ley sólo puede decirse que existe, hablando con propiedad, en virtud de ciertas palabras a las que ha sido confiado y de cuyas expresiones se compone. (...) Aunque sobre un asunto determinado no exista ningún fragmento real de ley, se puede castigar a un hombre, como día a día se hace (...) Pero tal acto de poder o castigo no produce por sí mismo una verdadera ley. El castigo es el acto de un juez o de cualquier otra persona que tiene poder para hacer el mal a quien se le dice que castigue”. (29)

EL PRESTIGIO DE LA AUTORIDAD

El positivismo jurídico del siglo XIX, perseguirá el ideal Bethamiano, pero será la lógica deontica de mediados de siglo XX la encargada de hacer el mejor intento en materia específica de la disposición lingüística formal de la norma. En manos de los lógicos el contenido del Derecho queda suspendido, y en cambio, surge como prioridad la *forma*. Esto, quizá, como consecuencia de que el *contenido* de la ideología jurídica burguesa ha pasado a un segundo plano, ha mutado desde los años de la gran revolución de 1789, libertarios, igualitarios y fraternales, talvez blindándose contra sus mismos principios y, en varias ocasiones, echándolos por tierra cuando el Derecho Liberal ha necesitado transformarse en Fascista.

Von Wright (1997) funda un sistema de *lógica deontica* del que parten los actuales debates a este respecto. Éste tiene como fin establecer la *posibilidad* lógica de los enunciados normativos. Esta posibilidad lógica estaría dada por la ausencia de contradicción en el contenido de una norma o entre diferentes normas de un cuerpo normativo, permitiendo así que la prescripción pueda ser satisfecha por el destinatario. En esto radicaría la *racionalidad* que debe ostentar la norma; en la posibilidad de ser satisfecha por el *sujeto* normativo. Con todo, esta racionalidad formal de la norma tendría como preocupación principal, ya no *sujetar* la mente del individuo al contenido de la norma a través del conocimiento público y sencillo de la ley, facilitando así el acatamiento, como en Bentham, sino evitarle al órgano que emite las normas que “su prestigio pueda disminuir de cara a sus súbditos”, tal como lo sugiere Von Wright (36).

Este “prestigio” no es otra cosa que la legitimidad de que goza un orden político. La racionalidad de Bentham es inseparable de los fines que persigue la ley: la máxima felicidad para el mayor número de personas, de acuerdo a los principios utilitaristas. La *racionalidad* de la lógica deontica, en cambio, podría servir a cualquier fin, el grado de

especificidad que predica es proporcional a la independencia que ha cobrado respecto del contenido. De ahí que esta racionalidad *formal*, sea compatible con cualquier régimen, incluyendo uno no democrático (paradigma de irracionalidad política en el siglo XX, por antonomasia).

LA IDEOLOGÍA DE LA BUROCRACIA

Otro rasgo que se puede observar en el momento *lógico* de la interpelación jurídica es que la norma, su redacción, su sentido, ya no estaría diseñado para ser recibido por los "súbditos", por el pueblo llano, sino por un sujeto calificado, específico: los jueces. Ross es categórico en definir esta idea (2006: 59). Consecuente con su empirismo, afirma que las normas están dirigidas a los tribunales, ya que son estos los encargados de aplicarlas. La norma daría pautas al juez de cómo decidir judicialmente ante determinados hechos. Las personas, el ciudadano común, acatarían las normas y se conducirían suponiendo las decisiones que los jueces tomarán en el futuro. De esta manera, indirectamente, los ciudadanos conocen la norma.

En este paso parecería que se rompe el esquema de interpelación Althusseriano simple, que bien se cumpliría en Bentham, en el cual la autoridad (Sujeto) interpela a los "súbditos" (sujetos) mediante la norma fijadora de *mentalidades*. Si, tal como afirma Ross, la norma está dirigida a los jueces, entonces la *interpelación* se realiza principalmente sobre la burocracia, constituyendo así la subjetividad de éstos, "anclando su mente". Pero ¿qué decir, entonces, de los "súbditos", de las personas comunes? ¿Cómo se realiza la interpelación del sujeto-ciudadano ordinario? o ¿el desarrollo del aparato jurídico hace innecesaria la interpelación jurídica sobre los sectores subalternos? ¿Acaso ya no se realiza?

"Una medida legislativa que no contenga directivas para los tribunales sólo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia jurídica. A la inversa, si la medida contiene una directiva para los tribunales, entonces no hace falta dar a los particulares instrucciones adicionales sobre su comportamiento." (59)

Ross está señalando una función adicional de la norma, independientemente de que éstas indiquen directivas a los tribunales. Se trata de una *función ideológica*. La función ideológica de la norma estaría garantizada por aquellas disposiciones legales que resultan una "norma en sentido figurado" y que en realidad lo que pretenden es inculcar socialmente en el individuo ciertos "impulsos" que "son vividos (*experienced*) como un imperativo categórico que lo «obliga», sin referencia a sus intereses e incluso en conflicto directo con éstos" (81). Ross, contrario a los que definen el derecho por el elemento fuerza, confiere importancia capital a la "validez", la cual dependería del éxito de la función ideológica:

"La mayor parte de las personas obedecen al derecho no sólo por temor a la policía y a las sanciones sociales extrajurídicas (pérdida de reputación, de la confianza, etc.), sino también por respeto desinteresado al derecho. También el ciudadano ordinario está animado, en mayor o menor grado, de una actitud de respeto al derecho, a la luz de la cual los gobernantes aparecen como «poderes legítimos» o «autoridades»..." (82)

Y tiene razón. Sólo que de una manera un tanto candorosa. La función ideológica de la norma es mucho más subyugante que inculcar "respeto desinteresado" por la ley. Además, y esto es fundamental en contra de Ross, surge la inconsistencia capital de hacer depender la *totalidad* del ordenamiento jurídico (derecho), de la función ideológica de la norma (derecho), con lo cual salta la pregunta: ¿de dónde proviene el respeto *inicial* –la ideología–, que garantizaría el éxito de la norma *inicial* destinada a cumplir una función ideológica? Si no existiera una *interpelación*

anterior, una sujeción ideológica a la ley, proveniente de *fuera* del ordenamiento jurídico, el individuo sencillamente no acataría ningún tipo de norma jurídica, incluyendo la que se supone que le viene a *sujetar*, con lo cual el ordenamiento perdería legitimidad. Con Ross, por el contrario, estamos ante la redundancia de afirmar algo así como que “el derecho garantiza el respeto al derecho”, encontrándonos de este modo en un círculo tautológico. Generalmente, las concepciones burguesas del Derecho, es decir, aquellas que conciben la sociedad de libre mercado y propiedad privada como el último estadio histórico, sobrestiman el elemento normativo, político, y tienden a ignorar los conflictos y mecanismos de dominación que se presentan por *fuera* de las instituciones.

Esta función ideológica del derecho, que menciona Ross pero no se atreve a perseguir hasta sus últimas consecuencias, más allá de la norma, es precisamente la que encaró Althusser y la que nos trae de vuelta a él. Sólo que ahora sabemos que el derecho no necesariamente *interpela* a través de la norma, ya que aunque negemos la afirmación de Ross en el sentido de que las normas están dirigidas exclusivamente a interpelar a la burocracia, y, en cambio, supongamos que están dirigidas al ciudadano común, debemos reconocer que una persona promedio no conoce ni superficialmente la maraña de normas que rigen la vida en sociedad. Ni siquiera un experto logra hacerse a una imagen clara, mucho menos aquellas personas excluidas de ciertos niveles de educación e información.

Por lo tanto, el ideal de Bentham, se ha cumplido en nuestros días, aunque de una manera un tanto paradójica. Si bien el conocimiento preciso y claro de la ley por parte del ciudadano está cada vez más lejos hoy en día, dado el apabullante y constante crecimiento normativo en las sociedades contemporáneas, el propósito de anclar la mentalidad del “súbdito” al *discurso jurídico* –aunque éste no sea directamente equivalente a la “ley”– sí que se realiza, aunque por fuera de la interpelación estrictamente normativa, y de las sofisticaciones de la lógica deóntica. Podría decirse que la función ideológica del derecho, ese “respeto espontáneo” Rossiano, que le brinda legitimidad al ordenamiento, proviene, ahora, de fuera del aparato legal.

INTERPELACIÓN E ICONOGRAFÍA

Si la interpelación jurídica no proviene principalmente del aparato jurídico-estatal, entonces ¿cómo se constituye la mentalidad jurídica del sujeto? ¿Qué aparato ideológico concreto interpela al sujeto jurídico? ¿De dónde surge el sujeto jurídico que hace posible la funcionalidad del aparato jurídico-estatal de una sociedad? Althusser fue algo ingenuo: creyó ver cómo la interpelación en su última versión era puesta en práctica, a través del aparato ideológico escolar. La escuela, las instituciones educativas incluso universitarias serían ese nuevo momento de la interpelación que la religión ya no cumplía cabalmente en una sociedad cada vez más mercantil, y menos “piadosa”, laica. No se imaginó que el hecho de estar excluido del sistema educativo es ahora la condición de un gran número de personas en las sociedades industrializadas y, de manera más dramática, en los países del tercer mundo, como es el caso de los latinoamericanos, y que precisamente este hecho haría posible que, hoy en día, tal vez el menos educado escolarmente sea al mismo tiempo el más “educado” *ideológicamente*, gracias a que la interpelación la realiza muy eficazmente el mercado a través de la publicidad, la cultura de masas, los medios masivos de comunicación.

Los tradicionales Aparatos Ideológicos de Estado que Althusser identifica en su ensayo, como la escuela, la iglesia, la universidad, la ley, han perdido importancia y efectividad ideológica, ante la función que hoy cumple la iconografía publicitaria, mediática y del entretenimiento. Las disposiciones de la Constitución Nacional, los mandamientos de la iglesia, los delitos que prevé el Código Penal, no cumplen a cabalidad el papel de interpelar sujetos, aunque se verifiquen en la práctica las disposiciones básicas que contienen estos estatutos. Sin embargo, esto

no implica la desaparición del discurso jurídico. Lo que ha sucedido es que han cambiado los circuitos por dónde circulaba, haciendo que la interpelación jurídica provenga de aparatos ideológicos no convencionales, privados, tales como el cine, la televisión, la publicidad, la música: los medios.

Es en estos espacios dónde se interpela al sujeto jurídico actual, se le inculca la noción de lo bueno y lo malo, el delito, el castigo, el respeto a las autoridades, a la familia, la idea de religión, etc. Es aquí donde se constituye la subjetividad de las masas hoy en día. La más insignificante mercancía, como una simple bebida, genera una promesa psíquica enorme al consumidor. Por demás está decir que el sujeto no precisa para reconocer la *llamada* ideológica, ni siquiera estar alfabetizado, ya que la fuerza del *ícono* proviene de la *sensualidad*, de la básica estimulación sobre los sentidos del sujeto. La *lectura* de los íconos es mucho más sencilla y directa que la del código civil.

Basta dar una mirada somera a la industria norteamericana del entretenimiento, a las películas de récord de taquilla, a su contenido, para percatarse de la fuerte carga moralista, política, que difunden detrás, por ejemplo, de los personajes de superhéroes o superpolicías que para combatir el crimen incluso violan la ley. Por todo esto es posible afirmar que el discurso jurídico-estatal, interpela eficazmente en la actualidad. Ya no se trata de la interpelación de la norma, lógicamente concebida, clara y sencilla, dirigida a la mente del "súbdito", sino de la iconografía que constituye la subjetividad del consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTHUSSER, L. (1969). *Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado*. Recuperado el 16 de septiembre de 2008, de Universidad Complutense de Madrid:
http://www.ucm.es/info/eurotheo/e_books/althusser/index.html
- BENTHAM, J. (2004). *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - BOE.
- BUTLER, J. (1997). *Mecanismos Psíquicos del Poder*. Madrid: Ediciones Cátedra (2001).
- CAMPBELL, J. (1949). *El héroe de las mil caras*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de México (2006).
- FREUD, S. (1906). *El psicoanálisis y el diagnóstico de los hechos en los procedimientos judiciales*. Recuperado el 16 de septiembre de 2008, de El almanaque:
<http://www.elalmanaque.com/psicologia/freud/32.htm>
- PASUKANIS, E. (1976). *Teoría general del Derecho y Marxismo*. Barcelona: Editorial Labor (1976).
- RIVERO, M. A. (s.f.). *Interpelación y subjetividad*. Recuperado el 16 de septiembre de 2008, de Colegio de Filosofía. Universidad Nacional Autónoma de México:
<http://colegiodefilosofia.unam.mx/licenciatura/profesores/documentos/aguilar1.pdf>
- ROSS, A. (1959) *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba Universidad de Buenos Aires (2006).
- SANTOS, B. d., & García Villegas, M. (2004). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra -CES, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores.
- WRIGHT, G. H. (1951) *Normas, Verdad y Lógica*. México D.F.: Fontamara (1997).
- ŽIŽEK, S. (1992) *El Sublime Objeto de la Ideología*. México: Siglo XXI Editores (2001).

PODER, DERECHO Y PRODUCCIÓN DE SUBJETIVIDAD

Por Nicolás Mathov

RESUMEN

Este trabajo retoma, como punto de partida, los análisis de Pierre Legendre acerca de “lo jurídico” como “anudamiento de lo biológico, lo social y lo inconciente”. Habiendo situado al derecho en esa dimensión, dejamos de lado todo análisis que lo interpele como una esfera separada y autónoma que simplemente se sobreimprimiría sobre un *continuum* social ya existente: no hay un “ya puesto” que el derecho vendría a investir o a ungir, sino que lo jurídico es justamente esa actividad que pone, es decir, que *instituye* (en este punto la cuestión del performativo resulta de crucial importancia para entender lo jurídico en su faceta productivista y desligado de la ingenuidad que lo supone “mera forma”). A su vez, resulta de notable importancia la cuestión de la filiación, en tanto que operación que sustrae al sujeto de la indiferenciación en que llega al mundo (incesto) y lo sitúa en su “lugar” de in-dividuo a través del mitologema que eslabona y produce generaciones bajo la forma de “árboles genealógicos”. De ese modo, lo jurídico se ve restituido a su dimensión biocrática o biopolítica, pues tal como lo sostiene Legendre, el objeto de la ciencia jurídica es siempre la vida y su gestión.

PALABRAS CLAVE

Sujeto, Genealogía, Derecho

POWER, LAW AND THE PRODUCTION OF A SUBJECT

By Nicolás Mathov

This paper is based on the analysis of Pierre Legendre about “the juridical” as the juxtaposition of “the biological, the social and the unconscious”. Hence, Law does not deal with already instituted forms-of-life: it is the very institution of forms-of-life itself. A juridical system creates a taxonomy that defines beings by giving each of them a determined place or square to be occupied. An individual is mainly produced and generated as such, through an operation that confines him into a certain position within a genealogy tree. In that way, the object of Law is life itself and its capture under the facade of a “subject”

KEY WORDS

Subject, Genealogy, Law

PODER, DERECHO Y PRODUCCIÓN DE SUBJETIVIDAD

Por Nicolás Mathov*

“El sentido último del erotismo es la fusión, la supresión del límite”

G. Bataille

1

Sería lícito comenzar definiendo al derecho, siguiendo a Pierre Legendre, como la técnica que tiene por objeto el “anudamiento de lo biológico, de lo social y de lo inconciente” (LEGENDRE, 1985, 215). Basta esta sola cita para ubicar de manera adecuada la función jurídico-dogmática en la dimensión biocrática que le es propia, pues lo que está en juego no es otra cosa que la conjugación de dos ámbitos radicalmente heterogéneos: el de la vida y el de la forma-de-vida. En esta disyunción, el derecho, la técnica jurídica, es el operador que conjuga las fuerzas vitales e inconcientes para capturarlas y encerrarlas bajo una forma de vida determinada. Esta forma de vida, a la que podríamos denominar “persona”, forma parte de una larga tradición judeocristiana a la cual pertenecemos. Así, si como señala Marcel Gauchet, el cristianismo es “la religión de la salida de la religión” (GAUCHET, 1985) y, como observa por su parte Jean-Luc Nancy, “el mundo moderno es él mismo el devenir del cristianismo” (NANCY, 2005, 238), entonces la modernidad, nuestro mundo, con su “ateísmo” o su “laicismo”, es tan atea como el propio monoteísmo que postula un Dios-Ausente, un *deus absconditus*, que bien puede ser también un Dios inexistente. Ahora bien, de todas las nociones cristiano-seculares, aquella que nos interesa más particularmente en el marco de este trabajo, es la de “persona” en tanto que dispositivo o implante con que se busca domeñar y sujetar una vida entendida en términos de intensidades nomádico-acefálicas (para decirlo deleuzeano y batailleanamente). El implante metafísico “persona” es el revestimiento que acaba confundiendo y fusionándose completamente con aquello que reviste. Dice Roberto Esposito: “entendida en su origen como vestimenta escénica, disfraz teatral, la persona comienza a designar también al individuo que es su portador” (ESPOSITO, 2007, 111); la tensión que se vislumbra en esta cita es abismal, puesto que el propio individuo que sería el portador de la persona es en verdad una creación de ésta última: no hay nunca in-dividuo antes de la instauración de un logos-fundamento, puesto que lo que señala el in-dividuo (el no dividido, el indiviso) es que si él puede permanecer Uno es porque hay algo fuera de él, en calidad de fundamento-garante, que le permite conservar su unidad; de lo contrario, el sujeto se dispersaría, se diseminaría, se acefalaría, se volvería una sucesión caótica de parcialidades, sin síntesis que lo reuniese bajo la forma de ese “yo” que Kant, no sin temor, exigía que acompañase cada una de nuestras representaciones. A su vez, no otro es el sentido que le dan a la así llamada “muerte de Dios” Pierre Klossowski y Gilles Deleuze (DELEUZE 1969, KLOSSOWSKI 1963), enfatizando que la supervivencia del “yo”, en tanto unidad indivisa y no contaminada, requiere, supone y demanda, un Dios garante del inmovilismo que permita sostener la permanencia de una misma identidad a través del fluir del tiempo.

2

Cito a Pierre Legendre: "el derecho romano separa al hombre de todo lo que llamamos objetos. Las *institutas* de Justiniano, ese manual básico del jurismo europeo, lo indican así: todo derecho del que usamos se relaciona ya sea con las personas, ya sea con las cosas, ya sea con la puesta en escena de los procesos. De esto se deducen algunas consecuencias capitales: un animal, una planta, no pueden ser una persona, una deuda no puede ser una persona, un humano (reservemos el estatuto complejo del esclavo) no es una cosa. ¿Qué conlleva esta observación? Esta observación implica que lo que más nos cuesta es sentirnos entre las cosas y cosa nosotros mismos, considerar que nosotros podríamos estar en comercio con un orden de intercambios en el que seríamos a la vez negociadores y negociados, ofrendas a veces de un sacrificio, pero siempre incluidos en la circulación de los créditos y las deudas. Que el cuerpo humano, más precisamente el ser humano vivo, pueda ser jugado como una moneda, ya sea la moneda de un pago, esto es lo que el derecho romano, en el transcurso de su larga historia, ha vuelto progresivamente inconcebible" (LEGENDRE, 1985, 22-23). Es preciso hacer un paréntesis antes de introducirnos en el conteo biocrático que posibilita la filiación y la ordenación de los sujetos en estructuras genealógicas que adoptan la forma de "árboles". El motivo es justamente esa ambivalencia de la noción de "cosa", que, como una signatura o un concepto vacío, permite que todo pueda llegar a transformarse en cosa, aun y especialmente aquello que ha quedado excluido del régimen de las cosas. El caso límite y fundamental -la excepción-, es la que explica la regla: el esclavo.

En un notable trabajo intitulado *La moneda viviente* (KLOSSOWSKI 1970), Pierre Klossowski se refiere a la figura del sujeto-esclavo (moneda viviente) como fundamento de un sistema industrial-capitalista. A su vez, es la propia figura de Sade la que, lejos de verse reducida a un horizonte perverso o maldito, que estaría excluido y confinado a los márgenes de las formas de vida más civilizadas, se presenta, escandalosamente, como estando en la matriz de la propia racionalidad instrumental. Pues si una racionalidad instrumental implica montar estructuras medios-fines, como estrategias de gestión de la vida, tal que permitan ungió finalidades y trazar los caminos o medios para arribar a ellas, es preciso, antes, haber generado *equi-valencia*, es decir: un *lo mismo* y un *valer*. Recién ahí, con la puesta en valor de lo que no tiene valor, con la captura de los flujos *aneconómicos* que no tienen precio (que están fuera del mercado y son inintercambiables en la medida que no hay patrón común que los *equivalentice*), se torna posible algo así como una administración de la vida que, en tanto un ordenar la vida, adopta siempre la forma de una legalidad que necesita, para poder operacionalizarse, poner personas como si éstas ya estuvieran con independencia del derecho mismo y de los regímenes de significancia: así, la legalidad sólo trabajaría con un material ya formado. Pero es justamente eso lo que hay que impugnar, puesto que la actividad técnico-jurídico-política ya está presente desde el momento en que los flujos acefálicos han sido trasvasados al plano del valor y de la identidad, en el marco de una economía y una política. De modo que si el derecho es esencialmente un gran sistema de clasificaciones (y en ese sentido está ligado de manera profunda con una ontología, puesto que clasificar es siempre producir un mundo y no, tal como pretendería hacerlo creer un ingenuo ficcionalismo, simplemente ordenar un algo ya dado) la noción "persona" es lo Uno que instaura esa lógica conjuntista-identitaria de la que habla Castoriadis en *La institución imaginaria de la sociedad* (CASTORIADIS, 1975). Nunca basta lo plural para terminar con el despotismo de lo Uno, pues un plural como éste, donde lo que se multiplica es la unidad persona, no sería sino la reproducción indefinida de un lo Mismo. Pero una tal pluralidad, lejos de ser un devenir múltiple, es la entronización de la lógica del primado de lo Uno: la persona como copia de una Idea de Hombre. Gilles Deleuze, a lo largo de *Lógica del sentido y Diferencia y*

* Doctorando en Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, FSOC-UBA.

repetición, ha analizado en toda su dimensión política la teoría platónica de las Ideas; y agregaríamos nosotros, retomando esa misión meramente reproductiva que Legendre le atribuye al derecho, que lo jurídico mismo, en tanto que un dar forma, nunca puede desprenderse del platonismo que va insito con toda legalidad eidética que pretende formar y reformar el gran zoológico de los animales políticos. El propio Deleuze resaltaré la amenaza simulacral que el artista representa para la polis platónica en tanto que no se atiene al fundamento-modelo sino que, artístico-estéticamente crea sus propias formas sin mirar al modelo. Y es en ese sentido que el productor de simulacros, el artista, rivaliza con el propio filósofo-guardián del *arché*, puesto que éste último, el fundamento, parece, a su vez, haber sido también él creado, aunque inconfesablemente, por un artista (el propio Platón, como artista deviniendo filósofo y expulsando a todo artista que pudiera rivalizarle artístico-filosóficamente)

3

La genealogía como forma de estructurar la descendencia parece sobrevivir junto a una visión secular, positivista y desencantada del mundo. El árbol de las generaciones, de los padres, las madres, los hijos y las hijas, no sería, en ese sentido, una ficción. Bien por el contrario, sería la representación o la imagen que diría *lo que es*, desde el momento en que permanece ligada o referida al nudo hecho biológico del engendramiento. Del agenciamiento padre-madre advendría el hijo o hija, que entonces quedaría disponible para agenciarse, posteriormente, de un lado o del otro de la máquina padre-madre. Con ese tablero de casillas que es el árbol genealógico cada persona o individuo tendría su lugar dentro del *Gran Árbol de la Humanidad*. Otra vez: conmueve el modo en que, en el caso del árbol genealógico, un tropo, "árbol", puede producir referencia y, a su vez, producir la creencia de que no es él quien produce la referencia, para mostrarse entonces como un mero empleado o emisario de aquella (sí: pináculo de la ontología donde el signo que construyó el mundo se refugia en la representación y en la repetición de lo que siempre ya habría estado ahí). Ahora bien, el árbol genealógico, en tanto que tropo, y al igual que nociones tales como la de padre-madre-hijo, anuda dimensiones heterogéneas. La metáfora, es decir, la *mudanza*, es el operador que administra el deslizamiento o el pasaje entre los diversos planos. Y la cuestión central es la siguiente: es evidente que Dios existe, precisamente, porque no existe (si existiera como un "ante los ojos" sería entonces un ente y no justamente un no-ente). En este sentido la cuestión-Dios es la cuestión del Nombre de Dios: soberanía poética del nombre en su servación sin referencia, en su estar desligado de todo servilismo de tener que "referir a", y ser, en cambio, el lugar vacío a partir del cual un mundo puede ser producido y puesto en marcha (irreverencia de la irreferencia, recordando a Roland Barthes). Dios es Nombre, potencia poiética; y lo esencial de la función jurídica, en su producir clasificaciones y ordenar un mundo, consiste en expropiar al existente de esa potencia de donar nombres o disponer libremente de los significantes. En ese sentido, lo jurídico se superpone completamente con lo semiológico, pues ambas son disciplinas que maniobran e instrumentalizan los signos, produciendo, así, una suerte de dictadura pedagógico-jurídica que consiste en enseñar, o en decir, con fuerza de ley, cuáles son las clasificaciones, las divisiones, los espaciamentos legítimos y habilitados. Por eso la poesía es siempre el peor de los enemigos: es la impugnación misma de la función referencial. Así, el derecho, y todas las ciencias humanas, tal como lo mostrara Foucault, no son sino los discursos producidos para producir a un objeto-hombre que no preexiste a los discursos que lo hablan sino que queda *performativamente* producido por aquellos. El hombre como casilla vacía, como pura forma vacía.

Cito a Legendre: "la entrada del sujeto humano en el orden de las clasificaciones es una entrada jurídica, en el sentido más literal, a través de ciertas formulaciones monumentales. (...) Los ordenamientos genealógicos extraen

su fuerza de un principio de refutación del magma familiar, principio que introduce la división de los lugares y la sucesión del sujeto en esos lugares" (LEGENDRE, 1985, 31-33). La filiación: trazar esas dos líneas que fundan, sostienen y agencian al individuo dentro de la gran contaduría genealógica de las generaciones. En ese sistema de conteo todo es o bien hijo, hija, padre o madre; y a su vez padre en el pasar del hijo de un casillero a otro, y madre en el pasar de la hija de un casillero a otro, para poner el sistema en funcionamiento: la humanidad reducida al marcaje biopolítico de los apareamientos y las reproducciones. La esencia del derecho es ser él mismo el operador de la indefinida clasificación y transmisión de los lugares, la instauración del lugar para el perpetuo desfile del viviente por las casillas vacías. Ahora bien, el principio genealógico, de una humanidad a la que cabe organizar en la forma de un gran árbol, donde todos son engendrados a partir de dos líneas, encuentra en la figura del incesto la figura paradigmática de la transgresión y la destrucción del orden y las jerarquías. El incesto, ese comercio sexual que fusiona las dos líneas fundadoras de todo sujeto *en una misma línea*, se inscribe dentro del gran árbol ordenador de los seres como la figura que lo subvierte y lo vuelve imposible en tanto que efectivo ordenamiento. El incesto, la confusión de los lugares, la superposición de las casillas, el borramiento del horizonte de las mismas, "desrealiza" el tropo "árbol genealógico" y lo devuelve a esa verdadera irrealidad que él siempre ya es. De modo que el derecho, como clasificación, como tablero, como casillas, lejos de dar forma a algo que ya la tiene (aunque fuese como proto-forma), es el operador bioantropológico primero, y que, justamente, constituye al humano en tanto le enseña y le muestra *el límite*. Ahora bien, incesto no es sólo el comercio sexual intra-familiar, tal que superpusiese y tornase impuras las dos líneas que deben permanecer comunicadas, sino que incestuoso es todo aquello que amenace con devolver al individuo a la multiplicidad que él siempre ya es, antes de que le sea implantado el dispositivo "persona" como marco en que la vida o los flujos se ven obligados a fluir a perpetuidad. Incesto, entonces, es desubjetivación, pérdida del límite, *máquina de guerra, comunidad de amantes*. De modo que el comercio sexual intra-familiar es sólo *una* de sus formas, de hecho bastante trivial y mistificadora, desde el momento en que, tanto "Edipo" como el "incesto" han servido como farsa teatral que pretendería descargar lo político y lo social de todo compromiso libidinal: la libido fluiría en el ámbito familiar ("sí, lo sé -dirá el Terapeuta Sacerdote refiriéndose al "sucio secretito"-: quieres a tu madre"); la ley, en cambio, sería un fenómeno anerótico: pero es justamente ahí que la apatía sadeana comparece como pináculo erótico de una ley que impone y reclama una apasionada renuncia a las pasiones; Hegel lo sabía bien, Kant también, por eso la verdad del kantismo es siempre la alcoba sadeana. Pero volviendo: en verdad, el recién nacido nace en condición incestuosa; como dirían Deleuze y Guattari, no hay cesura entre boca, línea de leche y pecho, es un todo-uno, y el recién nacido es un sin-forma cuyo "cuerpo" es ilimitado: coincide con la propia escena, con la totalidad de lo circundante. Destruir ese incesto, esa condición incestuosa-amorfa en que el viviente llega al mundo, es la tarea biopolítica primera, encarnada por un cuerpo de normas que tiene por objeto destruir el continuum indiviso e incestuoso, y jerarquizarlo a partir de la categoría romana de "cosa". Establecer las casillas, los cortes y las distribuciones, que transformen un magma indeterminado en una forma de vida concreta, delimitada, finita. Esos cortes, ese espaciamento de un mundo, como relatos, o como diría Legendre, como Texto, debe inscribirse sobre la carne para instituir la y ordenarla. Si la carne-materia no estuviera atravesada por relatos legí-formes que la ordenaran, nunca se saldría del magma de lo indiferenciado. Por eso, tal como lo sostiene Kristeva en *Sol negro* (KRISTEVA, 1987), sólo hay subjetivación en la medida que se cometa un matricidio y se destruya el magma, dando lugar a un mundo ya clasificado, ya espaciado. Será precisa la potencia fálica del significante, la función del padre, la función de la ley, la función del derecho, la puesta de lo amorfo en casillas para que tome forma, para que entonces se de muerte a la Madre, y haya, propiamente, un individuo-cuerpo autónomo. Sólo así puede aparecer esa figura de un *homo oeconomicus* que es siempre ya, y también, la del *homo iuridicus*. Pero de todos

modos el derecho, el ordenamiento, sigue siendo siempre poético, siempre inmotivado, siempre gratuito, siempre soberano: el derecho, el logos, lo que religiosamente reúne, está siempre él mismo minado por la *différance*, por la parte maldita. A punto tal que la norma sólo existe como una literatura inoperosa, irreferencial, que no conoce mundo. Y en tal caso la "aplicación" sería una más entre tantas otras mitologías: una vez más un operador humano auto-dándose dioses, ocultando con un juicio determinante-cognitivo, que subsumiría lo particular en lo general, lo que nunca es más que un juicio estético-reflexivo, propio del artista que crea una universalidad distinta para cada particularidad nueva. Y entonces nuevamente: la ley es siempre erótica, siempre poética. Haría falta ser demasiado primitivo, demasiado ilustrado, demasiado creyente, para creer que la ley existe en una suerte de idealidad indeterminada, tal que podría, de un momento a otro, resultar "aplicada". El derecho: es decir, una poética de la violencia.

BIBLIOGRAFÍA

- CASTORIADIS, C. (1975) La institución imaginaria de la sociedad. Buenos Aires, Tusquets, 2007
- DELEUZE, G. (1969) Lógica del sentido. Buenos Aires, Paidós, 2005
- ESPOSITO, R.. (2007) Tercera persona. Buenos Aires, Amorrortu, 2009
- GAUCHET, M. (1985) El desencantamiento del mundo. Madrid, Trotta, 2005
- KLOSSOWSKI, P. (1970) La moneda viviente. Córdoba, Alción, 1998
- (1963) Tan funesto deseo. Madrid, Taurus, 1980
- KRISTEVA, J. (1987) Sol negro. Caracas, Monte Ávila, 1991
- LEGENDRE, P. (1985) El inestimable objeto de la transmisión. Madrid, Siglo XXI, 1996
- NANCY, J.-L- (2005) La declosión. Buenos Aires, La Cebra, 2008

LA JURIDIFICACIÓN DE “LA FAMILIA” Y SU CONSTRUCCIÓN COMO ENTE APOLÍTICO

Por Aníbal Rosario Lebrón

La escasa teorización de “la familia” en las teorías políticas y de justicia contemporáneas ha provocado su construcción como un ente apolítico, a pesar de su inherente carácter político. Este desfase entre la naturaleza política de “la familia” y el trato que han recibido en el pensamiento político ha conllevado que el Estado, para poder atender los reclamos políticos de las familias, se vea obligado a la promulgación de un gran número de normas legales en la esfera familiar. Esta proliferación de normas legales en cuanto a “la familia” ha llevado a la juridificación de ésta; lo que a su vez ha provocado un estancamiento en el reconocimiento y la aceptación social de “la familia” como un ente plural y en la elaboración de una sociedad justa. Este trabajo argumenta, mediante el análisis de la experiencia puertorriqueña, que la juridificación de “la familia” ha producido una pérdida en el sentido de responsabilidad (accountability) y de agencia (agency) de los ciudadanos, al reconocerse éstos como sujetos y no actores del Derecho. Esta aproximación de los ciudadanos al Derecho disocia la Ley de la Sociedad e ignora que el Derecho es un espacio simbólico en el que las relaciones sociales son mediadas. Este fenómeno socio-político ha permitido la perpetuación e institucionalización de inequidades para con las familias.

PALABRAS CLAVE

“Familia”, Definición De “Familia”, Juridificación, Juridificación De “La Familia”, Naturaleza Política De La Familia, Puerto Rico

JURIDIFICATION OF THE FAMILY AND ITS CONSTRUCTUTION AS AN APOLITICAL ENTITY

By Aníbal Rosario Lebrón

The scarce theorization about the "family" in contemporary political and justice theories has led to construct the family as an apolitical entity, notwithstanding its inherently political character. Because of this clash between the political nature of the "family" and the treatment families have received in political thought, the State, in order to attend the political demands of the families, has been obliged to enact a great number of legal norms regarding the "family". This proliferation of legal norms regarding the "family" has led to its juridification, which in turn has produced stagnation in the recognition and the social acceptance of the "family" as a plural entity as well as in the procurement of a just society. This article argues, by examining the Puerto Rican experience, that the juridification of the "family" has lessened the sense of agency and accountability of the citizens as they recognize themselves as subjects of the Law and not as actors. This approach citizens have towards the Law dissociates Law from Society; ignoring that the Law is symbolic space in which social relations are mediated. This socio-political process has allowed for the perpetuation and institutionalization of inequalities towards the families.

KEY WORDS

"Family", "Family" Definition, Juridification, Juridification Of The "Family", Political Nature Of The "Family",
Puerto Rico

LA JURIDIFICACIÓN DE “LA FAMILIA” Y SU CONSTRUCCIÓN COMO ENTE APOLÍTICO*

Por Aníbal Rosario Lebrón*

La subordinación, la exclusión y la falta de reconocimiento político han sido una constante de la experiencia familiar en la cultura occidental. Sin embargo, la práctica de injusticia y desigualdad no se ha circunscrito tan sólo al ámbito intrafamiliar. La pluralidad de arreglos familiares que han existido a lo largo de la historia han quedado igualmente acallados por siglos en el acúño del excluyente vocablo “familia”. La experiencia de desigualdad e injusticia que se ha vivido dentro de las familias y que las familias han experimentado en la esfera política ha sido producto tanto de su teorización y conceptualización como de la falta de ellas; así también como de la incorporación de estas teorías y concepciones (sociológicas, legales y políticas) o la carencia de ellas por el Estado en sus prácticas; y por último de la creación y el asentamiento en el imaginario colectivo de una única posible “familia”, o puesto de otro modo, del establecimiento de una cultura dominante con un paradigma inequívoco sobre “la familia”. El sistema legal y, más importante aún, sus pensadores han sido partícipes imprescindibles en cada uno de esos procesos que han permitido la perpetuación e institucionalización de inequidades dentro y con las familias. Es por esta razón, que es de vital importancia examinar los procesos teóricos que han construido “la familia” que modela las sociedades contemporáneas en la desigualdad. Así también, es pertinente examinar la expresión de estas conceptualizaciones en sus correspondientes contextos políticos, legales y sociales; de modo, que podamos con este acervo filosófico y empírico lograr una nueva formulación de las familias que nos permita crear una sociedad más igualitaria tanto dentro de las familias como para ellas en un contexto interfamiliar, cónsone con los supuestos ideológicos de nuestro sistema político.

Desde el acúño en nuestra cultura de la voz “familia”, su conceptualización ha estado ligada a un sistema de jerarquización y del no reconocimiento de la participación política de determinados individuos. Según estudios lingüísticos, el vocablo “familia” proviene de *famulia* que se deriva a su vez de *famulus*. Esta última voz significa siervo. (MENÉNDEZ, 1981) Término que viene impregnado con una alta carga semántica de desigualdad y subordinación. Además, se sostiene que el término “familia” tiene cierta conexión remota con la palabra “vama” proveniente del sánscrito que significa hogar o habitación. (MENÉNDEZ, 1981) Esta relación tiende a indicar que en su concepción original “la familia” no estaba asociada como lo es hoy con el parentesco, sino que incluía a aquellas personas no relacionadas que compartían un techo. Dentro de la visión de “familia” originalmente cabía la posibilidad, inexistente hoy – o más bien no reconocida social ni legalmente en muchos casos – de constituir familias no basadas en el sexo, los hijos o la consanguinidad. Sin embargo, estas familias asexuadas que no poseen

* El presente trabajo es una traducción de una versión preliminar y abreviada del trabajo de tesis requerido para el grado de Maestría en Teoría del Derecho (LL.M. in Legal Theory) en New York University que el autor está realizando en la actualidad.

* Aníbal Rosario Lebrón es abogado, lingüista y profesor puertorriqueño dedicado al estudio de la interacción entre el entramado de relaciones socio-culturales y el Derecho en lo que respecta a las políticas del Estado en cuanto a género, orientación sexual y violencia en la esfera familiar. Ha publicado artículos sobre la revisión del Código Civil de Puerto Rico en aspectos de Familia, la construcción social del agresor sexual, estudios de derecho comparado sobre la situación de la mujer, y asuntos sobre orientación sexual. Actualmente realiza estudios en New York University conducentes a una Maestría en Teoría del Derecho (LL.M. in Legal Theory).

reconocimiento legal ni social hoy, en los orígenes de la conceptualización de "la familia", sí lo tenían, siempre y cuando estuviesen relacionadas por un elemento de subordinación, como por ejemplo el existente entre amo y esclavo. Por tanto, como bien sintetiza Engels, la conceptualización de "la familia" era la de un conjunto de los esclavos pertenecientes a un mismo hombre, ya que *famulus* significa en esencia esclavo doméstico. Por tanto, como señala Marx, "la familia" contemporánea contiene un germen de esclavitud y servidumbre. (ENGELS, 2007)

Con esta primera conceptualización, se incorporó a la conceptualización de "la familia" el primero de los requisitos para ser considerado en la actualidad "familia": la jerarquización. A su vez, se estableció el germen de la desigualdad y opresión que ha acompañado la regulación legal de "la familia" hasta nuestros días. Por ejemplo, los romanos designaron legalmente a "la familia" como el organismo social cuyo jefe (el hombre) tenía bajo su poder (instituido en la patria potestad romana) a la mujer, a los hijos y a cierto número de esclavos, con el derecho de vida y muerte sobre todos ellos. (ENGELS, 2007) No obstante, el derecho romano, que sirvió de base para la regulación de "la familia" que posteriormente se efectuó en la tradición civilista, no sólo continuó con la subordinación y exclusión de "la familia" a través de su jerarquización, sino que añadió otros elementos que contribuyeron a ampliar la opresión tanto dentro y fuera de las familias.

Al percolarse en el Imperio romano las creencias del cristianismo, "la familia" comenzó a asociarse con el matrimonio. Con esta asociación llegaron a escena los otros elementos de la concepción contemporánea de "familia"; quedando establecida así la familia conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada como el único modelo digno de denominarse con el sustantivo "familia". Para los filósofos de la Iglesia primitiva como San Agustín de Hipona el matrimonio, y por ende "la familia", son una parte "natural" de la experiencia humana que posee tres grandes bienes inherentes a éste: 1. los hijos, 2. la fe, y 3. la estabilidad. (WITTER, (X)) Para la preservación de dichos bienes o frutos así como para el cumplimiento del plan divino es necesario que "la familia" esté basada en la exclusividad sexual heterosexual comprometida con la procreación. Esta visión se solidificó con teólogos como Tomás de Aquino y dio forma al derecho canónico que sirvió de base para los códigos civiles en la tradición civilista. Además, esta formulación de "la familia" fue preservada a pesar del cisma con la Iglesia Católica por Martín Lutero. Por lo que la Iglesia Protestante, en sus múltiples manifestaciones, se ha adherido a esta conceptualización; impregnándose igualmente el "common law" con la visión de la familia conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada como el único modelo reconocido de "familia". De este modo, con el cristianismo, matrimonio y "familia" se convirtieron en indisociables. Lo que ha tenido importantes consecuencias en la regulación de "la familia". No obstante, las ideas del cristianismo no sólo han servido de base para la regulación de "la familia" por parte de Estado, sino que también ha influenciado la teoría política.

En la teoría política clásica "la familia" y su estela de desigualdad e injusticia viene como un dado. Por ejemplo, Rousseau sostiene que las mujeres pueden ser gobernadas por el hombre dentro de "la familia" y además negárseles el derecho de participar en el ruedo político donde sus esposos las representarán. (OKIN, 1989) Asimismo, coloca a "la familia" como el primer modelo de sociedades políticas. (ROUSSEAU, 2005) Por otro lado, Locke en su formulación de la sociedad política toma como punto de partida a "la familia" a la cual adscribe al hombre como jefe que tiene en relaciones de subordinación a "su mujer", "sus hijos" y a "sus servidores y esclavos". (LOCKE, 1941) Asimismo, el teórico político pre-liberal Robert Filmer desarrolló su teoría del Estado patriarcal apelando a la "natural autoridad del padre" como justificación para la autoridad natural del soberano. (DAILEY, 1992) De igual modo, las formulaciones políticas de Hobbes y de Marx se dan en gran parte a reflexiones en torno a

"la familia". No obstante, para la mayor parte de los filósofos políticos, y cuyas teorías prevalecieron luego en el establecimiento de la casi totalidad de los estados occidentales contemporáneos, "la familia" es únicamente la conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada.

No se discute en la mayor parte de los tratados de filosofía política clásica la existencia de otras familias, porque "la familia" viene pensada como un único evento "natural". No obstante, a pesar de que esta concepción de "la familia" como algo "natural" es la que llevó en gran medida a incrementar dentro y fuera del espacio familiar las inequidades sociales y políticas de los individuos que conforman "la familia" y es la responsable también de las desigualdades sociales y políticas experimentadas por aquellos y aquellas cuyos arreglos familiares no se conforman al modelo de la familia conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada, lo cierto es que para el pensamiento político clásico "la familia" es en esencia un ente político. Como tal ocupa un sitio importante en las formulaciones políticas y es pensada e incorporada a la praxis estatal. De hecho, esta formulación de "la familia" como política y parte del aparato estatal central del pensamiento político clásico fue esbozada desde la Grecia Clásica cuando Aristóteles reconoció que todos los estados están compuestos por hogares. (WITTER, (X)) Esta prominencia de "la familia" como ente político en el pensamiento político clásico se debe en gran medida a la centralidad que el concepto de la naturaleza reviste para los filósofos políticos clásicos. (BAUMGARTH, (X)) "Lo natural" se convierte así en un arma de doble filo. Por un lado, permite la politización de los arreglos familiares, mientras que de otro lado subyuga a "la familia" a la jerarquización y a la desigualdad dentro de ella basado en construcciones sobre lo que es "natural" al género y subyuga además a los arreglos "no naturales" al ostracismo político.

Este ostracismo político no se detuvo con los arreglos familiares que no se conforman a la familia conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada. Con el advenimiento del liberalismo político comenzó un nuevo período de ostracismo para las familias. Las familias, incluida la familia conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada fueron secuestradas del pensamiento de la teoría política y así también se trató de erradicar de las familias su inherente carácter político. A este proceso algunos autores lo han denominado la privatización de "la familia".¹ Esta "privatización" de "la familia" apareció como resultado de la creación en el pensamiento político de la distinción entre la "esfera pública" y "la privada", en la que la primera es política y la segunda no. Así, se crearon espacios políticos meritorios de reflexión al respecto y espacios apolíticos no dignos de ser tratados en la filosofía política.

Esta dicotomía de lo "público/privado" surgió como consecuencia del movimiento que se dio en el foco en la teoría política del concepto de "lo natural" al concepto de la equidad o la igualdad. "Lo natural" fue descartado porque fue disociado de la razón. Al disociarse la razón – y lo político – de "lo natural", se disoció a su vez a "la familia" de lo político.² "La familia" que venía dada por siglos como algo "natural" pero político, con el advenimiento del liberalismo político de repente dejó de serlo al ser considerada parte de "la esfera privada". De este modo, "la familia" dejó de poseer particular interés para los filósofos, sino que se convirtió en algo que debía ser relegado a aquellos que estudian "lo natural", como los científicos. (BAUMGARTH, (X))

¹ Más sobre la privatización de la familia puede ser encontrado en DAILEY, A. (1992) "Constitutional Privacy and the Just Family". En Tul. L. Rev., 1992 62, 955-1031.

² Algunos autores prefieren señalar como causa de la privatización de la familia el advenimiento de la sociedad industrial capitalista. Estos autores sostienen que "la familia" se deshizo de sus funciones públicas según el tamaño de "la familia" se redujo y el nuevo sistema económico fue asentándose y la fuerza laboral fue moviéndose fuera de "la familia" a espacios sociales comunes

Este cambio de foco de teoría política ha representado para las familias el más profundo evento de subordinación y exclusión en su historia.³ El derecho contrario a la Ciencia no describe, sino que prescribe. Al abandonar "la familia" a los científicos, el Estado y aquellos en poder político dentro de éste quedaron libres para regular "la familia" sin la responsabilidad (accountability) de pensarla dentro del esquema político vigente. Asimismo, se fue forjando un proceso en el que la mayor parte de los ciudadanos toleraron o entendieron también que "la familia" no era un ente político, y se sintieron cómodos incorporando a sus vidas el mito de la libertad negativa dentro de "la familia", bajo la cual el Estado supuestamente no habría intervenir con "la privacidad de la familia". Todo esto trajo consigo la aparición de nuevas y mayores injusticias. A su vez, la alienación de las familias de lo político conllevó que se desarrollara una escasa teorización jurídico-política sobre los arreglos familiares por parte de los filósofos de política y justicia contemporáneos. Esta escasa teorización ha ocasionado en la actualidad la juridificación de "la familia" en nuestra sociedad.

Sin embargo, para comprender cabalmente los efectos que en "la familia" tuvo el cambio en la percepción del carácter político de "la familia" en el pensamiento político es necesario profundizar un poco en las reflexiones que algunos filósofos políticos contemporáneos han hecho sobre "la familia". A pesar de que en la teoría política contemporánea la teorización de "la familia" es escasa o casi nula, algunos autores la han tratado aunque haya sido de manera tangencial a sus proyectos filosóficos. A pesar de que el individuo liberal se enfrenta solo al Estado, algunos teóricos se han visto en la necesidad de discutir "la familia", ya que ese "individuo individual"⁴ inevitablemente conforma algún tipo de arreglo familiar que forja de algún modo su carácter político. Por ejemplo, Rawls en su Teoría de la Justicia sostiene que "la familia" es un producto de su historia que en el mejor de los casos es tolerable, pero en el peor de los casos puede ser un obstáculo con el proyecto de la justicia. (RAWLS, 1999) Para Rawls "la familia" es un lugar donde los ciudadanos aprenden la moral de manera rudimentaria y donde no es posible aplicar el principio de "la justa e igual oportunidad" (fair equality of opportunity) (BAUMGARTH, (X)), ya que la herencia y las ventajas educativas que se dan gracias a "la familia" no corresponden a la meritocracia necesaria para alcanzar una sociedad más justa. Quedando de este modo los diversos arreglos familiares nuevamente en manos de la opresión, ya que al no ser "la familia" parte esencial de la elaboración de una sociedad más justa, el potencial político de las familias es disminuido, ignorado y vilipendiado.

Por el contrario, para Nisbet "la familia" es esencial para la sociedad. "La familia" sirve de amortiguador y de contrapeso a los poderes del Estado en su relación con el individuo. (NISBET, 1953) Por tanto, "la familia" posee un valor político, pero únicamente de manera subsidiaria. "La familia" no es política por sí misma, sino en tanto y en cuanto sirve a los ciudadanos para resistir las intervenciones estatales. Visto de otro modo, no se erigen solas las familias como entes políticos autónomos que crean resistencia al Estado, sino que son un vehículo del "individuo individual" para lograrlo. Como corolario de la primacía del individuo Nisbet reconoce que "la familia" está en peligro, ya que cada vez que el Estado acude a "salvarla", interviene con las asociaciones intermedias que promueven la libertad y participación de los ciudadanos. (NISBET, 1953) Por tanto, arguye por un nuevo *laissez faire* no que

más amplios. Véase DAILEY, A. (1992) "Constitutional Privacy and the Just Family". En Tul. L. Rev., 1992 62, 955-1031. Sin embargo, esta explicación no reconoce el gran alcance de concepto de "lo político".

³ No obstante, la más severa de las subordinaciones que se produjo con el surgimiento de la distinción de lo "público/privado" fue la experimentada por las mujeres. Esta experiencia de las mujeres puede explicarse en parte considerando la asociación hecha siglos antes entre matrimonio como sinónimo de familia, ya que matrimonio no significa otra cosa que oficio de madre. (MENÉNDEZ, 1981) Así, las mujeres se convirtieron en el epitome de lo doméstico, de lo privado, de lo apolítico. Evento que laceró no sólo el poder político de las mujeres, sino la posibilidad de conseguir una sociedad justa y equitativa.

libere al individuo de "la familia", pero que permita la prosperidad de esta estructura intermedia que facilita la resistencia del individuo en contra del Estado. En la perspectiva liberal de Nisbet se observa en germen el miedo a la juridificación de "la familia" a través del intervencionismo del Estado, si bien "la familia" no se presenta como un ente político en sí y por sí mismo.

Estas dos visiones, las de Nisbet y la de Rawls, recogen el rango en el que se mueven las visiones contemporáneas sobre "la familia" en el pensamiento político y filosófico. El punto máximo del carácter político de "la familia" se alcanza dentro de la teoría contemporánea sólo como un ente político subsidiario y nunca como un ente político por sí solo. El punto mínimo es que "la familia" carece de cualquier carácter político. Por tanto, "la familia" no es inherentemente política dentro de estas visiones. Sin embargo, la realidad es que sí lo es. Evidencia *prima facie* de ello es que el Estado regula con detalle los arreglos familiares que son reconocidos y los que son prescritos. Foucault ya apuntalaba al hecho político que se da en la regulación de "la familia" al discutir cómo el matrimonio ha sido un forma de dominar o controlar las prácticas/preferencias sexuales de los seres humanos. (FOUCAULT, 1990) No obstante, ha sido el movimiento feminista, con su máxima de lo personal es político, el que ha tenido mayor éxito en denunciar el mito de lo "público/privado" y ha puesto de relieve que "la familia" es inherentemente política.

Susan Moller Okin, por ejemplo, deconstruye el mito de "la familia" como apolítica. Primeramente, ésta señala que el poder que ha sido siempre entendido como paradigmáticamente político es vital a la vida familiar. (OKIN, 1989) Como se mencionara, dentro de "la familia" operan relaciones de poder que producen la jerarquización de la estructura familiar. Esta jerarquización y las relaciones de poder dentro de "la familia" han creado grandes inequidades entre los géneros que han trascendido la esfera familiar y se han instituido en la llamada esfera pública y en la vida política de las sociedades contemporáneas. Por ejemplo, en los últimos cincuenta años se han dado luchas que han terminado con la paridad en el manejo de los bienes matrimoniales, el reconocimiento de la autonomía de las mujeres dentro del matrimonio, así como la promulgación de leyes en contra del discrimen por razón de sexo. Además, el Estado en su regulación de las familias ha creado a su vez nuevas relaciones de poder entre los componentes de los diversos arreglos familiares que difieren de "la familia" conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada, como por ejemplo las minorías sexuales. Estas nuevas relaciones de poder también se han percolado a la llamada esfera pública y se han transformado en luchas de poder con las que el Estado se ha visto obligado a lidiar, como lo han sido la inclusión de los concubinatos en el disfrute de derechos reservados anteriormente al matrimonio y el reconocimiento de matrimonios no conformados por parejas heterosexuales. Por lo que se colige, como señala Okin, que "familia" y poder están estrechamente ligados; lo que implica que "familia" y política lo están también.

En segundo lugar, opina Susan Moller Okin que el carácter político de "la familia" viene dado por la propia esfera política que crea la esfera privada de "la familia". El ejemplo más claro es el que presenta Foucault sobre las actividades sexuales que vienen politizadas por el Estado en su regulación de "la familia". El Estado define a través de sus políticas y sus leyes cuales prácticas sexuales son aceptadas políticamente. Si este espacio no fuera político no debería por qué interesarle al Estado el regular tan detalladamente la sexualidad (no sólo dentro del denominado Derecho de Familia, sino también en el Derecho Penal y en las políticas sanitaras). Por otro lado, es en "la familia" donde el Estado y la sociedad no sólo construyen nuestras personas sexuadas, sino también donde construyen

⁴ Este término ejemplifica la visión de la mayor parte del pensamiento político liberal en el cual el individuo se encuentra

nuestras personas en función del género. Es ésta para Okin la tercera razón por la cual "la familia" es inherentemente política. (OKIN, 1989) Al ser la construcción de los géneros una de las razones de mayor peso en la construcción de las inequidades que se experimentan en la sociedad y al ser "la familia" el epicentro de esas construcciones, el carácter político de "la familia" es para el feminismo irreductible. Lo que lleva a Susan Moller Okin a dar las barreras psicológicas y pragmáticas que la división de la labor dentro de "la familia" han generado como última razón para argumentar a favor de "la familia" como ente político. (OKIN, 1989) Estas barreras han obstaculizado la consecución de una sociedad justa y han generado en la llamada esfera pública luchas que han conllevado cambios no sólo en las políticas del Estado, sino en las prácticas y las concepciones de sus ciudadanos. Si las familias no tuvieran al menos una dimensión política dichos eventos no hubiesen podido ocurrir.

Sin embargo, estas cuatro razones no son los únicos argumentos que se pueden esbozar para proclamar que las familias pertenecen a la esfera de lo político. Como señala Anne C. Dailey, las familias juegan un papel vital en mantener la diversidad de los valores morales, diversidad que es pilar de la garantía de la pluralidad que alegadamente proclama sistema político liberal. Para Dailey "la familia" sirve como un contrapeso autónomo, contrario a Nisbet, que evita que el Estado moldee a los ciudadanos como desee. (DAILEY, 1992) De hecho, la historia más reciente nos demuestra que las familias han sido un foco de resistencia que ha evitado la creación de una sociedad homogénea en asuntos tales como la sexualidad, los derechos reproductivos, la violencia de género, la libertad de culto y la educación. Las acciones y las decisiones que los ciudadanos toman en la alegada "vida privada de la familia" forjan de un modo u otro las legislaciones que se promulgan así como las decisiones que toman los tribunales. Lo que en última instancia repercute en la vida política de nuestras sociedades. Por ejemplo, "la esfera privada de la familia" en los últimos años ha llevado en varias jurisdicciones a la regulación de la maternidad subrogada, al reconocimiento del transexualismo, al reconocimiento del derecho a ser educado en la casa, a evitar que los niños reciban educación sexual, a la descriminalización de la sodomía y a la prohibición de prácticas abortivas. Todos estos eventos jurídicos regulativos son eventos de carácter político que evidencian que las familias son inherentemente políticas, aunque las teorías contemporáneas política y de la justicia no lo reconozcan.

Este desfase entre las teorías política y de la justicia contemporáneas (que no se ocupan de tratar el tema de "la familia") y la realidad de la naturaleza política de las familias (que exige una respuesta del Estado ante los nuevos planteamientos que emergen dentro y fuera de ellas) presenta un problema para el Estado liberal que intenta mantenerse al día con el desarrollo que experimentan los diversos arreglos familiares sin un marco teórico en el cual apoyarse. Este problema ha llevado, ante las constantes y mayores exigencias de las familias de que se elabore una sociedad más equitativa y se resuelvan los planteamientos políticos que despuntan según las diversas familias construyen nuevas realidades e incorporan las tecnologías nacientes a la vida familiar, a que el Estado poco a poco haya juridificado "la familia". Mayor juridificación a medida que se producen en las familias mayor cantidad de planteamientos políticos. En otras palabras, el Estado no ha podido desentenderse de la dimensión política de "la familia" como ha hecho la teoría política contemporánea, y su respuesta ha sido ampliar el campo de acción legal del Estado dentro de "la familia" cada vez más; juridificándose así las familias.

La juridificación se refiere a la ocurrencia de varios eventos asociados a la regulación legal de determinadas situaciones. Entre estos eventos se encuentra el aumento de la solución de problemas políticos utilizando normas jurídicas, la proliferación de legislación y normas legales elaboradas por el poder judicial, la prominencia del sistema

desprendido de la familia y se enfrenta solo al Estado.

legal para resolver cada vez más una cantidad mayor de problemas políticos, una expectativa de conformarse a la norma legal en cualquier escenario (sea la esfera pública o la privada), la atribución de mayores poderes al sistema legal y a sus actores, y el proceso por el cual los individuos se piensan así mismos como sujetos legales y comienzan a otorgarle significado y valor a la práctica social del derecho. (BLICHER & MOLANDER, 2008) (COOPER, 1995) Este incremento en la presencia, en el campo de acción y en la valoración del derecho puede traer como consecuencia que se suprima la pluralidad social y se establezca una cultura dominante (BLICHER & MOLANDER, 2008), ya que el positivismo (una de las expresiones de la juridificación) representa el triunfo de la supresión del disenso. (BAUMGARTH, (X)) Además, la juridificación trae como consecuencia que se produzca un sistema legal con un variado y contradictorio repertorio de reglas e imágenes legales. (COOPER, 1995) También la juridificación produce un sentimiento de colonización (COOPER, 1995), que disminuye tanto el sentido de agencia (agency) y de responsabilidad (accountability) de los ciudadanos. Al juridificarse algún aspecto de la vida social los individuos comienzan a pensar el Derecho como una entidad ajena a ellos con métodos y agendas foráneas que se impone desde la lejanía. (COOPER, 1995) El sistema legal se visualiza como un promotor de políticas que se determinan en un lugar ajeno al individuo. ((COOPER, 1995) Por lo que el Derecho se construye como un mecanismo en el que otros mantienen el control y trazan los objetivos políticos. (COOPER, 1995)

Un ejemplo claro de la juridificación de "la familia" y de sus efectos se puede encontrar en la experiencia contemporánea puertorriqueña en la regulación de las familias. El derecho puertorriqueño no ofrece una única e inequívoca definición de "familia", sino que promueve múltiples modelos de "familia" según el contexto en el que opere. Creándose de este modo una definición legal mutable de "la familia", aunque socialmente ésta esté restringida a la familia conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada y legalmente sea esta definición la de mayor primacía. En ciertas instancias, el ordenamiento puertorriqueño reconoce dentro de "las familias legalizadas" a las familias que no se conforman dentro del modelo familia conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada. Esto, sin embargo, ocurre de manera incidental. En la búsqueda de estos reconocimientos incidentales debemos mirar más allá de la disciplina del Derecho de Familia, tradicionalmente asociado con "la familia", ya que el Derecho puertorriqueño, como la mayoría de los ordenamientos, no regula a las familias sólo a través de esa disciplina, sino que lo hace en todos sus campos de acción como: la reglamentación de zonificación, el derecho migratorio, la regulación laboral, y hasta el derecho penal. Un buen ejemplo de esta regulación incidental que provoca la mutabilidad de la definición de "familia" lo podríamos encontrar en la Ley Contra el Acecho en Puerto Rico.

Bajo esta ley "familia" significa: "Cónyuge, hijo, hija, padre, madre, abuelo, abuela, nieto, nieta, hermano, hermana, tío, tía, sobrino, sobrina, primo, prima de la víctima; u otro pariente por consanguinidad o afinidad que forme parte del núcleo familiar". A primera vista se trata simplemente del reconocimiento de la familia conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada, pero en su versión extendida y no en la nuclear. Sin embargo, podría argumentarse que ya que esa definición tiene una base en las relaciones por consanguinidad o afinidad podrían estar protegidas algunas familias que podrían estar fuera de la familia conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada. Podrían quedar protegidas familias asexuadas, pero relacionadas por el elemento de la consanguinidad o a la afinidad, como una pareja de hermanos. No obstante, una mirada más profunda y completa del artículo de ley revela que los legisladores fueron más allá y quisieron dejar claro que en el imaginario colectivo o en la cultura dominante existe "una familia" que prima sobre las demás. Aprovechándonos un poco de la propuesta de Van Dijk en cuanto al análisis crítico de las macro-estructuras del

discurso, notamos que a la cabeza de esa definición se encuentra la familia conyugal monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada. Por eso, comienza con la palabra cónyuge seguida de los hijos. Asimismo, al contextualizarla con las otras acepciones provistas por la ley vemos que esta definición de la familia conyugal y su extensión se encuentran por encima de las demás, y por si no quedara duda de eso, la Asamblea Legislativa le coloca un número "1" al lado.⁵ Lo que abonaría a demostrar la prevalencia de una cultura dominante que utiliza las herramientas del derecho para su dominación. Pero esta no es la única dimensión del proceso de juridificación que la Ley de Acecho sirve para demostrar.

A la definición de mayor jerarquía de "familia" establecida en la Ley de Acecho, le sigue en la segunda posición una acepción que parecería comenzar a incluir, o más bien legalizar, a las otras familias que no encajan en el modelo de la familia conyugal monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada. La segunda acepción de la ley establece que "familia" también significa: "persona que viva o que haya vivido previamente con la víctima en una relación de pareja, o que haya tenido alguna relación de cortejo o noviazgo". Bajo esta definición, se podría reconocer como familias y darles protección a los arreglos familiares de relaciones de concubinato y parejas gay. Aunque, bajo el criterio anunciado por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso de Pueblo v. Ruiz Martínez, las parejas gay podrían no disfrutar de esa protección que la Ley Contra el Acecho en Puerto Rico les otorga, ya que la norma de hermenéutica vigente en suelo boricua es que una relación de pareja bajo el ordenamiento puertorriqueño sólo está compuesta por personas heterosexuales. Este hecho evidencia la estela de contradicciones que la juridificación de las familias va creando. Por un lado, protege las relaciones "no tradicionales" en algunas leyes. Por otro lado, las sanciona y las proscribire. A estas contradicciones podemos añadirle el hecho de que en Puerto Rico las parejas heterosexuales no casadas no se les permite adoptar y dicha prohibición fue reconocida como constitucional por el Tribunal Supremo de Puerto Rico.⁶ No obstante, se le otorga una protección en caso de acecho y además se le reconoce la posibilidad de crear comunidades de bienes aun cuando se trate de un queridato.⁷ Además

⁵ Para poder hacer el Análisis Crítico a Nivel Macro Estructural del Discurso, reproduzco la sección de la *Ley Contra el Acecho en Puerto Rico* según codificada en Leyes de Puerto Rico Anotadas.

A los efectos de las secas. 4013 a 4026 de este título, los siguientes términos tendrán el significado que se expresa a continuación:

(c) Familia. Significa:

(1) Cónyuge, hijo, hija, padre, madre, abuelo, abuela, nieto, nieta, hermano, hermana, tío, tía, sobrino, sobrina, primo, prima de la víctima; u otro pariente por consanguinidad o afinidad que forme parte del núcleo familiar.

(2) Persona que viva o que haya vivido previamente con la víctima en una relación de pareja, o que haya tenido alguna relación de cortejo o noviazgo.

(3) Persona que resida o haya residido en la misma vivienda que la víctima, por lo menos seis (6) meses antes de que se manifestaren los actos constitutivos de acecho. . .

33 LPRA § 4013 (2009).

⁶ El Tribunal Supremo de Puerto Rico decidió en Pérez Vega v. Procurador Especial de Relaciones de Familia, 138 DPR 201(1999), que la prohibición a que las parejas no casadas heterosexuales adopten es constitucional y que no es pertinente si la pareja lleva años de relación estable como la pareja que litigó la constitucionalidad de la ley que llevaba 10 años de relación. Tampoco es pertinente el hecho del contacto que la menor haya tenido con la pareja, ya que en el caso la niña que pretendía adoptar la pareja vivía con ellos desde los 20 días de nacida. La constitucionalidad de la ley tuvo como uno de sus fundamentos que es deber del estado "proteger [...] [a los niños y niñas] de estar expuestos a condiciones y experiencias que sean nocivas a su desarrollo físico, emocional y moral. . . [a través de] la institución de la familia matrimonial". Este razonamiento del Tribunal Supremo demuestra cómo a pesar de la mutabilidad de la definición de "la familia" en nuestro ordenamiento el proceso de juridificación ha logrado la prevalencia de una cultura dominante que acalla el disenso a través del sistema legal y reconoce sólo un tipo de "familia".

⁷ En el caso del queridato, según la norma vigente, la comunidad se establecería con la Sociedad de Bienes Gananciales del miembro de la pareja que sea casado. Sobre los derechos patrimoniales otorgados a las concubinatos y los queridatos se puede consultar la siguiente jurisprudencia: Caraballo Ramírez v. Acosta, 104 DPR 474 (1975); Cruz v. Sucn. Landrau Díaz, 97 DPR 578 (1969); Reyes v. Merlo, 91 DPR 136 (1964); Danz v. Suau, 82 D.P.R. 609 (1961); Pereles v. Martínó, 73 D.P.R. 848 (1952); Pérez v. Cruz, 70 DPR 933 (1950); Torres v. Roldán, 67 DPR 367 (1947).

de las inconsistencias dentro del sistema legal que la mención de estas pocas instancias del gran cúmulo de jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico existente en temas relacionados representan, éstas resaltan también la prevalencia de la utilización de normas legales para resolver asuntos políticos dentro de la esfera doméstica o familiar. Ambos ejemplos de cómo "la familia" se ha juridificado en Puerto Rico.

Pero las incoherencias que se ilustran con La Ley de Acecho no terminan ahí. La Ley no se detiene en ordenar la protección de las familias sexuadas heterosexuales u homosexuales monógamas, sino que dispone además la protección de las familias no sexuadas o de las sexuadas pero no monógamas. En otras palabras, para la Ley Contra el Acecho en Puerto Rico es "familia" también (o más bien es "familia" aún, ya que está en la tercera posición): "la persona que resida o haya residido en la misma vivienda que la víctima, por lo menos seis (6) meses antes de que se manifestaren los actos constitutivos de acecho". Bajo esta definición que sólo requiere de la convivencia por un período de tiempo, estarían protegidas las familias asexuadas y las poligámicas o poliándricas. Esto a todas luces contrasta con la definición legal de "familia" que subyace en el imaginario colectivo de los puertorriqueños y que se recoge en las legislaciones asociadas mayormente con "la familia" como la del Código Civil de Puerto Rico que establece que: "[e]l matrimonio es una institución civil que procede de un contrato civil en virtud del cual un hombre y una mujer se obligan mutuamente a ser esposo y esposa, y a cumplir el uno para con el otro los deberes que la ley les impone. . ."⁸ Nuevamente el sistema legal se convierte en un sistema incoherente de regulación. Incoherencia que responde al establecimiento de una cultura dominante mediante la juridificación de "la familia".

Esta cultura dominante no sólo se expresa en las leyes, sino también en las políticas que formula el Estado a través del poder ejecutivo y que se ven reflejadas en las campañas públicas, en las investigaciones que respalda, en la selección de los textos que hace para los currículos de las escuelas, y hasta con las obras artísticas que financia. Un buen ejemplo que recoge la cultura dominante en Puerto Rico en cuanto a "la familia" es el Censo del 2000.⁹ En este censo se reseña la distribución de hogares en Puerto Rico. Dicha distribución se informa en tres categorías. Primero, aparecen las familias de personas casadas con o sin hijos, las que se conforman al modelo de la familia conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada. Luego le siguen "las familias incompletas", ya que las denominan familias con esposas o esposos no presentes y con hijos o sin hijos. Y por último, aparece una tercera categoría denominada como "otros", en la que aparentemente se incluyen todos los arreglos familiares que no se conforman a la familia conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada. El Estado, no a través de un precepto legal, establece claramente el modelo al que se tienen que conformar los arreglos familiares para evitar ser considerados como incompletos o inmeritorios de ser reconocidos con un nombre más allá que el de la otredad. Además de establecer categorías y modelos, crea también inequidades sociales que desalientan el desarrollo de una sociedad más justa.

Igualmente lo hacen los poderes políticos del Estado. Tanto los tribunales como los legisladores junto con los gobernantes han creado una cultura dominante que es establecida a través de los aparatos de poder que manejan; creando con esto desigualdades, subordinación y opresión en la sociedad. Por ejemplo, El Tribunal Supremo de Puerto Rico continuamente resuelve casos y forja derechos en el ámbito familiar que corresponden sólo al modelo de la familia conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada. El Poder Judicial fija esta

⁸ 31 LPRA § 221 (2009).

⁹ La información del censo puede ser hallada en: http://www.tendenciaspr.com/Poblacion/Tablas_familia/Hogares/Tama_o_y_tipo_de_hogar__por_presencia_de_hijos2006.htm.

cultura dominante aduciendo que "seguimos [los puertorriqueños y puertorriqueñas] valorando la familia matrimonial como el régimen socialmente más deseable" o que "en nuestro [P]aís existe una clara política pública de protección y fortalecimiento de la familia, y el matrimonio es el paso inicial para su formación". (Pérez Vega v. Procurador Especial de Relaciones de Familia) Sin embargo, los estudios demográficos muestran que existe una gran cantidad de familias puertorriqueñas que no se adhieren al modelo de la familia conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada. Además, a la afirmación que hace el Tribunal de que sólo está reconociendo la preferencia de las puertorriqueñas y de los puertorriqueños le subyace el contrasentido de que la Opinión del Tribunal surge como el resultado de personas que no se conforman al modelo dominante y que están dispuestas a desafiarlo en la esfera política. Por lo que la acción del Tribunal Supremo de Puerto Rico no es más que la negación flagrante de la pluralidad de "la familia" y la incesante búsqueda de la homogenización de la sociedad, contrario a los postulados de la teoría liberal sobre la que se rige el Estado puertorriqueño.

Este deseo de homogenización que es uno de los efectos de la juridificación quedó demostrado recientemente, junto con otras manifestaciones asociadas al proceso de juridificación, cuando el Senado confirmó los tres nuevos jueces que formarían parte del Tribunal Supremo de la Isla. El presidente del Senado, el licenciado Rivera Schatz, sostuvo que la nueva configuración aseguraría que el Tribunal Supremo de Puerto Rico "defender[ía] los derechos de 'la familia puertorriqueña', y 'los valores tradicionales' [de ésta] y, no [a] 'la familia torcida' que pretenden algunos que se implemente en Puerto Rico a través de legislación o a través de la jurisprudencia".¹⁰ En primer lugar, quedan lípidamente expuestos los deseos de institucionalizar la cultura dominante y excluir a las minorías del juego político de "la familia". Sin embargo, la ahora célebre frase de "las familias torcidas" recoge de manera sucinta todo el proceso de juridificación que ha operado en Puerto Rico.

Las expresiones del Presidente del Senado evidencian como tanto los grupos que abogan por que la pluralidad de las familias sea reconocida en la esfera política como aquellos grupos que pretenden establecer una cultura dominante han convertido de las normas y regulaciones legales su plataforma. Puerto Rico se ha convertido en una sociedad en la que sus ciudadanos se han dejado de ver a sí mismos como actores y han comenzado a asumir un rol de sujetos de derecho. Actualmente, los ciudadanos – aún aquellos que por su posición social pensaríamos son actores legales y gozarían de un sentido de independencia frente a las normas legales – experimentan un sentimiento de colonialismo, mediante el cual el derecho se visualiza como algo exógeno que impone normas a las que irremediamente hay que conformarse. Por tanto, todas las aspiraciones políticas se reducen a que los actores legales actúen cónsone a los deseos de los sujetos legales. La lucha política se traduce de este modo a procurar el control de las esferas legales, buscando la incorporación de personas que se identifiquen ideológicamente con la persona o el grupo que pretende acceder al juego político a través de los actores legales. Es por esta razón que el licenciado Rivera Schatz anuncia con orgullo que estos jueces que el Senado acababa de confirmar institucionalizarán la cultura dominante a través de los mismos mecanismos legales que los grupos minoritarios pretenden utilizar para buscar el reconocimiento social de prácticas, ideologías y arreglos familiares minoritarios.

Así también, el Presidente del Senado con la centralidad que otorga al Tribunal Supremo pone de relieve otro de los efectos de la juridificación: la atribución de nuevas facultades o a la ampliación de facultades a determinados actores legales. Aparenta no ser suficiente el poder legislativo para imponer la ideología dominante, por lo que se espera que los tribunales esbocen normas que eviten el reconocimiento y supriman a las culturas

minoritarias y los arreglos familiares "no tradicionales"; muchas veces defendiendo de ataques legales las acciones del poder legislativo y ejecutivo, y otras veces creando normas jurídicas. Este fenómeno es muy reciente en el Derecho de Familia. Los tribunales durante muchos años habían actuado con mesura en cuanto a esbozar normas en cuanto a "la familia", sustentándose en la visión de que "la familia" pertenecía a "la esfera privada" y el Estado no debía intervenir en ella; sin embargo, ante la escasa teorización de "la familia", el carácter inherentemente político de las familias, los eventos de resistencias a través de las estructuras familiares y los crecientes reclamos de reconocimientos hechos por ciudadanos en arreglos familiares minoritarios, los tribunales empezaron a abrir áreas antes no asociadas a "la familia" como el Derecho Constitucional. A este fenómeno de la juridificación de "la familia" se la ha ido conociendo como "el constitucionalismo de la familia".

Este fenómeno tuvo su máxima expresión en la Isla cuando se intentó enmendar la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico para reconocer como el único matrimonio posible el matrimonio entre un hombre y una mujer. La proposición de esta enmienda ilustra claramente hasta qué punto los ciudadanos puertorriqueños hemos aceptado ampliar las atribuciones del Derecho en nuestra vida política persiguiendo la completa "constitucionalización de la familia", una aporía bajo el modelo del estado liberal en que se erige la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. No obstante, lo más interesante de la experiencia con la propuesta enmienda constitucional fue el debate que se originó en la esfera pública, ya que mostró el grado de pérdida de agencia (agency) que hemos experimentado en cuanto a los temas relacionados a "la familia". Las discusiones de tanto los detractores como de los favorecedores de la enmienda se centraron en cómo la propuesta era o no constitucional y en cómo afectaba o no derechos adquiridos.¹¹ No hubo discusión pública sobre cuál justificación el Estado podía utilizar para sustentar la enmienda, ni de cómo el Derecho se relaciona con las familias y si éste se ha convertido en un vehículo de emancipación social o en un ente de opresión y del retraso de los derechos civiles. No se oyeron voces tampoco arguyendo sobre el rol inherentemente político de "la familia" en preservar la pluralidad de la sociedad. Tampoco se reclamó que el Estado no puede dejar de asumir la preservación de la diversidad, como lo hace el Estado puertorriqueño, sin que eso lacere los postulados de las libertades democráticas en las que se sustenta. Mucho menos se realizaron reclamos políticos en otras esferas que procuraran terminar con la subordinación de los arreglos familiares que no se conforman con la familia conyugal, monógama, heterosexual, preferiblemente con prole y jerarquizada, o la llamada "familia tradicional".

Por el contrario, lo que hubo fue una constante referencia a "la familia tradicional" y un amplio deseo de conformarse al discurso legal, tanto por aquéllos que se oponían a la enmienda como a los que la favorecían. Esto a pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una definición fija de "la familia", sino mutable. De hecho, para la Asamblea Legislativa la razón para la promulgación del proyecto de enmienda constitucional obedeció a la prominencia de "la familia tradicional" en la cultura puertorriqueña.¹² Prominencia que para la Asamblea Legislativa

¹⁰ Las expresiones del Presidente del Senado pueden ser halladas en: Rebecca Banuchi (Prensa Asociada), Enérgica defensa de Rivera Schatz a nominados al Supremo, Primera Hora, martes, 17 de febrero de 2009.

¹¹ Sobre este particular las siguientes cuatro noticas ilustran lo ocurrido en Puerto Rico durante ese momento.

- Javier Colón Dávila, Refuerzo Matrimonial, El Nuevo Día, 17 de enero de 2008.
- Israel Rodríguez Sánchez, En la cuerda floja treinta derechos, El Nuevo Día, 14 de febrero de 2008.
- Javier Colón Dávila, Un "fraude constitucional" la medida, El Nuevo Día, 24 de enero de 2008.
- Yanira Hernández Cabiya, Frances Rosario & Javier Colón, Rechaza jugar a la política, El Nuevo Día, 25 de enero de 2008.

¹² La Exposición de Motivos de la Resolución Concurrente 99 sostiene que: "[p]or su parte, el matrimonio entre un hombre y una mujer constituye la espina dorsal en la cual se cimenta la familia puertorriqueña. La importancia del matrimonio en nuestra sociedad tiene su arraigo en consideraciones de tipo cultural, moral, ético y religioso, que han permeado en nuestro pueblo desde sus orígenes. El mismo [sic], está estrechamente ligado a la prosperidad de la unidad familiar y conyugal, cuyos paradigmas han

ha implicado en la esfera pública la negación el reconocimiento de otros arreglos familiares así como de la realidad de la mutabilidad de la definición legal de "la familia". Algo similar ocurrió en la discusión que tuvieron los detractores de la enmienda constitucional. Determinados grupos con arreglos familiares que no se conforman al "tradicional", como las parejas del mismo sexo, y que presentaron una fuerte oposición al proyecto de enmienda reafirmaron la cultura dominante a través de la constante referencia de la "familia tradicional" y al enfocar su lucha estrictamente a la arena legal. Por ejemplo, la "comunidad gay" en la busca por evitar que el matrimonio homosexual fuera prohibido constitucionalmente no recogió en sus reclamos la pluralidad de arreglos familiares que existen en la sociedad puertorriqueña;¹³ sólo intentó ampliar el campo de la sexualidad dentro de "la familia", para incluir la homosexualidad dentro de la cultura dominante familiar y conformar su arreglo familiar dentro del entramado legal. En vez de intentar expandir el carácter político de "la familia" para recoger en su lucha a las familias asexuadas, sin hijos, no jerarquizadas o no monogámicas, el foco fue trasladado a legalizar una definición expandida de "la familia tradicional", de modo que el arreglo homosexual pasase a formar parte del imaginario colectivo como parte de "la familia tradicional". Eso podría ser visto como una contradicción, especialmente si estas acciones son traducidas bajo el argumento que uno de los arreglos familiares que no se conforman con la cultura dominante busca ser parte de ellas para lograr equidad, pero produciendo a su vez más inequidad para los arreglos que restan por ser reconocidos políticamente.

Nuevamente, queda evidenciado como la escasa teorización de "la familia" sólo aporta al aumento de la subordinación, la desigualdad y la exclusión al negar la pluralidad de las familias. Estos efectos llevan al planteamiento de que el paradigma de la regulación legal de "la familia" sin una teorización política de "la familia" no es conducente a la creación o el desarrollo de una sociedad justa. Al mismo tiempo, fuerza la reflexión sobre si el Derecho por sí solo puede procurar la obtención de una sociedad justa para las familias. Ello, en vista, de que el acercamiento que poseen los ciudadanos en la actualidad en cuanto a la regulación legal de las familias adolece de una abstracción o ensimismamiento que coloca la culpa del discrimen y la marginalización social en el sistema; olvidando que ese sistema es operado por un entramado de relaciones sociales y culturales que ejerce su poder en el aparato estatal. En síntesis, esta aproximación de los ciudadanos al Derecho disocia la Ley de la Sociedad, cuando el Derecho no es más que un fenómeno social.

Esto provoca la creación de un paradigma en el cual se pretende atribuirle la culpa a algo exógeno, lejos del individuo (la ley). Al hacer esto, no sólo nos quita el sentido de "accountability" o responsabilidad, sino que nos quita a su vez el sentido de "agency" o de agencia o acción. En otras palabras, ese acercamiento nos quita la capacidad de reconocer que somos partícipes culpables del sistema, pero al mismo tiempo somos capaces de ser partícipes de su cambio. Por ello, nos falta añadir algo a la ecuación que procura obtener la igualdad de las familias y reconocer la pluralidad y el valor político de ellas. Es momento de considerar en la búsqueda por el reconocimiento de la pluralidad de las familias y una sociedad justa, que el Derecho es un espacio de mediación simbólica de las relaciones sociales. (STRECK, (X)) Por ende, éste debe proveer el espacio para que relaciones políticas, como la de las familias,

sidio transmitidos de generación en generación por nuestros antepasados." R. Conc. del S. 99, 24 de abril de 2007, 15ta. Asamblea Legislativa.

¹³ En la discusión que trajo el movimiento gay anti proyecto de enmienda sí se incluyó otro arreglo familiar además del arreglo familiar homosexual. Se trajo el arreglo familiar no conyugal al movimiento anti proyecto de enmienda con la esperanza de crear un movimiento más amplio que contara con sectores no tan estigmatizados como el movimiento gay, de modo que el proyecto no fuera aprobado. Si bien la táctica funcionó, ésta no sirvió para crear un movimiento político más amplio que pudiera evitar que meses más tarde la defensa de "la familia tradicional" fuera centro de discusión en el nombramiento de los jueces al Tribunal Supremo. Tampoco ha servido para que las relaciones del mismo sexo ganen aceptación social y legal en la Isla.

no sólo sean mediadas dentro del sistema legal, sino fuera de éste en otras estructuras políticas y sociales. Ha llegado la hora de comenzar a desjuridificar "la familia" y comenzar a teorizarla, de modo que las familias comiencen a gozar de un espacio en el que puedan comenzar a construirse en justicia y en el que sus diferencias sean respetadas.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUMGARTH W., (X) "The Family and the State in Modern Political Theory". En *The American family and the State*, Peden, J. & Glahe, F. editores, 1986, San Francisco, Pacific Research Institute for Public Policy, 19-47.
- BLICHER, L. & MOLANDER A. (2008) "Mapping Juridification". En *European Law Journal*, 2008, Vol. 14, No. 1, 36-54.
- COOPER, D. (1995) "Local Government Legal Consciousness in the Shadow of Juridification". En *J.L. & Soc'y*, 1995, Vol. 22, No. 4, 506-526.
- DAILEY, A. (1992) "Constitutional Privacy and the Just Family". En *Tul. L. Rev.*, 1992, Vol. 62, 955-1031.
- ENGELS, F. (2007) *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*. New York, Ocean Sur, 2007.
- FOUCAULT, M. (1990) *History of Sexuality Vol 1*. New York, Vintage Books, 1978.
- LOCKE, J. (1941) *Ensayo sobre el gobierno civil*. México, Fondo de cultura económica, 1941.
- MENÉNDEZ, E. (1981) *Lecciones de Derecho de Familia*. Río Piedras, Editorial Universitaria, Universidad de Puerto Rico, 1976.
- NISBET, R. (1953) *The Quest for Community*. New York, Oxford University Press, 1953.
- OKIN, S. (1989) *Justice, Gender and the Family*. New York, Basic Books, 1989.
- Pérez Vega v. Procurador Especial de Relaciones de Familia, 138 DPR 201 (1999).
- Pueblo v. Ruiz Martínez, 159 DPR 194 (2003).
- RAWLS, J. (1999) *A Theory of Justice*. New York, Oxford University Press, 1971.
- ROUSSEAU, J. (2005) *El Contrato social*. Buenos Aires, Longseller S.A., 2005.
- STRECK, L. (X) "O Direito de Família, A Crise de Paradigma(s) e o Estado Liberal". En *El derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas Tomo I*. Aída Kemelmajer de Carlucci editora, 1999, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 133-146.
- WITTER, J. (X), "The Tradition of Traditional Marriage". En *Marriage and Same-Sex Unions: A Debate*, Wardle, L. y otros editores, 2003, Westport, Praeger, 47-63.

¿QUÉ ELEMENTOS DEBEMOS CONSIDERAR PARA ANALIZAR EL ESTADO DE LA LIBERTAD SINDICAL EN UN CONTEXTO TEMPORAL Y ESPACIAL ESPECÍFICO? A PROPÓSITO DE LOS LÍMITES DEL DERECHO PARA DAR CUENTA DE LA COMPLEJIDAD DE LAS RELACIONES SOCIALES

Por Julia Campos y Luis Campos

RESUMEN

El trabajo discute el papel que cumplen las normas jurídicas en el análisis del estado de la libertad sindical en un determinado contexto temporal y espacial. Para ello, describimos la trayectoria histórica de la regulación de la actividad sindical en nuestro país, y abordamos críticamente las explicaciones sobre los distintos modelos de regulación.

Estas explicaciones, en términos generales, han postulado la existencia de dos grandes grupos de normas, donde uno respondería a los intereses y tradiciones propias del movimiento obrero, mientras que el otro apuntaría a una fragmentación de las organizaciones sindicales a través de la incorporación de técnicas legislativas provenientes de otros contextos nacionales. En este trabajo postulamos la insuficiencia de este tipo de abordaje, predominante en la doctrina jurídica, exclusivamente centrado en el análisis del texto legal. Para dar cuenta de este objetivo, analizamos las normas que regularon la actividad sindical a partir de 1945 y su proyección sobre la estructura sindical. Asimismo, ponemos en cuestión la definición, en clave jurídica, del concepto "libertad sindical". Finalmente, sugerimos elementos adicionales que deberán ser considerados en este tipo de análisis, tales como las características de la estructura económica y social, la dinámica del sistema político, y la trayectoria de las formas de organización y acción colectiva de los trabajadores.

PALABRAS CLAVE

Estado - Legislación Laboral - Sindicatos

¿QUÉ ELEMENTOS DEBEMOS CONSIDERAR PARA ANALIZAR EL ESTADO DE LA LIBERTAD SINDICAL EN UN CONTEXTO TEMPORAL Y ESPACIAL ESPECÍFICO? A PROPÓSITO DE LOS LÍMITES DEL DERECHO PARA DAR CUENTA DE LA COMPLEJIDAD DE LAS RELACIONES SOCIALES

By **Julia Campos y Luis Campos**

ABSTRACT

This paper examine the role of labor laws when analyzing union's freedom (as decentralization). In order to do that we first describe the historical development of union's law in Argentina. Then we discuss some of the main literature on it, which asserts the existence of a strong link between centralizing norms and a strong labour movement. On the contrary we point out that this explanations leave out relevant data such as the economical and social structures main features, the dynamics of the political system, and the historical development of working class' collectives and means of action.

KEY WORDS

State - Labor Laws - Unions

¿QUÉ ELEMENTOS DEBEMOS CONSIDERAR PARA ANALIZAR EL ESTADO DE LA LIBERTAD SINDICAL EN UN CONTEXTO TEMPORAL Y ESPACIAL ESPECÍFICO? A PROPÓSITO DE LOS LÍMITES DEL DERECHO PARA DAR CUENTA DE LA COMPLEJIDAD DE LAS RELACIONES SOCIALES

Por Julia Campos y Luis Campos*

1. Introducción

Las discusiones en torno al alcance del derecho a la libertad sindical se han extendido notoriamente en el campo jurídico en los últimos años, principalmente a partir del cuestionamiento que, desde distintos sectores, se ha formulado al sistema diseñado por la ley 23.551, que regula la vida de las asociaciones sindicales en nuestro país.

Las contradicciones existentes entre el texto de dicha norma y el marco constitucional, integrado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y un conjunto muy importante de normas con jerarquía supralegal¹ fueron señaladas, en primer lugar, por actores vinculados a organizaciones sindicales, en particular, por la Central de Trabajadores de la Argentina.

Posteriormente, específicamente en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la incompatibilidad existente entre el texto de diversos artículos de la ley 23.551 y el Convenio 87 sobre libertad sindical fue postulada, en reiteradas oportunidades, por los distintos órganos de control previstos en dicho ámbito: la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, el Comité de Libertad Sindical, y la Comisión de Normas.²

Finalmente, en el mes de noviembre de 2008 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar en el caso "ATE", recogió íntegramente el contenido de las observaciones formuladas por los órganos de control de la OIT a la legislación local. Por ende, si bien dicho caso se refería exclusivamente a un aspecto puntual de la ley 23.551, es posible prever que sus proyecciones, al menos en términos jurisprudenciales, podrían extenderse hacia el conjunto del sistema que actualmente regula la vida de las organizaciones sindicales en el país³.

* Julia Campos, becaria de UBA – Conicet, y Luis Campos, becario de FLACSO – Conicet. Ambos integrantes del Observatorio del Derecho Social de la Central de Trabajadores de la Argentina.

¹ Entre las normas de derecho internacional que se refieren a la libertad sindical se encuentran el Convenio 87 de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador, entre otros. El análisis, en términos constitucionales, de las relaciones entre estas fuentes y la legislación local excede los objetivos de este trabajo.

² Para un análisis extenso de las observaciones a la ley 23.551 realizadas por los órganos de control de la OIT ver Gianibelli (2006).

³ CSJN, fallo "ATE", sentencia del 12 de noviembre de 2008. En este caso la Corte cuestionó los alcances del artículo 41 inciso "a", por cuanto esta norma le otorgaba exclusivamente a las organizaciones sindicales con personería gremial la facultad de organizar elecciones y postular candidatos a delegados del personal en los lugares de trabajo, vedando dicha posibilidad al resto de las organizaciones gremiales. La Corte señaló que una norma de estas características importaba una restricción de tal magnitud para la acción de las organizaciones que no cuentan con personería gremial, que podía promover la conformación de un

De esta manera, en el ámbito jurídico el debate se ha centrado en un análisis de relaciones de fuentes, donde se aplican un conjunto de reglas formales a diversos textos legales, para extraer conclusiones respecto a su compatibilidad o no, a su orden de prelación y, en definitiva, a la impugnación constitucional de diversas disposiciones de la ley 23.551 por resultar contrarias al texto de las normas de jerarquía suprallegal.

Este análisis, propio de la disciplina jurídica, no trasciende el plano formal, y por lo tanto no nos dice mucho sobre el efectivo estado de la libertad sindical en un contexto temporal y espacial determinado. En otras palabras, el análisis formal de las fuentes normativas constituye sólo una de las dimensiones que permite aportar elementos para dar cuenta de la materialidad de las relaciones sociales dentro de las cuales se encuentra, en nuestro caso, la organización colectiva de los trabajadores. Por el contrario, difícilmente podamos realizar afirmaciones tajantes acerca del estado de la libertad sindical a partir de un análisis exclusivamente formal, a menos que circunscribamos dicho razonamiento a un plano... exclusivamente formal⁴.

En este trabajo daremos cuenta de las insuficiencias de analizar la libertad sindical desde un plano estrictamente formal. Para ello, la incorporación de la dimensión histórica permitirá observar las inconsistencias que se derivan de dicho abordaje, y como ello se ha traducido en afirmaciones dogmáticas sobre los distintos modelos de regulación, sin vinculación directa con la materialidad del estado de las relaciones sociales en el que se insertaron.

Posteriormente, introduciremos una reflexión acerca de los alcances de la vinculación entre la libertad sindical y el conjunto de relaciones productivas con el cual se encuentra estrechamente relacionada.

Finalmente, identificaremos aquellas dimensiones que, desde nuestra perspectiva, resultan centrales para profundizar las investigaciones sobre el estado efectivo de la libertad sindical, su vínculo con la dinámica de la acción y organización de la clase obrera, y su relación con las características específicas que presenta la estructura social y económica en un contexto temporal y espacial determinado.

2. La regulación histórica de la organización sindical en Argentina

2.1 Un intento de explicación jurídico – histórica

Los orígenes de la regulación de la actividad sindical en Argentina se remontan a comienzos de la década del '40. La primera norma de alcance nacional fue el decreto 2.669, dictado a mediados de 1943 por el gobierno militar de Ramírez. Los efectos de esta norma fueron virtualmente nulos, en tanto su vigencia fue suspendida en diciembre de 1943, como consecuencia de un cambio en la orientación de la política sindical del gobierno militar, principalmente a partir de la asunción de Perón como titular del Departamento Nacional del Trabajo.

Dos años más tarde, el 2 de octubre de 1945, fue dictado el decreto 23.852, que sentó los pilares básicos de la regulación de la organización sindical en nuestro país. Como señalaremos a continuación, a partir de entonces se produjeron cambios en las formas de regulación, aunque dichas bases fundamentales subsisten hasta hoy en día.

monopolio sindical por vía legal, que resulta contrario a la libertad sindical reconocida en la Constitución Nacional y en las normas internacionales de jerarquía suprallegal. Para un análisis de los alcances y consecuencias de este fallo ver Observatorio del Derecho Social de la CTA (2008).

⁴ Por cierto que este razonamiento puede ser aplicado a la totalidad de las ramas del derecho. Nos limitaremos, en nuestro caso, a observar su aplicación práctica en el caso de la libertad sindical.

La explicación más extendida dentro del campo jurídico ha sido sustentada por Corte (1994), quien sugiere una posible clasificación, en dos grandes grupos, de las normas que regularon la estructura de las organizaciones sindicales en Argentina a partir de 1945. El primero de ellos respondería a las características esenciales de la experiencia sindical en nuestro país, y estaría conformado por el decreto ley 23.852/45 y las leyes 14.445, 20.615 y 23.551. El segundo, por su parte, consistiría en "propuestas intelectualistas, 'soluciones de papel' que desconociendo la realidad (...) pretenden configurar una estructura sindical supuestamente 'ideal', ya sea respondiendo a preconceptos ideológicos, antagonismos sectoriales o clasistas, rivalidades políticas (...) o inclusive por la presuntuosa pretensión de trasplantar a nuestro derecho positivo (...) técnicas jurídicas o modelos provenientes de medios socioeconómicos, demográficos, históricos y culturales marcadamente disímiles con el nuestro", y estaría integrado por el decreto ley 9270/56, el decreto 969/66, la ley de facto 22.105 y el proyecto de ley promovido por el gobierno radical en 1984⁵.

En la misma línea se encuentra Abos (1983), quien señala que el primero de dichos grupos responde a una matriz de legislación popular, mientras que el segundo es de inspiración antipopular.

Por nuestra parte, no entraremos aquí en el análisis en particular de las normas que regularon la actividad sindical en nuestro país⁶. Sin embargo, en el cuadro n° 1 realizaremos una breve síntesis del contenido de cada una de ellas, puesto que ello nos permitirá identificar las inconsistencias que se derivan de un análisis estrictamente formal del texto de las normas, escindido de las características de la estructura económica y social y del sistema político en el cual se insertan.

Cuadro n° 1: Normas que regularon la estructura sindical y principales lineamientos (1945 – 2009)

Norma	Vigencia	Contenido
D 23.852	1945 – 1955	Reconoce la posibilidad de conformar múltiples sindicatos en un mismo ámbito. Otorga un extenso conjunto de derechos exclusivos a quien obtenga el reconocimiento estatal como más representativo (personería gremial). Posibilita un fuerte control vertical de las organizaciones sindicales por parte de los niveles superiores de la estructura (federaciones y uniones), principalmente a través del control de los fondos sindicales y de las facultades disciplinarias. El Estado cuenta con grandes atribuciones para intervenir en los asuntos internos de las organizaciones sindicales.
D 9.270	1956 – 1958	Reconoce la posibilidad de conformar múltiples sindicatos en un mismo ámbito, y establece mecanismos para regular su coexistencia. Deroga la institución de la personería gremial. El Estado cuenta con grandes atribuciones para intervenir en los asuntos internos de las organizaciones sindicales.
L 14.455	1958 – 1965 (y segunda mitad de 1966)	Retorna al sistema previsto en el D 23.852/45. Incrementa las facultades de intervención estatal a partir de la resolución de los conflictos de encuadramiento.

⁵ Se refiere al proyecto conocido como "Ley Mucci", que en 1984 recibió media sanción en la Cámara de Diputados, pero fue rechazado en la Cámara de Senadores.

⁶ Para un análisis en profundidad de las normas que regularon la estructura sindical entre 1943 y 1988, ver Campos (2008).

D 969	1966 – 1970 (menos segunda mitad de 1966)	Reglamenta la L 14.455 en dos aspectos. Por un lado, limita los mecanismos de control vertical dentro de las organizaciones sindicales, transfiriéndole mayores facultades a las organizaciones locales (de primer grado). A su vez, elimina la posibilidad de conformar uniones sindicales de ámbito nacional, ordenando su reconversión en federaciones. Por el otro, reglamenta los mecanismos para la designación de delegados del personal en los lugares de trabajo.
D 2.477	1970 – 1973	Deroga el D 969/66. Mantiene la reglamentación referida a los delegados de los trabajadores.
L 20.615	1973 – 1976	Reordena el conjunto de la regulación. Mantiene los pilares básicos establecidos en el D 23.852/45 y en la L 14.455. Fortalece los mecanismos de control vertical dentro de las organizaciones sindicales.
L 22.105	1979 – 1988	En el plano de la estructura sindical retorna al sistema previsto en la L 14.455 reglamentada por el D 969/66. Reduce drásticamente las facultades y los mecanismos de protección de los delegados en los lugares de trabajo.
L 23.551	1988 – 2009	Retorna al sistema previsto en el D 23.852/45 y en la L 14.455. Reglamenta más detalladamente las facultades de los delegados en los lugares de trabajo.

El análisis de este conjunto de normas permite dar cuenta de la existencia de continuidades y rupturas que no necesariamente se reflejan en la explicación tradicional sobre la regulación de la estructura sindical en general, y de la libertad sindical en particular.

En primer lugar, cabe destacar como una continuidad la existencia de fuertes mecanismos de intervención estatal sobre la vida interna de las organizaciones sindicales. Ello se plasmó, en primer lugar, en el mecanismo de otorgamiento de personerías gremiales (o de inscripciones gremiales, durante la vigencia del decreto 9270/56), que constituyó una herramienta clave para el ejercicio de la acción sindical. A su vez, también cristalizó en la existencia de fuertes niveles de fiscalización e intervención estatal en la vida de las organizaciones sindicales (aunque con variaciones no menores entre las distintas normas).

Una segunda continuidad, brevemente interrumpida durante la vigencia del decreto 9270/56, estuvo signada por la distinción entre el sindicato que obtuvo el reconocimiento del Estado como más representativo, y que por ende ostenta la llamada personería gremial, y los restantes sindicatos que actúan en el mismo ámbito de actuación.

Las discusiones en torno al alcance de la libertad sindical se han dado en torno a este sistema de personería gremial, especialmente a partir del amplio listado de derechos exclusivos que se otorgaban a la organización sindical que ostentara tal reconocimiento⁷. Basándose en el texto de dicha norma, Torre (2004) sostiene que decreto

⁷ Entre otros derechos que la organización sindical con personería gremial puede ejercer en forma exclusiva se encuentran la negociación colectiva, la representación de los intereses colectivos de los trabajadores y el ejercicio de la huelga, la recaudación por descuento en el recibo de sueldo de las cuotas sindicales, y la organización de elecciones y postulación de candidatos para designar delegados en los lugares de trabajo.

9.270/56 “equiparaba la estructura sindical argentina a la prevaleciente en países de tradición liberal democrática”, posición que está en línea con el propio programa del gobierno militar, que proclamaba la necesidad de “establecer la libertad sindical de manera que quede asegurado el funcionamiento auténticamente democrático, en un marco de prescindencia política partidista de las asociaciones gremiales y sindicales”⁸. Aún así, cabe señalar que esta discusión ha sido relativamente extraña al ámbito sindical, y que sólo ha sido retomada, en forma creciente, a partir de la década del '90.

La principal ruptura, por su parte, se encuentra en la regulación de los mecanismos de control vertical dentro de las organizaciones sindicales, principalmente a través de la administración de los fondos y de las posibilidades de ejercer medidas disciplinarias por parte de los ámbitos centralizados de la estructura (federaciones y uniones) sobre los ámbitos locales (sindicatos de base y seccionales). En este sentido, el “frío texto de la norma” parecería estar indicando que el decreto 969/66 y la ley 22.105 habrían limitado los mecanismos de control vertical, mientras que las restantes normas habrían favorecido un control monolítico por parte de las estructuras centralizadas de la organización sindical.

Hasta aquí hemos hecho una breve sistematización de los textos legales, dando cuenta de las principales continuidades y rupturas “literales”. Sin embargo, como ya adelantamos, entendemos que se trata de un análisis parcial que no puede trascender las fronteras del plano formal. Como veremos a continuación, incorporar la dimensión histórica al análisis legislativo nos permitirá restarle peso a dicha perspectiva, y nos abrirá la puerta para introducir nuevos interrogantes y parámetros referidos a la regulación de la estructura sindical en particular, y al debate sobre los alcances de la libertad sindical en general.

2.2 Las deficiencias de la explicación jurídico – histórica

El análisis formal del derecho, tanto a partir de las relaciones entre distintas fuentes como en la consideración de su trayectoria histórica, posee un primer límite marcado por la distancia existente entre la regulación de las conductas sociales y dichas conductas en sí mismas. En efecto, en principio no podemos extraer ninguna conclusión sobre las características de un determinado estado de cosas a partir de considerar, como única fuente, la forma específica en la que dicho estado de cosas fue receptado a nivel normativo. El espacio existente entre lo que la ley dice acerca de la realidad, y la dinámica específica de dicha realidad, puede ser muy variable.

La confrontación entre el texto de las normas que regularon la estructura sindical y la dinámica histórica concreta de las relaciones entre el Estado y las organizaciones sindicales en cada período nos brinda ejemplos de las inconsistencias a las que nos puede llevar el análisis limitado a la norma jurídica. A continuación enunciaremos algunas de estas situaciones.

En materia de libertad sindical, la afirmación realizada por Torre sobre la equiparación de la estructura sindical argentina a los países de tradición liberal democrática a partir del dictado del decreto 9.270/56 puede contrastarse, por un lado, con el conjunto de la política sindical del gobierno de Aramburu y, por el otro, con los cambios que efectivamente se produjeron luego de la sanción de dicha norma.

En primer lugar, el gobierno militar no sólo mantuvo las facultades de injerencia estatal, ahora en un marco legal que permitía la coexistencia de múltiples sindicatos con un mismo ámbito de actuación, sino que impulsó una

⁸ Ver considerandos del decreto 9.270/56.

supuesta democratización de las organizaciones sindicales al tiempo que una amplia mayoría de los sindicatos se encontraban intervenidos por la autoridad militar, y que se declaraba inhábiles para ejercer cargos gremiales a quienes hubieran ocupado cargos directivos o representativos de la CGT o de las asociaciones profesionales con personería gremial entre el 1º de febrero de 1952 y el 16 de septiembre de 1955, y a quienes hubieran intervenido en el Congreso de la CGT de 1949⁹. En otras palabras, se reconocía formalmente la libertad sindical, pero al mismo tiempo se prohibía la participación de la amplia mayoría de quienes hasta entonces habían sido elegidos por los trabajadores para dirigir las organizaciones sindicales.

Por otra parte, la regulación prevista en el decreto 9.270/56 no se plasmó en el surgimiento de múltiples organizaciones sindicales en un mismo ámbito de actuación sino que, por el contrario, la estructura de representación a través de una única organización por rama de actividad se mantuvo sin mayores cambios¹⁰.

En este sentido, y a pesar de la opinión sustentada por Torre, el estado de la libertad sindical durante la vigencia del decreto 9.270/56, en tanto posibilidad de los trabajadores de definir sus estrategias de acción y organización sindical, parece haber sido mucho más limitado que durante el período anterior, aún a pesar de la existencia de una regulación normativa "formalmente" más liberal.

Este análisis exclusivamente centrado en la letra de la ley, y la intención de conformar categorías con normas similares provoca otro tipo de dificultades analíticas.

Las clasificaciones efectuadas por Corte y Abos se enfrentan a esta situación, a tal punto que deben omitir toda referencia a la política sindical del gobierno de Onganía, puesto que las normas dictadas entre los años 1966 y 1970 responden, formalmente, a ambos modelos.

En efecto, producido el golpe militar de 1966 la cercanía entre las nuevas autoridades y un conjunto importante de dirigentes sindicales se plasmó en la suspensión de los efectos del decreto 969/66, dictado por el presidente Illia en febrero de dicho año, y que había recibido una fuerte crítica de parte de los principales dirigentes sindicales. Posteriormente, la ruptura de la alianza entre el gobierno y las organizaciones sindicales condujo a la reimplantación de dicho decreto, a partir de marzo de 1967. Finalmente, en mayo de 1970 el gobierno militar dictó el decreto 2.477/70, que volvió al sistema previo a 1966.

Según el criterio sustentado por Corte y Abos, la primera etapa legislativa del gobierno de Onganía (junio de 1966 – marzo de 1967) sería de origen popular, la segunda (marzo de 1967 – mayo de 1970) sería antipopular, y a partir de entonces volvería a la senda popular.

Surge a las claras que el análisis circunscripto al texto legal sólo aporta confusión, que sólo se supera suprimiendo, en los trabajos citados, toda referencia al decreto 2.477/70.

Los análisis de la legislación dictada durante el último gobierno militar también son susceptibles de este tipo de cuestionamientos.

En efecto, la ley 22.105 promovía explícitamente una descentralización de la estructura de las organizaciones sindicales, principalmente a partir de prohibir las uniones sindicales de ámbito nacional, y ordenar su transformación en federaciones, otorgando mayores niveles de autonomía a las seccionales, que deberían transformarse en sindicatos

⁹ Ver decreto n° 7.107 del 19 de abril de 1956.

¹⁰ La única modificación significativa de este período fue el surgimiento de organizaciones sindicales representativas de los trabajadores supervisores, jerárquicos y de dirección.

de ámbito local. Entre las principales organizaciones que hubieran visto modificada su estructura organizativa de haberse llevado a la práctica el sistema de la ley 22.105 se encontraban, entre otras, la UOM (metalúrgicos), el SMATA (automotrices), la Asociación Bancaria, la UOCRA (construcción), ATE y UPCN (estatales), la UTGHRA (gastronómicos), la AOT (textiles), la UTIC (calzado), el SOC (caucho), ATILRA (lecheros), AOM (mineros), SOIVA (vidrio). En otras palabras, un análisis frío del texto de la ley 22.105 podría llevar a concluir que la política militar de la dictadura apuntaba a fragmentar la estructura organizativa de gran parte de las organizaciones sindicales más dinámicas, tanto por su capacidad de conflicto como por su inserción en sectores económicos estratégicos.

Sin embargo, resulta significativo que ninguna de estas organizaciones fue efectivamente reestructurada en los términos de la ley 22.105. La explicación de esta situación no puede encontrarse en el texto de la ley, ni incluso en la existencia de procesos de resistencia sindical, puesto que gran parte de dichas organizaciones se encontraba intervenida por autoridades militares y que ello se sustentaba, además, en una represión de características inéditas en la historia de nuestro país.

De esta manera, es posible afirmar que el análisis de la política sindical de la última dictadura militar no puede realizarse a partir de considerar, exclusivamente, el texto de la legislación sindical dictada en el período, sino que es necesario recurrir a información proveniente de otras dimensiones.

La enumeración de estos ejemplos no pretende ser exhaustiva, sino tan solo señalar la insuficiencia de abordar las discusiones en torno a los alcances de la libertad sindical, y su cristalización en normas jurídicas, a partir de una consideración estrictamente normativa. Para saltar los límites impuestos por el plano formal resulta necesario adentrarnos en torno a los significados de la libertad sindical, y su vinculación con la dinámica específica del sistema donde su desarrollo tiene lugar: el sistema capitalista.

3. Sobre los alcances de la “libertad” de la libertad sindical

La libertad sindical, puede, al menos, analizarse en dos sentidos. Por un lado podríamos seguir un criterio lingüístico preguntándonos acerca de la libertad y las formas históricas de la utilización de este concepto. Por otro lado, podemos rastrear algunas de las determinaciones más generales de la organización sindical para especificar de qué hablamos cuando hablamos de libertad sindical. Ambas esferas de análisis aparecen ligadas, aunque a los fines analíticos dispongamos una división argumentativa entre una y otra.

Así, la primera dimensión se pregunta por las características del concepto de libertad y las particularidades que este conjunto de prácticas adquieren en el sistema capitalista, en tanto es en él donde se desarrollan.

La libertad se define vulgarmente como la posibilidad de elegir/decidir/actuar de una determinada manera. Tempranamente este concepto choca con la realidad de la vida social y su necesidad de regulación. Aparecen así formulaciones del tipo “la libertad de un individuo termina donde comienza la de otro”, ¿qué significa esto? Esta pregunta se plantea frente a un brete compuesto por un sin número de yuxtaposiciones y un malabarismo jurídico pintarrajeado de pautas morales o divinas. Ya en este punto hemos reconocido que la libertad no existe en forma indeterminada. La libertad se enfrenta a una no libertad y gana o pierde terreno en relación al resultado de la batalla.

La libertad es entonces un espacio habilitado para el movimiento, pero ¿quién define los márgenes de dicho espacio?, ¿de que depende la variación (amplitud/restricción) del mismo? Estas preguntas separan en dos grandes grupos a las teorías al respecto. Por un lado encontramos a las que abogan por el conflicto como forma de

movimiento de las sociedades. Por otro lado encontramos a las que explican estos movimientos en relación al consenso adoptado por sus miembros.

Surge en este punto una relación ineludible entre el concepto de libertad y el de igualdad. Si para el primer grupo, la igualdad de los miembros de una sociedad es una excepción y en tal sentido varían los espacios de libertad en que se mueven los mismos, para el otro grupo, la igualdad, que es prerequisite para generar consenso, actúa sobre los espacios de libertad democratizándolos.

Esta última teorización de las relaciones sociales ha hegemonizado las esferas jurídica y económica del último siglo y medio. Se generaliza y perdura la figura de "contrato entre iguales", de "hombres libres y racionales". Esto no reviste azar alguno, ya que es precisamente este marco teórico el que vela con mayor eficiencia las relaciones de poder existentes en el sistema en que vivimos. La libertad pasa a ser un atributo individual y la dificultad para lograrla también. Se oculta la opresión, se viste al conflicto de patología.

Sin embargo, los preceptos fundamentales de este marco teórico se oponen de tal forma a las relaciones sociales existentes que no pueden ser seguidos ni siquiera por sus mayores agoreros. A continuación intentaremos desarrollar algunos problemas prácticos que surgen de la conceptualización que explica a las sociedades como a un conjunto de individuos libres e iguales que cuentan con capacidad para elegir como ellas se conforman y regulan.

Ahora bien, ¿qué significa explicar las relaciones sociales a partir de las acciones racionales de sus individuos? Esta abstracción niega, o al menos oculta la necesidad de los mismos de construir colectivos y permanecer unidos. La particularidad que asume en este sistema la cooperación entre los sujetos se da, paradójicamente por su antagonico: la competencia.

Desarrollemos un poco más la idea del párrafo anterior. La forma del trabajo asalariado dispone, en el mercado, a un conjunto de trabajadores dispuestos a vender la única mercancía que poseen, su fuerza de trabajo. El comprador (futuro patrón) seleccionará de entre todas las mercancías fuerza de trabajo aquella que le provea de más valor al menor costo posible. Por su parte los trabajadores no tienen otra forma de subsistir que vendiendo su mercancía y es de esperar que disminuyan su precio al máximo con tal de encontrar comprador, incluso cuando esto signifique que luego tengan que reproducirla deficientemente¹¹.

Esta desigualdad que encuentran los sujetos (trabajadores y capitalistas) al enfrentarse en el mercado de trabajo, posibilita que los capitalistas intenten constantemente pagar lo menos posible por la mercancía que compran (incluso a costa de discontinuar la reproducción de la misma), y que los trabajadores individualmente puedan hacer poco por obstaculizar esta tendencia.

Si bien hasta aquí es claro el perjuicio de esta situación para el trabajador, debemos decir también, que si no al capitalista individual, si al sistema general, este mecanismo le impone un límite a su desarrollo. Recordemos entonces que los que generan valor en esta sociedad son los trabajadores (si no se acepta este marco teórico al menos admitamos que son una parte fundamental en la creación del mismo) y que si estos no conservan sus atributos productivos por cobrar salarios de miseria, es el sistema en su conjunto el que enfrenta un problema. Si bien la premisa de la relación contractual entre trabajadores y patrones es que el mismo se realiza por sujetos libres e iguales,

¹¹ El valor de una mercancía está dado por el equivalente a su reproducción. Si el salario que el trabajador percibe no le alcanza para alimentarse a él y a sus hijos correctamente, su mercancía fuerza de trabajo será cada vez más deficiente. No podrá preservar su fortaleza física y mental luego de sucesivas jornadas. No podrá, así mismo, generar estos atributos en sus hijos.

la evidencia de que tal cosa no se corresponde con la realidad ha tenido que materializarse en un conjunto de reglamentaciones que "protegen" al trabajador y así dan cuenta de la asimetría del vínculo.

En este punto aparecen dos estrategias para salvar o al menos apaciguar estos condicionantes. La primera, como búsqueda de los trabajadores para establecer límites claros a las formas de venta de fuerza de trabajo a partir de su propia organización y lucha. La segunda, a partir de las propias estrategias que fija el representante social general del capital, el Estado, para posibilitar la reproducción del sistema.

Son los trabajadores enfrentados por la competencia de unos contra otros los que necesitan, para no morir en la "arena del mercado", de la cooperación. Los sindicatos, aparecen así, no solo como una herramienta de lucha contra la patronal, sino también como un límite concreto a los trabajadores mismos y su posibilidad de venta de fuerza de trabajo. Así, los individuos no son iguales en el mercado, se organizan más por necesidad que por voluntad, y es en esta organización que pierden la libertad de venderse al precio que consigan. De esta manera, una primera conclusión que puede aprehenderse del análisis de la libertad sindical es que, en tanto libertad colectiva, importa un cercenamiento a la libertad individual.

Luego del desarrollo anterior podemos volver a cuestionarnos acerca de las características de la libertad sindical. La discusión parece centrarse en la regulación del Estado sobre la forma que asume la organización de los trabajadores. Si por detrás del sindicato, como forma de organización, está la necesidad de preservar a los trabajadores como clase, resta preguntarnos: ¿cuál es la mejor forma de hacerlo? Y si aún nos aventuramos a ir más allá y esbozamos la idea de que la organización de los trabajadores en sindicatos y las experiencias de lucha que los mismos adquieren en la pelea por mejorar sus condiciones de trabajo los posiciona mejor para subvertir las relaciones sociales existentes: ¿cuál es la estrategia organizativa más potente?

La encrucijada sobre los alcances y consecuencias de "la libertad de la libertad sindical" parece encontrarse en estas dos preguntas. Aportaremos, aquí, tan solo dos ejes que posibilitarán seguir debatiendo las consecuencias de adoptar esta perspectiva analítica de la libertad sindical.

En primer lugar, si ponemos el acento en la necesidad de preservar a la clase y a sus atributos productivos, puede preverse que la regulación del Estado, que como tal busca reproducir el sistema, tienda a limitar, a través de la libertad sindical, la libertad individual de cada trabajador. La otra cara de esta misma moneda consiste en que el Estado buscará imponer un sistema que evite una excesiva agregación de intereses en la organización colectiva de los trabajadores, ya que ello podría forzar demandas insostenibles dentro de los límites del sistema. En este segundo caso, la "libertad de la libertad sindical" podría operar como una herramienta del Estado para promover una fragmentación de la clase obrera, o para reforzar las divisiones existentes como consecuencia de las características de la estructura económica y social presente en un contexto determinado.

La respuesta a estos interrogantes deberá provenir de un análisis comparado que excede el marco de este trabajo. En efecto, la dinámica de las formas de organización y acción colectiva de los trabajadores, y de la respuesta del Estado en términos de regulación, están estrechamente ligadas tanto con la evolución del modo de acumulación como de la propia historia de las relaciones sociales en cada contexto nacional. Los ejemplos recientes de Chile y Argentina, radicalmente adversos en materia de libertad sindical, sirven para ilustrar este razonamiento.

En el caso chileno, una herramienta central del Estado para debilitar la acción colectiva de los trabajadores se basó en "forzar" una amplia libertad para la libertad sindical, fomentando una gran fragmentación de las

organizaciones sindicales, con una mayoría de sindicatos a nivel de empresa, y con la consecuente dificultad para la agregación de intereses.

Por el contrario, en el caso argentino es posible que la propia dinámica histórica de nuestro país haya imposibilitado una salida de estas características, donde la agregación de intereses estaba profundamente arraigada en el movimiento obrero, y donde los sindicatos de empresa habían presentado niveles de conflictividad muy importantes a comienzos de los años '70. En este caso el debilitamiento de la acción colectiva se dio a partir de las transformaciones en la estructura productiva y la desarticulación del mercado de trabajo formal, manteniendo, al mismo tiempo, la regulación de las estructuras sindicales preexistentes. De esta manera, si bien sigue existiendo, formalmente, una regulación que posibilita la agregación de intereses, ello es a costa de dejar fuera de dicha agregación a una porción mayoritaria de los trabajadores, que por su situación ocupacional particular (trabajadores no registrados, desocupados, cuentapropistas) no pueden incorporarse a ninguna organización sindical¹².

El segundo eje parte de la propia perspectiva de los trabajadores. En efecto, si el objetivo de la organización de la clase se dirige a subvertir las relaciones sociales existentes, es necesario reconocer que las características de cada momento histórico colocan a la clase obrera a la defensiva o a la ofensiva. En el primer caso, la libertad sindical impuesta por el Estado como límite a la libertad individual, podrá consistir un refugio desde donde evitar un continuo deterioro de las condiciones de venta de la fuerza de trabajo, al mismo tiempo que permitirá acumular fortaleza y experiencia en la dinámica de organización y conflicto. En los momentos de ofensiva, por el contrario, la libertad sindical impuesta por el Estado puede transformarse en un límite a la acción colectiva, en tanto en dicho momento seguramente sean los trabajadores, y sus experiencias de lucha, quienes definan la forma más potente de organización.

Finalmente, cabe destacar que ambas dimensiones se encuentran estrechamente relacionadas. En efecto, los alcances de la libertad sindical impuesta por el Estado no pueden aprehenderse en forma aislada de la propia lucha de los trabajadores, puesto que la dinámica específica que adoptará la regulación estatal es una función de la trayectoria histórica de las relaciones entre las clases sociales. Al mismo tiempo, en las fases defensivas y ofensivas la clase trabajadora también encuentra límites y potencias en el carácter del Estado, en las contradicciones que puedan existir entre las distintas fracciones del capital, y en la respuesta que se origine desde el aparato estatal a las luchas desarrolladas en forma colectiva por los trabajadores.

4. Ayudemos al derecho: las perspectivas ausentes en el análisis histórico de la regulación de la libertad sindical

Hasta aquí aspiramos a haber demostrado los inconvenientes derivados de una consideración estrictamente normativa para dar cuenta del estado de la libertad sindical en un contexto temporal y espacial determinado. Nos resta entonces, referir a aquellas dimensiones que, entendemos, requieren ser incorporadas en este análisis.

¹² Aquí no nos referimos a la inexistencia de organizaciones sindicales que permitan la afiliación de trabajadores no registrados, desocupados o cuentapropistas. Por el contrario, a partir de los años '90 han surgido organizaciones que receptan esta posibilidad, o que directamente están conformados por trabajadores a partir de su identificación con alguna de estas categorías. Sin embargo, en todos estos casos la regulación normativa les sigue vedando, al menos en el plano formal, el ejercicio de su libertad sindical. En consecuencia, se trata de trabajadores que han "recuperado" en su totalidad su libertad individual para vender en el mercado su única mercancía. No resulta casual, por ende, que el salario promedio de los trabajadores registrados en la Argentina triplique el salario promedio de los trabajadores no registrados.

En primer lugar, la libertad sindical no puede ser escindida de la estructura social y económica concreta en la cual se inserta la organización y acción colectiva de los trabajadores.

La existencia de mayores o menores grados de libertad sindical no puede, por otra parte, separarse de la evolución histórica de la conformación de las organizaciones obreras y de su acción específica en cada contexto particular (en gran medida, pero no exclusivamente, limitados por la forma Estado Nación).

A su vez, la dinámica del sistema político, y la participación que los trabajadores han desarrollado históricamente en dicho nivel (a través de la creación de partidos políticos propios, o de su inserción en los ya existentes), también se ha proyectado en las distintas formas que puede adoptar la regulación de la actividad sindical, y de su dinámica concreta.

Entendemos que estas tres dimensiones –estructura económica y social, trayectoria histórica de las formas de acción y organización colectiva de los trabajadores, y dinámica del sistema político- constituyen ejes insoslayables en un estudio que intente dar cuenta del estado de la libertad sindical en un contexto determinado.

Por cierto que ello no invalida la consideración del derecho como una herramienta más que contribuye a caracterizar el estado de las relaciones sociales en general. Por el contrario, se trata de asignar al ámbito jurídico un nivel particular, en tanto cristalización de una determinada correlación de fuerzas sociales en un contexto específico, y de enriquecer su análisis con los aportes que puedan extraerse del conjunto de mediaciones políticas, económicas y sociales, evitando, de esta manera, su reducción a una técnica estrictamente formal, que solo pueda dar cuenta de sí misma.

BIBLIOGRAFÍA

- Abós, A. (1983): *La columna vertebral. Sindicatos y peronismo*, Legasa, Buenos Aires.
- Campos, L. (2008): *Estado y sindicatos: un análisis de sus relaciones a partir de los mecanismos de regulación y la conformación de la estructura sindical en Argentina (1943 – 1988)*. Tesis de maestría presentada en la Maestría en Economía Política de la FLACSO.
- Corte, N. (1994): *El modelo sindical argentino*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires.
- Gianibelli, G. (2006): *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT - 2006, en materia de Libertad Sindical respecto de Argentina*, en www.observatoriocta.org.ar.
- Observatorio del Derecho Social de la CTA (2008): *Boletín Electrónico Periódico* n° 31, diciembre, en www.observatoriocta.org.ar.
- Torre, J. (2004): *El gigante invertebrado. Los sindicatos y en el gobierno, Argentina 1973 – 1976*, Siglo XXI, Buenos Aires.

RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LOS SINDICATOS DURANTE LA PRIMERA PRESIDENCIA DE YRIGROYEN. SU IMPACTO EN LA LEGISLACIÓN

Por Federico Leandro De Fazio

RESUMEN

La reforma electoral argentina del año 1912, provocó una ampliación del sistema político. Una vez asumido, en el año 1916, el primer presidente electo bajo la vigencia de esta norma -Hipólito Yrigoyen-, la UCR comenzó a desarrollar el intento por ensanchar las bases sociales del Estado a fin de lograr una mayor legitimidad del gobierno.

Paralelamente, a partir de 1915 y tras una nueva división del movimiento obrero, se consolida la hegemonía de la corriente "sindicalista" en el interior de las asociaciones de profesionales, cuyo principal propósito era la consecución de mejoras progresivas por medio de la negociación. Precisamente, los sindicalistas comienzan, paulatinamente, a entender favorable la legislación que regule al trabajo. Esta nueva tendencia es coincidente con las intenciones y miras del radicalismo, con lo cual, se establece un "pacto tácito" entre ambos, con la finalidad de obtener beneficios políticos, por parte del gobierno, y de obtener mejoras para su afiliados por parte de las asociaciones de trabajadores.

Así, se establecieron por primera vez relaciones directas entre el Estado y ciertas asociaciones de trabajadores, cuyos canales de mediación transitaban por fuera del sistema democrático-formal (como la formación de partidos políticos y debates parlamentarios). Esta nueva realidad motivó políticas heterogéneas y coyunturales que se vieron reflejadas en el tratamiento de la legislación social.

PALABRAS CLAVES

Sindicalismo; Unión Cívica Radical; legislación social; Relaciones corporativas.

RELATIONSHIPS BETWEEN THE STATE AND THE LABOUR UNIONS DURING THE FIRST YRIGOYEN'S PRESIDENCY. IT'S IMPACT IN THE LEGISLATION

By Federico Leandro De Fazio

SUMMARY

The argentinian electoral reform of 1912, provoked the development of the political system. Once the first president elected under the legal disposition of this norm in 1916 -Hipólito Yrigoyen- the UCR began to develop the attempt to extend the social basis of the State in order to obtain a major legitimacy of the government.

Besides, during the beginning of 1915 and beyond a new division of the labour movement, the hegemony of the current syndicalist was consolidated in the interior of the professional associations, which its main purpose was the acquisition of progressive improvements through negotiation. Precisely, the syndicalists begin, gradually, to understand favorable the legislation that regulates labour.

This new tendency is coincident with the purposes and aims of the radicalism, and, an "implied deal" is established between them, with the purpose of obtaining political benefits, on the part of the government, and to obtain improvements towards its affiliates on the part of the worker's associations.

In this way the relationships, which some author judged as "corporate", were established between the State and certain worker's associations, which their means of mediations accured out of the democratic system (as the formation of political parties and parliamentary debates). This new reality caused heterogeneous politics and peculiarities to the concrete caso that were seen reflected in the treatment of the social legislation.

KEYWORDS

Syndicalism; UCR; Social legislation; corporative relationships.

RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LOS SINDICATOS DURANTE LA PRIMERA PRESIDENCIA DE YRIGOYEN. SU IMPACTO EN LA LEGISLACIÓN

Por Federico Leandro De Fazio*

1) Introducción

El presente trabajo es un extracto del avance alcanzado en el proyecto de investigación que lleva por nombre "Las políticas laborales del Estado argentino durante la primera presidencia de Hipólito Yrigoyen. La indefinición estatal en la adopción de una postura uniforme" que integra la programación científica UBACyT -D002- (2008-2010), dirigido por el Dr. Mario Justo López (h) cuyo título temático general es: "Las Políticas Públicas de los gobiernos radicales. Su relación con la consolidación de la primera democracia de la Argentina, 1916-1930".

El tema elegido plantea como objetivo un desafío álgido, esto es: intentar dar una explicación a la oscilación estatal en la aplicación de políticas públicas referidas a la "cuestión social obrera".

La hipótesis de trabajo, a partir de la cuál se ramificó la recolección de datos, estuvo conjeturada sobre la siguiente afirmación: "El gobierno radical, de 1916 a 1922, careció de uniformidad en la aplicación de políticas públicas con respecto a la cuestión obrera y su tratamiento dependió de las presiones de sectores interesados, que eran aceptadas o no, de acuerdo a la influencia que éstos tuvieran en el normal desenvolvimiento de la actividad económica y en su grado de permeabilidad hacia la negociación".

La metodología aplicada para corroborar la hipótesis propuesta es la de una investigación histórica, de tipo cualitativa, sobre la base de fuentes primarias y fuentes secundarias.

Partimos de un marco teórico que supone que el análisis de las políticas públicas debe realizarse sin perder de vista el sistema político del cual surgen como, así también, su entorno. Este enfoque abierto sugiere interpretar la recepción de insumos -tensiones- por parte del Estado, mediados a través de canales de insumos (partidos políticos, medios de comunicación, grupos de interés, etc.), que según el grado de influencia ejercida impactará -o no- en la toma de decisiones políticas. No creemos, sencillamente, que el desarrollo de la idea de intervención estatal en los diversos aspectos de la "vida social" se deba, exclusivamente, a la evolución de las ciencias sociales -mediante la formulación de diagnósticos inspirados en el positivismo sociológico-, sino que el Estado se vio obligado, en forma acelerada, a resolver el problema debido al desarrollo de las organizaciones obreras, de sus manifestaciones ideológicas y el estallido del conflicto social (SURIANO J., 2000). Es así, como las políticas públicas con relación a la "cuestión social" penetraron en espacios que otrora eran considerados, exclusivamente, como pertenecientes a la

* Abogado UBA, Becario de Maestría UBACYT.

esfera privada provocando una alquimia dentro de la tradicional idea liberal de estricta división entre "lo privado" y "lo público"¹.

2) La reforma electoral y la ampliación del sistema político

Durante la primera década del siglo XX la política del Estado se había destacado por un enfrentamiento abierto entre éste y las agrupaciones obreras. Los actores más tradicionales de la elite gobernante estimaban que la única forma de "erradicar los conflictos sociales era la represión, puesto que los males sociales no eran, para ellos, inherentes al proceso histórico argentino sino provocados desde afuera por ideas contestatarias de anarquistas" (SURIANO J., 1993, 12). Concurrentemente con esa interpretación sobre la "cuestión social obrera" es como -tras la huelga general de 1902- emerge la sanción de la "Ley de Residencia" y -tras de la semana roja de 1909; el asesinato a jefe de policía Ramón Falcón y la gran agitación del centenario- la Ley de "Defensa Social".

La reforma electoral de 1912 propició la ampliación del sistema político en el país que se evidencia en la observación de dos variables fundamentales:

Por un lado, la integración al juego de la dinámica política de una importante porción de la sociedad civil excluida hasta ese momento. La nueva necesidad, por parte de los agente políticos, de legitimación y apoyo político en virtud de la nueva competencia electoral, genera la necesidad de regular las diferencias y tensiones dentro de la sociedad.

La travesía de una hegemonía burguesa organicista a una hegemonía burguesa pluralista (ANSALDI W., 1995) originó el desarrollo de políticas públicas por parte del Estado no sólo para resolver una contradicción obrera que en concreto se plantease sino, como fin mediato, para que las tensiones no debiliten el orden social y de dominación vigente (OZSLAK O., 1997).

Por otro lado, más allá de su hegemonía dirigente en cuanto a lo económico y cultural, tras las elecciones de 1916 la elite quedaría parcialmente fuera de la estructura interna del Estado, lo que simbolizaba la pérdida de su dominación política pasando a ser un agente dinámico más del sistema político. Así lo destaca Luís María Caterina al comentar que "por primera vez en la argentina, los sectores empresarios estaban fuera de la estructura general del Estado. Podían hablar, influenciar, presionar, pero el Estado -tenazmente- reivindicaría su papel central de tercero, lo mas imparcial posible, en los conflictos sociales" (CATERINA L., 1997, 63).

De esta forma, se revela como la expansión de los derechos políticos trae consigo un escenario propicio para la proyección del aparato estatal en el involucramiento de sus instituciones en contradicciones sociales que antes fueron desatendidas estimulando el desarrollo de los derechos sociales.

Las elecciones de 1916 originaron la victoria en los comicios de la UCR que se presentó como un partido "modernizador" del Estado, y en ello tiene mucha significación su composición, pues, estaba conformado mediante un "conglomerado heterogéneo de sectores sociales urbanos y rurales" (ROCK D., 1997, 119). A raíz de ello, no mostró un programa definido, sino más bien una serie de objetivos difusos y genéricos. Con ello queremos significar que el Partido Radical entendía -discursivamente hablando- que en él confluían todos los intereses que coexistan en la Nación, lo cual se refleja en el siguiente manifiesto partidario: "La UCR no es refractaria a ningún

¹ En particular, dentro de la disciplina que estudia al Derecho del Trabajo, se concibe a la irrupción pública como "regulación heterónoma", es decir, proveniente desde el exterior de la autonomía particular de los agentes antagónicos.

interés legítimo, y por el contrario caben en su seno todos los elementos que quieran ponerse sinceramente al servicio del verdadero bienestar del país ("MANIFIESTO DE LA UCR AL PUEBLO DE LA REPÚBLICA", JULIO DE 1915). Por tanto extraemos que el radicalismo pretendió establecer una identificación simbólica común a fin de estrechar la cooperación entre los distintos estratos sociales para sustentar el orden de dominación social establecido y la legitimidad de su gobierno.

De esta manera el gobierno de la "nueva democracia" se caracterizó por:

a) no concebir, en forma extendida, a la totalidad del movimiento obrero como criminal y anti-social -en este sentido se refirió La Época, el periódico oficial, al caracterizar la labor del presidente: "solo cuando el presidente Yrigoyen asume el gobierno se señalan en sus actos direcciones dignas de un gobierno adelantado y moderno. [...] Los gremios obreros dejan de ser para el Estado oscuras y amenazantes jaurías de elementos antisociales [...] para convertirse en parte viva de la sociedad argentina" (LE, 27/06/1918)-;

b) por un mayor intervencionismo en los conflictos entre obreros y patrones -como por ejemplo el arbitraje en los conflictos marítimos de 1916 y 1917; la regulación, mediante decretos, de lo reclamado en la huelga general ferroviaria de 1917- y

c) por la apertura del diálogo directo con las organizaciones obreras -con referencia a esto último el día 5 de diciembre de 1916, a meses de asumido el primer presidente radical, delegados de la Federación Obrera Marítima (FOM) y de la Federación Regional Argentina del IX Congreso (FORA IX) mantuvieron una reunión con el presidente en la casa de Gobierno a fin de manifestar el reclamo que originó la huelga en el puerto de Buenos Aires (ROCK, 1997, 163). Lo mismo sucedió en enero de 1917, cuando el Ministro de Obras Públicas, Pablo Torello, recibe a "La Fraternidad" para oír las quejas del gremio contra las compañías (LE 20/01/1919)-.

3) Subsistencia del orden económico y social establecido

Sin embargo y pese a la asunción del gobierno pluralista, el Estado no modificará las características fundamentales de la estructura económica y social. Su tendencia hallaba sus límites en una filosofía liberal-reformista a tal punto que consideraban que si el progreso material no hubiera sido perturbado por desastrosas administraciones, la república hubiera alcanzado proporciones de riquezas inimaginables (ROCK D., 1997, 63). Es decir, creían en las premisas fundamentales del modelo liberal clásico y atribuían sus defectos a las distintas gestiones del mismo.

Asimismo, sus discursos estaban impregnados firmemente por concepciones positivistas, pues, ante todos los conflictos suscitados durante este período, el radicalismo dejó entreverar que reconocería el reclamo obrero, siempre y cuando no se hallara afectado el "orden económico y social". En este sentido, La Época sostenía: "la huelga es respetada en todo lo que no excede de los límites que a los trabajadores les asisten de abandonar el trabajo, dentro de condiciones determinadas. La huelga será reprimida en toda tentativa que desnaturalice su verdadero carácter y que denuncie intenciones de violar el orden social o atentar contra los derechos civiles garantizados por la constitución a todos los habitantes de la república" (La Época, 10/01/1919).

Sintetizando, al igual que lo expresado por los intelectuales progresistas que integraron cargos en gobierno anteriores (ZIMMERMANN E., 1995), el reformismo propuesto por el radicalismo nunca asintió a la sustitución del

modelo establecido, sino que buscaba vías reformistas a fin de canalizar la gran conflictividad que se vivía en aquellos años agravada por una creciente devaluación del salario real a causa de la posguerra.

Esta concepción reformista-preventiva fue la que llevó, en definitiva, a David Rock a afirmar que el Partido Radical, buscaba la armonía de clases a fin de legitimar aún más el modelo vigente, pero fuera de los marcos de la clase gobernante tradicional. Es decir, que en muchos aspectos, se diría que la oligarquía simplemente cambió de ropaje. Sustenta sus dichos, al evidenciar que en el primer gabinete de Yrigoyen, cinco de los ocho ministros eran ganaderos de la provincia de Buenos Aires o estaban íntimamente conectados con el sector exportador. Dentro de la primera condición, se encontraban el ministro de agricultura, designado posteriormente ministro de relaciones exteriores, Honorio Pueyrredón; el ministro de obras públicas, Pablo Torello; el ministro de relaciones exteriores, Carlos Becú, y el ministro de Marina, Federico Álvarez Toledo quienes eran destacados hacendados y, dentro de la segunda, se ubicaba al ministro de Hacienda, Domingo E. Salaberry, quien se dedicaba a las exportaciones y a los asuntos bancarios e inmobiliarios.

4) Evolución del movimiento obrero argentino

Para el año 1915, la mayoría de las, por entonces llamadas, sociedades de resistencia se hallaban unificadas en la Federación Obrera Regional Argentina (FORA). Sin embargo, ello no significaba que hubiera una cohesión sólida entre las heterogéneas facciones del movimiento obrero que se nucleaban en ella. De hecho, la federación se encontraba subdividida por gremios que pertenecían a tendencias sindicalistas; anarquistas y socialistas, todos los cuales partían de presupuestos diferentes, con objetivos distintos y, en muchos casos, incompatibles entre sí.

El carácter inconciliable de sus diferentes ópticas quedó reflejado en las repercusiones suscitadas luego de la celebración del IX Congreso, el 1 de abril de ese año, cuando se establece que “la FORA es una institución eminentemente obrera, organizada por grupos comunes de oficios, pero cuyos componentes responden a las mas variadas tendencias ideológicas y doctrinarias, que para mantenerse en sólida cohesión necesitan la mas amplia libertad de pensamiento, aunque es imprescindible que sus acciones se encuadren [...] con absoluta prescindencia de los grupos y partidos que militan fuera de las organizaciones de los trabajadores agremiados. Por lo tanto, la FORA no se pronuncia oficialmente partidaria ni aconseja la adopción de sistemas filosóficos ni ideológicos determinados” (ISCARO, 1958, 97). Luego de este congreso, la mayoría del proletariado argentino institucionaliza el concepto de sindicato como único medio capaz de desarrollar el socialismo y el llamado a mantener a las organizaciones obreras alejadas de toda influencia o injerencia de otras clases sociales, en particular de intelectuales y “profesionales de la política”, lo que derogaba, implícitamente, la resolución proclamada durante el V Congreso y sostenida oficialmente hasta esos días, que recomendaba la lucha hacia el comunismo anárquico.

A partir de allí reflataron viejas pugnas dentro del movimiento obrero y se provocó la escisión de la franja anarcosindicalista con el fin de volver a las premisas sostenidas en el quinto congreso de la federación; esto es, la recomendación a todos sus adherentes a facilitar “propaganda e ilustración más amplia, en el sentido de inculcar en los obreros los principios económicos y filosóficos del comunismo anárquico” (ABAD DE SANTILLAN D., 1933, 151). La crítica anarquista, se basaba en que, sin perjuicio de que es imposible desproveerse de una concepción ideológica, el discurso de neutralidad es un recurso para los que tratan de imponer su jefatura personal a las masas obreras que carecen de una orientación revolucionaria.

Así el 2 de mayo de 1915, se conformó la reunión de los anarquistas disidentes, y se estableció desconocer lo postulado en el IX congreso y mantener la mentada recomendación del V Congreso quedando dividido el movimiento obrero entre la FORA del IX Congreso y la FORA del V Congreso.

Pero, cierto es, que esta última asociación se estableció con un número reducido de trabajadores respecto a su par sindicalista y, desde allí, se profundizó la decadencia anarquista en la representación de los asalariados. De hecho, luego las exitosas conquistas provocadas por las huelgas marítimas y ferroviarias, la FORA IX obtiene un crecimiento extraordinario. Así, pasaron de 51 sindicatos adheridos a la central para 1915 a 70 en 1916; 199 en 1917; 350 en 1918; 530 en 1919 y 734 en 1920 (PALACIOS, 1927, 190). David Rock comenta que: [...] poco a poco fue desapareciendo la postura anti-estatal extrema de los sindicatos, que quedaron bajo el control de una corriente moderada, interesada menos en enfrentar al Estado que en mejorar la situación económica de los trabajadores" (ROCK D., 1997, 136).

La nueva corriente hegemónica dentro de los gremios obreros trae consigo la generalización de nuevas formas de ejercer presión:

a) Así, por un lado, desestiman a la huelga general como método principal de lucha al establecer una amplia soberanía de acción de cada uno de sus gremios sindicados, constituyéndose en guardián "celoso de la autonomía y la libertad que tiene cada sindicato federado de tratar, según le convenga a sus intereses, la mejor forma de llevar y resolver sus luchas. (MAROTTA S., 1960, 204).

b) por el otro comienzan a desplegar una actitud más flexible hacia la negociación propuesta por el poder político mediada por una nueva perspectiva acerca de la legislación estatal referida a regular las relaciones de trabajo. Ello pues, se abandona el descreimiento incondicional hacia la legislación social sostenida durante los años anteriores y comienzan, paulatinamente, a aceptar y a tener una actitud más flexible frente a ella. Así, pasaron a sostener: "sin caer en la ilusión de creer que cinco o seis leyes puedan resolver de raíz la grave y compleja cuestión social. Un poco de libertad y una legislación sana hará menos desgarradora y violenta la evolución ineludible hacia la nueva era social" (LOO, N° 91, Agosto de 1919).

Como más adelante se verá, estos cambios en el interior del movimiento obrero, como el abandono de la huelga general; la organización de las federaciones por actividad y la autonomía individual de cada sindicato para alcanzar sus metas particulares y el no rechazo absoluto hacia la legislación será esencial para entender la evolución en el tratamiento de las normas para regular, en lo sucesivo, las relaciones de trabajo.

5) Relación entre los sindicatos y el Estado tras la asunción de Yrigoyen

Los nuevos aires "sindicalistas" fueron coincidentes con las aspiraciones del primer gobierno radical. El yrigoyenismo comprendió la importancia electoral de la base obrera y buscó nuevas alternativas para su captación, más allá de la beneficencia de los comités. De esta forma, el gobierno se embarcó en un proyecto tendiente a establecer estrechos vínculos con el movimiento sindical, basado en la relación y diálogo directo.

Algunos autores catalogan a esa relación como "de tipo corporativa" y basan esa caracterización en que se combinó la potenciación de los poderes presidenciales y, a la vez, la apelación al protagonismo de las asociaciones de interés prescindiendo del sistema de partidos y de la acción parlamentaria (ANSALDI W., 1995).

Otros prefirieron denominar a las relaciones descritas como un "pacto tácito" –Falcón; Horowitz; Rock y del Campo-, entendiéndolas como cooperaciones entre el Estado y los gremios sindicalistas con el fin de hacer frente a los adversarios comunes: los socialistas, por un lado, –puesto que competían con el radicales en el plano electoral y con los sindicalistas en el plano gremial- y los anarquistas, por el otro -ya que significaban una amenaza al equilibrio del orden social para los primeros y, asimismo, un competidor en el plano asociativo con los segundos-.

Más allá de su denominación, lo cierto es que esas relaciones directas supusieron no solamente el protagonismo de ciertos gremios de trabajadores, sino también la exclusión de muchos otros, pues, para establecer ese entendimiento -relación corporativa o "pacto tácito"- con el Estado debían cumplimentarse, previamente, una serie de requisitos. Así, la negociación con el gobierno radical se suscitó únicamente cuando se trataba de acciones de gremios que desarrollaban actividades centrales para la economía agro-exportadora -gremios de transportes, por ejemplo- y, asimismo, gremios que adopten una postura permeable a transigir.

Por ello, aquellas asociaciones que no desarrollasen actividades consideradas de "interés público" no obtendrían simétrica atención por parte del Estado e, igualmente, quienes se oponían inflexiblemente a la política de negociación oficial se convirtieron en el centro de persecución estatal, dejaban de ser reconocidos como parte del sector trabajador, para convertirse en una influencia conspiradora de "agitadores profesionales".

Para consolidar su objetivo de encarrilar la vida gremial dentro de los carriles del orden social establecido el radicalismo intentó legitimar su estrategia a través de presentaciones ante el Congreso de la Nación². Esta idea de "institucionalizar el orden" (OZSLAK, 1986, 27) y de sustentar la dominación política mediante la implementación de políticas que tuvieran las dosis justas de consenso y de coerción, se ve reflejado en los proyectos de leyes, propuestos por funcionarios radicales.

6) Legislación parcial y heterogénea: (el consenso)

Tal como ya se ha referenciado, el radicalismo atendió, preferentemente, a los gremios que pudieran interrumpir el tráfico comercial del país. Dentro de una economía casi exclusivamente agro-exportadora, la paralización de estas actividades que eran el transporte del "granero del mundo", significaba el cese de la principal actividad económica. Precisamente, los sindicatos portuarios y ferroviarios, obtuvieron grandes mejoras en éste período. Así pues, obtendrán regulaciones emanadas del Estado a través de laudos arbitrales que dirimían un conflicto en particular entre un sindicato y una empresa -por ejemplo en el caso de los trabajadores marítimos-; decretos del poder ejecutivo que establecían normas para determinada actividad en conflicto -como por ejemplo la regulación del trabajo ferroviario según la facultad concedida al Poder Ejecutivo por la ley 2.873 y el decreto de oficialización de los trabajadores marítimos en 1919- y las leyes de jubilaciones y pensiones para empleados ferroviarios y para trabajadores de empresas de servicios particulares de interés público.

La capacidad de negociación de estos sindicatos yacía en que la interrupción del tráfico comercial suponía, para el gobierno, la urgencia por su solución atento al déficit que ocasionaría en la balanza comercial y al consecuente hostigamiento que pudiera recibir por parte de los máximos exponentes del poder económico, los políticos conservadores y cierta parte de la prensa, por no remediar el conflicto velozmente. Por ello, y a diferencia de las

² La legitimidad racional-legal es aquella [...] basada en la validez de preceptos legales y en la competencia objetiva fundada por normas racionalmente creadas, es decir, en orientación hacia la obediencia a las obligaciones legalmente establecidas (AZNAR Y DE LUCA, 2007)

tensiones suscitadas en otras actividades, éstos grupos y el gobierno se encontraban dispuestos a fomentar mejoras sobre los trabajadores de transporte, esto pues, entendían que significaba la mejor estrategia para disciplinar definitivamente a los trabajadores sin entorpecer el flujo económico.

En los discursos parlamentarios, notamos que tanto los legisladores conservadores como los radicales entendían a este tipo de leyes sociales como apaciguadoras de los conflictos. Así lo expresó, en ocasión del debate para la sanción de la ley de jubilaciones y pensiones de empleados de ferrocarriles, uno de los senadores e integrantes de la comisión de legislación, Julio A. Roca, cuando sostuvo: "(...) Creo que esta ley va a tener positiva influencia en el espíritu del ya muy numeroso personal ferroviario de la Republica, en el sentido de establecer normas y condiciones de trabajo que les permitan estar mas satisfechos de la función social que desempeñan en la sociedad, y, a la vez a constituirlos en elementos de seguridad, de permanencia, de estabilidad del tráfico ferroviario" (DSsen. 6 marzo de 1919). En el mismo sentido se refirió el diputado radical Vicente Gallo, al debatirse el proyecto de jubilaciones y pensiones destinada a empleados de empresas privadas de servicios públicos, cuando manifestó: "Entre los beneficios que en nombre de la comisión he atribuido a esta ley, figura, y creo haberlo dicho, el de la mas severa disciplina dentro del personal y de la mayor eficiencia en la prestación del servicio publico. Creo que estas leyes actúan como una gran fuerza moral, aquietando los espíritus, estimulando la labor [...]."

Pero este tipo de norma parcial no proviene, unilateralmente, desde el Estado sino que están impregnadas de cierto halo de consenso. La franja sindicalista del movimiento obrero, que se siente identificada con la idea de negociación, descubre en la política radical una veta para obtener beneficios para su organización. Es decir, la idea sindical flexible hacia la transacción, sumado a el abandono de la huelga general y la autonomía de cada organización federada, son elementos esenciales para comprender que dentro del propio acondicionamiento sindical está el motivo primordial de aquello denominamos "legislación parcial y heterogénea", puesto que se encuentra íntimamente relacionado con la capacidad de negociación de cada asociación en particular.

A modo de comparación, indicaremos que las normas sociales sancionadas antes de la asunción del radicalismo -la ley 4.661 de descanso dominical, la ley 5.291 sobre trabajo de mujeres y menores y la ley 9.688 de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales-, tuvieron una diferencia sustancial con respecto a la regulación radical, esto es: el ámbito de aplicación. Así pues, en las primeras el espectro al cual era aplicable fue de tipo general, o mejor dicho, a toda la masa de trabajadores dependientes. En cambio, como ya se expuso anteriormente, durante el gobierno de Hipólito Yrigoyen se sucedieron normas que se refirieron, exclusivamente, a la regulación de determinadas actividades productivas la que, como se ya explicó, fueron a favor de aquellas entidades sindicales que lograron un entendimiento con aquel.

El control sindical (la coacción)

Como ya se anticipó, uno de los requisitos que debían poseer los sindicatos para obtener consenso en cuanto a la legitimidad de su reclamo era estar dispuesto a la mediación oficial propuesta por el Estado. Es decir, el radicalismo consideraba la reclamación obrera siempre y cuando, tal como lo decía Duverger, sea una lucha "en el régimen" y no "sobre el régimen", entendida la primera como la dinámica entre fuerzas políticas antagónicas dentro del orden imperante para modificarlo o transformarlo, pero sin discutir la legitimidad del sistema en si mismo (BIDART CAMPOS G., 329).

Analizando los distintos conflictos suscitados durante el período, notamos que ante el levantamiento de gremios que no estuvieran dispuestos a transitar dentro de los procedimientos de conciliación ofrecidos por el Estado, éstos y sus reclamaciones serían desacreditadas por los voceros del gobierno; calificándolos no como un conflicto obrero genuino, sino como “agitadores remunerados” o “elementos extranjeros” que buscaba atentar contra la paz social en virtud de fines extra-gremiales.

Con el fin de oficializar y, por lo tanto, legitimar mediante la ley la preferencia por los sindicatos transigentes, el radicalismo puso el énfasis en la regulación positiva de la conformación, existencia y acción de las asociaciones profesionales. En este sentido, y tras la huelga general de enero de 1919, diferentes funcionarios radicales presentaron proyectos de leyes cuyo fin primordial era encarrilar las reclamaciones obreras dentro de un margen de paz, legalidad y previsibilidad. Alejandro Unsain, por ese entonces presidente del Departamento Nacional del Trabajo, consideraba que “la falta de una ley en materia de huelgas, [...] coloca a las autoridades en la difícil situación de proceder en cada caso en forma diversa y ocasional, buscando dentro de sus posibilidades medios y recursos que carecen de la estabilidad que sólo una norma jurídica inexistente podría dar” (BDNT, N° 37, V.). La sucesión de proyectos a la que se hace mención estuvieron referidos al funcionamiento de las asociaciones sindicales; a la conciliación y al arbitraje obligatorio en materia de conflictos colectivos de trabajo y a los convenios colectivos de trabajo.

Así, el 30 de mayo de 1919, el Poder Ejecutivo presenta ante la cámara de diputados un proyecto sobre “asociaciones profesionales” que instituía la figura de la “personería jurídica” y establecía pautas para su obtención y conservación. Así, las asociaciones sindicales que quisieran institucionalizarse y ser reconocidas debían cumplir con un objeto de existencia lícito, es decir que no vulnera el “orden público” y las “buenas costumbres”, por un lado, y el compromiso de acatar la conciliación y el arbitraje ofrecido por el Estado en caso de conflicto, por el otro. Quien, decidía la obtención o la supresión de la personalidad jurídica era el Departamento Nacional del Trabajo (DNT), dependiente del Ministerio del Interior.

Ocho días antes, a la presentación del proyecto sobre asociaciones profesionales, el Poder Ejecutivo elevó un proyecto sobre conciliación y arbitraje. Como primera medida, el artículo 2 del proyecto establecía la necesaria intervención del Estado en el conflicto, puesto que exigía a la asociación obrera presentar un pliego de peticiones ante el DNT, antes de tomar alguna medida de acción directa (DSdip, 21 de mayo de 1919). Asimismo el art. 4 establecía que producida la huelga, luego de la negativa de la patronal, las partes están obligadas, dentro de las 48 horas, a llevar el conflicto ante la junta de conciliación, la que estará compuesta por el presidente del DNT y de un representante por cada parte quienes estarán nombrados por el Poder Ejecutivo (DSdip, 21 de mayo de 1919). Luego, el art. 9 instauraba el arbitraje obligatorio en caso de que la conciliación fracasase. El árbitro sería el juez civil de turno y el laudo tendría carácter de obligatorio. En caso de no ser cumplido el laudo, se instituían varios tipos de sanciones: así, el gremio que desobedezca el fallo sería pasible de la pérdida de la personería jurídica; quedaría inhabilitado de ejercer el derecho a reunión y los miembros de la comisión directiva del sindicato, que decidieron desatenderlo, serían pasibles de condena por delito de desacato, según lo prescripto por los artículos 11 y 14 (DSdip, 21 de mayo de 1919).

Por su parte, el diputado Carlos Becú, presentó un proyecto en Diputados el 6 de Junio de 1919, donde también se instituían mecanismos conminatorios de conciliación. El proyecto establecía la obligatoriedad de transitar por la conciliación y el arbitraje propuesto por el Estado. Asimismo, prohibía entrar en huelga durante el transcurso

de la negociación oficial y otorgaba amplias facultades el Poder Ejecutivo para controlar el funcionamiento de los gremios (DSdip, 6 de junio de 1919). En este sentido el art. 36 del proyecto establece: "El Poder Ejecutivo no podrá conceder y retirará la personería jurídica a las corporaciones de cualquier clase cuyas resoluciones, declaraciones o propósitos signifiquen la intención de realizar aislada o colectivamente actos definidos, prohibidos y castigados por la presente ley" (DSdip, 6 de junio de 1919).

Por otro lado, el proyecto condicionaba aún más a los trabajadores que realicen actividades consideradas "de interés público"; el art. 37 disponía que: "Será aplicable el doble de las penas establecidas en las leyes generales y en la presente a los empleados y empleadores que tengan a su cargo servicios de interés público. Son servicios de interés público, a estos efectos: los transportes públicos, los servicios portuarios [...] (DSdip, 6 de junio de 1919)". De esta manera, el proyecto buscaba impedir no sólo el cese de actividades que tuvieran carácter de vital importancia para la vida social, tales como agua, gas, electricidad, sino, además, de aquellas que pudieran provocar un freno en el natural desarrollo del mercado agro-exportador, como lo eran los trabajos en puertos y trenes.

En igual sentido, el proyecto del diputado Carlos J Rodríguez, disponía en sus artículos 11 y 12, con carácter obligatorio, que los gremios se sometían a la conciliación y arbitraje que prescribe la ley, sancionándolos con la disolución del sindicato a quienes de negaren o no acaten el laudo dictado (DSdip, 12 de junio de 1919). Los artículos 30 y 31 requerían un aviso de cinco días para hacer huelga y de diez días si se trata de un gremio del transporte, bajo sanción de quitarle la personería jurídica (DSdip, 12 de junio de 1919).

También el proyecto presentado por el PE, sobre contratos colectivos de trabajo, limitaba la acción directa, puesto que, su artículo 16 establecía que mientras esté vigente el convenio, ninguna de las partes podrá emplear contra la otra los medios de lucha aún en cuestiones que no estén regidas en el contrato (DSdip, 21 de mayo de 1919).

Además, establecía implícitamente una preferencia a la adhesión de los trabajadores al sindicato más transigente, puesto que para que el convenio fuera aplicado al trabajador, éste debía estar afiliado a la entidad obrera (art. 5), lo que condicionaba a los trabajadores a permanecer en el gremio o a afiliarse al mismo (DSdip, 21 de mayo de 1919).

Los proyectos descriptos tenían dos finalidades básicas comunes entre sí: por un lado, la posibilidad de intervención necesaria y sin el avenimiento de las partes en el conflicto, por parte del Estado, imponiendo condiciones que en caso de ser desatadas traería aparejado enérgicas sanciones y, por otro lado, el control a las organizaciones obreras, puesto que aquellas asociaciones profesionales que no obtuvieran o perdieran la personería jurídica quedarían en una situación de ilegalidad permanente, donde sus derechos a reunión y a huelga se verían menguados o directamente impedidos.

8) Reflexiones finales

La reforma electoral argentina, no concluyó en un desarrollo de la representación político-democrático de los distintos intereses sectoriales, sino que amplió la dinámica del sistema político e instituyó nuevas relaciones entre Estado y las asociaciones de interés. La nueva realidad en los comicios si bien amplió la democracia no la fortaleció; propició al avance de un partido político heterogéneo que intentaba aglutinar la representación de todos los sectores sociales y la consolidación de un nuevo modelo sindical, con características más transigentes.

A partir de allí se estableció una nueva forma de contactos directos entre el gobierno de Yrigoyen y determinados gremios -generalmente federados en la FORA IX- dejando instaurado en el país, el primer antecedente de mediaciones entre el Poder Ejecutivo y las asociaciones obreras por fuera del sistema democrático -tal como pudiera ser con el establecimiento de partidos políticos y el debate parlamentario, por ejemplo-, con la finalidad de obtener beneficios políticos, por parte del primero y obtener concesiones pragmáticas e inmediatas que mejoren las condiciones de sus obreros afiliados y así aglutinar más cantidad de trabajadores que las restantes federaciones obreras, por parte de los segundos.

El contexto sociológico descripto genera un impacto directo sobre la evolución del derecho social en éste período. Así, se buscó reconocer y reivindicar, únicamente, a aquellos sindicatos que establecieran este tipo de relación con el Estado.

Coincidimos con Waldo Ansaldi cuando explica que esta mediación -que el califica como de tipo corporativa- traba decisivamente la construcción de un orden social y político genuina y sólidamente democrático y representativo de todo el entramado social (ANSALDI W., 1994). Siguiendo esta línea, quizás podría reflexionarse que la falta de representación política a través de los canales democráticos pudo haber sido una de las causales para la no consolidación de la "nueva democracia" argentina, que concluiría, entrado el año 1930, con un golpe de estado a cargo de José Félix Uriburu.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD DE SANTILLÁN (1933), Diego, "La FORA: ideología y trayectoria del movimiento obrero revolucionario en la Argentina", Buenos Aires, Utopía Libertaria, 2005
- ANSALDI, Waldo (1994), "Mediaciones y políticas de la democracia argentina", en Estudios N° 3,
- ANSALDI, WALDO (1995), "Representaciones inconclusas: las clases, los actores y los discursos de la memoria, 1912 - 1946", Buenos Aires, Biblos, 1995.
- AZNAR, LUIS Y DE LUCA, ÁNGEL (2007), "Política. Cuestiones y problemas", Buenos Aires, Emecé, 2007.
- BAYER, OSVALDO (1993), "La patagonia rebelde II: la masacre", Buenos Aires, Editorial planeta, 2004.
- BERTOLO, Maricel (1993), "El sindicalismo revolucionario y el estado", en Cuadernos del CIESAL, año 1, número 1, Rosario, 2º semestre de 1993.
- BIDART CAMPOS, GERMAN J. (1973), "Lecciones Elementales de Política", Buenos Aires, Ediar, 1973.
- BILSKY, EDGARDO J. (1984), "La semana Trágica", Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1984.
- CATERINA, Luis Maria (1997), "La regulación del trabajo portuario: "trabajo libre", "trabajo federado" y "oficialización", Revista de Historia del derecho, Buenos Aires, 1997, N° 25.
- Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba", Córdoba, otoño de 1994.
- DEL CAMPO, Hugo (1983), "sindicalismo y peronismo", Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2005
- DEL MAZO, Gabriel (1983), "La primera presidencia de Yrigoyen", Buenos Aires., Centro editor de América Latina, 1983
- GODIO, Julio (1972), La semana Trágica de enero de 1919, Buenos Aires, Hyspamérica, 1972.
- GODIO, Julio (1988), "El movimiento obrero argentino (1910-1930)", Editorial Legasa. Buenos Aires, 1988.
- GOODWIN, Paul (1974), "Los ferrocarriles británicos y la UCR", 1974, La Bastilla, Buenos Aires.
- ISCARO, Rubens (1958), "Orígenes y desarrollo del movimiento sindical argentino", Buenos Aires, Anteo, 1958.
- LÓPEZ, Antonio (1998), "La FORA en el movimiento obrero", Buenos Aires, Tupac Ediciones, 1998.
- LUNA, Félix (1985), "Yrigoyen", Ediciones Hyspamérica, 1985, Buenos Aires.
- MAROTTA, Sebastián (1960), "El movimiento sindical argentino", Buenos Aires, ediciones laciocalomino, 1960.
- OSZLAK, Oscar (1986), "La formación del Estado Argentino", Buenos Aires, Belgrano, 2009.
- PALACIOS, Alfredo L. (1927), "El Nuevo Derecho", segunda serie, Buenos Aires, Colección Claridad, 1927.
- PANETTIERI, José (1984), "Las primeras leyes obreras", Buenos Aires, Centro editor de América Latina, 1984.
- PANETTIERI, José (Comp.) (2000), "Argentina: trabajadores entre dos guerras", Buenos Aires, Eudeba, 2000
- ROCK David (1977), "El radicalismo Argentino", Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1997.
- ROIG, Arturo Andrés (1969), "Los Krausistas Argentinos", Puebla (Mex.), José M. Cajica, 1969.
- SURIANO, Juan (1988), "Trabajadores, anarquismo y Estado represor: de la ley de residencia a la ley de defensa social (1902-1910)", en CEAL, cuadernillo n° 9, colección "conflictos y sucesos en la historia argentina contemporánea", Buenos Aires, 1988.
- SURIANO, Juan (1993), "Notas sobre los primeros pasos en política social del estado argentino a comienzos de siglo", en Cuadernos del CIESAL, año 1, número 1, Rosario, 2º semestre de 1993.
- SURIANO, Juan (comp.) (2000), "La cuestión Social en Argentina", 2000, Ediciones la Colmena, Buenos Aires.
- TARDITI, Roberto J. (2003), "La huelga de 1917 en los frigoríficos de Berisso", en PIMSA, Buenos Aires, año 7, n° 7, 2003.



Políticas de la información y políticas de la vida

**PRIMERAS JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES: SOCIEDAD, DERECHO Y ESTADO EN CUESTIÓN**

INTRODUCCIÓN

NACIMIENTO Y MUERTE DE LA BIOPOLÍTICA

Mauro Benente*

La primera vez que Michel Foucault acuñó la noción de biopolítica fue en el marco de una conferencia dictada en el marco de un curso sobre medicina social llevado a cabo en octubre de 1974 en la Universidad de Río del Janeiro. En aquella conferencia titulada "El nacimiento de la medicina social", Foucault procuraba demostrar que la medicina moderna no era una medicina individualista, sino que era una medicina social. En este sentido, se animaba a proponer que "con el capitalismo no se pasó de una medicina colectiva a una medicina privada, sino que ocurrió precisamente lo contrario el capitalismo se desarrolló a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, socializó un primer objeto, que fue el cuerpo, en función de la fuerza productiva, de la fuerza de trabajo. El control de la sociedad sobre los individuos no se operó simplemente a través de la conciencia o de la ideología, sino que se ejerció en el cuerpo y, con el cuerpo. Para la sociedad capitalista lo más importante era lo biopolítico, lo somático, lo corporal. El cuerpo es una realidad biopolítica; la medicina es una estrategia biopolítica." (Foucault, 1974, 365:366). No será la única vez que Foucault se refiera a la biopolítica.

Años más tarde, Foucault volverá a referirse a la noción de biopolítica, aunque con alcances tal vez no similares. Así, en 1976, tanto en la última clase de su curso del *Collège de France* titulado "*Hay que defender la sociedad*" cuanto en su primer tomo de *Historia de la Sexualidad. La voluntad de saber*, el autor francés sostuvo que en el siglo XIX terminó de perfilarse un proceso iniciado en el siglo XVII por el cual el poder político se hizo cargo de la vida. Si con anterioridad a este periodo histórico la soberanía se asociaba con el *hacer morir o dejar vivir* a los súbditos, a partir de entonces aludía al derecho de *hacer vivir o dejar morir* (Foucault, 1975-1976, 217-218; 1976a,169).

Foucault hará nuevamente mención a la biopolítica en los cursos *Seguridad, Territorio Población* (Foucault, 1977-1978:15-44), *Nacimiento de la biopolítica* (Foucault, 1978-1979, 15-41). Asimismo, en una conferencia titulada *Las mallas del poder*, dictada nuevamente en Brasil en 1976 pero esta vez en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Bahía (Foucault, 1976b), y hasta en una entrevista que le realizaron Hubert Dreyfus y Paul Rabinow en abril de 1983 (Foucault, 1983, 264).

Foucault falleció el 25 de junio de 1984, a los 57 años de edad. Lo que no sabemos es si la biopolítica, del mismo modo que nació con las hojas mecanografiadas por Paul Michel, murió cuando esas manos dejaron de moverse para siempre.

* Abogado (UBA), Auxiliar docente de "Elementos de Derecho Constitucional", "Teoría del Estado" y "Sociología del Derecho". Becario de postgrado Tipo I del CONICET.

Quizás si hay una nota que puede marcar esta reseña y es que la noción de biopolítica no parecería tener los mismos alcances en cada una de las referencias que Foucault hizo de ella. No obstante esto, o quizá por esto mismo, hacia mediados de la década de 1990 se produjo un fuerte recupero de la noción de biopolítica. Muy simplificada, podría afirmarse que este recupero, que en muchos casos implicó resignificaciones de una noción que nunca fue muy precisa, vino de la mano de numerosas publicaciones, en general, en lengua italiana. En este sentido puede nombrarse la saga *Homo sacer* de Giorgio Agamben *Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida* (1995), *Lo que resta de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo sacer III* (1999), *Estado de Excepción. Homo Sacer II,I* (2003), *El reino y la gloria. Una genealogía teológica de la economía y el gobierno. Homo Sacer II,II* (2007) y *El sacramento del lenguaje. Arqueología del juramento. Homo sacer II,III* (2008). También, del mismo Giorgio Agamben podrían mencionarse *Medios sin fin. Notas sobre la política* (1996) y *Lo abierto. El hombre y el animal* (2006), trabajos en los cuales también hay algunas referencias a la biopolítica.

También en una suerte de saga, Roberto Esposito ha abordado la temática en *Communitas. Origen y destino de la comunidad* (1998), *Immunitas. Protección y negación de la vida* (2002), *Bíos. Biopolítica y filosofía* (2004) y –en menor medida- *Tercera persona. Política de la vida y filosofía de lo impersonal* (2007). También de Roberto Esposito, aunque por fuera de esta suerte de saga, merecen mención *Biopolítica y Filosofía* –una conferencia pronunciada en Buenos Aires en el 2006- y *Comunidad, inmunidad, biopolítica* (2008).

Finalmente, merecen destacarse de Maurizio Lazzarato –aunque no aludan exclusivamente sobre la temática biopolítica-, *Políticas del acontecimiento* –libro que es resultado de cinco seminarios brindados en la Universidad de Calabria en el año 2004- y *Biopolítica. Estrategias de gestión y agenciamientos de creación* –producto de un seminario dictado en la Universidad Central de Bogotá en marzo de 2006-.

Además de los citados, la temática de la biopolítica ha sido objeto de reflexión de publicaciones en revistas académicas y conferencias. Asimismo su campo de influencia se percibe no sólo en la filosofía, sino también en las ciencias sociales en general. Ante esta situación, se escuchan voces que postulan los peligros de ensanchar en demasía la noción de biopolítica, peligros que devienen en una pérdida de potencia de la categoría conceptual. Potencia que también se perdería, tal vez, ante una reducción exagerada de su conceptualización.¹

Ante este panorama, ante esta supuesta vitalización, frente a esta revitalización de la biopolítica, Pablo Rodríguez, Natalia Ortiz Maldonado, Agostina Marchi y Gonzalo Aguirre anuncian el nacimiento, (¿)a la vez(?) que la *muerte* de la biopolítica.

Bibliografía citada.

Foucault, M. (1974) "El nacimiento de la medicina social"(trad. de F. Álvarez Uría y J. Varela) en *Estrategias de poder. Obras esenciales, vol. II*, Barcelona, Paidós, 1999.

(1975-1976) *Defender la Sociedad* (trad. de H. Pons), Bs. As., FCE, 2000.

¹ En este orden de ideas, Ignacio Gonzalo Mendiola indica que "(h)ay un riesgo indudable en el intento de convertir a la biopolítica en el eje central de una omniabarcante narrativa que (nos) dice el sentido de lo que (nos) acontece pero hay, asimismo, un riesgo insoslayable en la tarea por delimitar algo específicamente propio de la biopolítica. En el primer caso, su potencia se pierde como consecuencia de un ensanchamiento que tan sólo deja a su paso una creciente ambigüedad; en el segundo caso, su

(1976a) *Historia de la Sexualidad I. La voluntad del saber* (trad. de U. Guiñazú), Bs. As., Siglo XXI, 2003.

(1976b) "Las mallas del poder" (trad. de A. Gabilondo) en *Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales, vol. III*, Barcelona, Paidós, 1999.

(1977-1978) *Seguridad, Territorio, Población* (trad. de H. Pons), Bs. As., FCE, 2007.

(1978-1979) *Nacimiento de la biopolítica* (trad. de H. Pons), Bs. As., FCE, 2007.

(1983) "Sobre la genealogía de la ética: una versión de conjunto de un trabajo en proceso" (trad. de R.C. Paredes) en Dreyfus, H., Rabinow, P., *Michel Foucault. Más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, Bs. As., Nueva Visión, 2001.

Mendiola Gonzalo, I. (2009), "Introducción. La biopolítica como un pensar fronterizo" en Mendiola Gonzalo, I. (ed.), *Rastros y rostros de la biopolítica*, Barcelona, 2009.

potencia se disipa como consecuencia de un reduccionismo autocomplaciente que se cierra sobre sí mismo." (Mendiola Gonzalo, 2009,8)

NACIMIENTO Y MUERTE DE LA BIOPOLÍTICA¹

Por Pablo Esteban Rodríguez,* Natalia Ortiz Maldonado,** Agostina Marchi,***

Gonzalo Sebastián Aguirre****

Resumen

Cada proceso maquínico genera sus propios modos de percepción (*omnitudo*), según el modo resultante (autónomo o heterónimo) de enseñoreamiento de potencias o impulsos. Cada subjetivación implicará la estabilización de un principio de producción (*remissio*) por donde pasa la potencia (*latitudo*) que, justamente, estabiliza esa subjetivación según un modo de percepción. Algo va a pasar, algo está pasando ya, pero no hay que confundir lo que pasa ni con la zona de pasaje ni con lo que está pasando. De allí que la serie provisoria de voces que aquí se presenta, constituya un experimento discursivo que intenta distinguir, del actual pasar académico de la noción de "biopolítica", algo que está pasando de manera tal que afecta y desestabiliza la composición básica de la propia zona de pasaje y, por lo tanto, de su modo de subjetivación.

Palabras clave

Biopolítica – Modos de subjetivación – Régimen de verdad – Registros perceptivos – Expresión

¹ El grupo que presenta esta ponencia integra el Proyecto Ubacyt S609 "Políticas de la información, políticas de la vida", dirigido por Pablo E. Rodríguez y radicado en el Instituto de Investigaciones Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA.

En el marco de este proyecto se estudian las implicaciones del auge actual de la noción foucaultiana de *biopolítica*.

* Licenciado en Comunicación (UBA). Doctor en Ciencias Sociales (UBA). Magister de la Ecole Doctorale de Sciences Politiques (Université Paris 1). Profesor e investigador de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

** Licenciada en Derecho (UBA). Magister en Ciencias Sociales y Políticas (FLACSO). Doctoranda en Ciencias Sociales (UBA-Fsoc). Becaria investigadora del CONICET. Docente de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de Lanús.

*** Licenciada en Ciencia Política (UBA). Maestranda en Comunicación y Cultura (UBA-Fsoc). Docente de la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho y Facultad de Ciencias Sociales).

**** Licenciado en Ciencia Política (UBA). Magister en Crítica de la Cultura y Doctor en Filosofía y Estética por la Universidad de Barcelona. Profesor e Investigador de Filosofía Política y Filosofía de la Cultura en la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho y Facultad de Cs. Sociales).

BIRTH AND DEATH OF BIOPOLITICS

By **Pablo Esteban Rodríguez, Natalia Ortiz Maldonado, Agustina Marchi,
Gonzalo Sebastián Aguirre**

Abstract

Each machinic assemblage brings about its own range of perception (*omnitude*) according to the outcoming way (autonomous or heteronomous) in which potencies or impulses govern. Each subjectivation will entail, therefore, the stabilization of a principle of production (*remissio*) within which the potency (*latitudo*) that actually stabilizes such mode of subjectivation according to a particular range of perception will eventually happen. Something is going to happen, something is happening already; but we should not mix up what happens with the place within which it happens or with what is happening. Thus, the provisional series of voices we herein introduce is no more than a discursive experiment that intends to distinguish (since it seems to be both affecting and destabilizing the basic composition of the principle of production itself and, therefore, also the mode of subjectivation such principle sustains) what happens within the current academic happening of the concept "biopolitics".

Key words

Biopolitics – Modes of subjectivation – Regime of truth – Ranges of perception – Expression

NACIMIENTO Y MUERTE DE LA BIOPOLÍTICA

Por Pablo Esteban Rodríguez,* Natalia Ortiz Maldonado,** Agostina Marchi,***

Gonzalo Sebastián Aguirre****

“... podría ser que el problema concerniese ahora a la existencia de aquel que cree en el mundo, ni siquiera en la existencia del mundo, sino en sus posibilidades de movimiento e intensidades para hacer nacer otros modos de existencia todavía nuevos, más próximos a los animales y las piedras.”

Gilles Deleuze y Félix Guattari, ¿Qué es la filosofía?

Debes comprender que el actual auge de la noción de “biopolítica” en torno a cuyo calor crecen danzas de euforia académica no es otra cosa que el auge y la danza del vestigio. Una vez más nos contentamos con los restos. Pues si prestas atención a los avatares académicos, especialmente en la zona conocida como “Humanidades” o “Ciencias Sociales”, podrás notar que cíclicamente se encienden fogatas de comprensión y liberación. Lo que nos pone sobre la pista de un malestar infantil que intenta ser cíclicamente sosegado.

Lo que podría decirte, rápidamente, es que las “humanidades” y las “ciencias sociales” son uno de los productos más acabados de lo que llaman “biopolítica”. Tal vez, justamente, esta vez el entusiasmo radique en que han descubierto lo que ellos llamarían su “padre” o su “madre” (no estoy seguro); pero que tú y yo dejaremos lo más discretamente posible en “procedencia”. Llama la atención como estos aplicados lectores de la obra de Michel Foucault hacen insistente caso omiso a la constatación de que la biopolítica es el resultado de un modo de conocer llamado *Polizeiwissenschaft*. Este modo de conocimiento y también de conciencia se caracteriza por captar toda afección y percepción en relación a alguna utilidad o fin realizable físicamente y medible estadísticamente. Como sabrás, tal modo procede conceptualmente del señor Descartes y se consume prácticamente con la Segunda Guerra Mundial. Por lo que la “biopolítica” en tanto conjunto de políticas operativas sobre los cuerpos a los efectos de regular y administrar de modo seguro, previsible y útil las afecciones y percepciones o, dicho de otro modo, en tanto productora, gestionadora y patrocinadora de una vida práctica lista para ser vivida, tiene logrado y consumado su cometido hace aproximadamente un siglo. De allí que tu sospecha ante el regocijo “biopolítico” actual esté

* Licenciado en Comunicación (UBA). Doctor en Ciencias Sociales (UBA). Magíster de la Ecole Doctorale de Sciences Politiques (Université Paris 1). Profesor e investigador de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

** Licenciada en Derecho (UBA). Magíster en Ciencias Sociales y Políticas (FLACSO). Doctoranda en Ciencias Sociales (UBA-Fsoc). Becaria investigadora del CONICET. Docente de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de Lanús.

*** Licenciada en Ciencia Política (UBA). Maestranda en Comunicación y Cultura (UBA-Fsoc). Docente de la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho y Facultad de Ciencias Sociales).

**** Licenciado en Ciencia Política (UBA). Magíster en Crítica de la Cultura y Doctor en Filosofía y Estética por la Universidad de Barcelona. Profesor e Investigador de Filosofía Política y Filosofía de la Cultura en la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho y Facultad de Cs. Sociales).

plenamente justificada. Entre otras cosas porque, como se deriva de lo que te decía antes, las "Humanidades" habrán quedado obsoletas como mínimo ya para la década de 1950... No me mires así...

Si asumimos que las "ciencias sociales" forman parte del "riñón de arranque" de la "Ciencia de la Policía" y asumimos que esta ya ha logrado y consumado con creces su tarea inicial, no puede extrañarnos que ese "riñón" sea ya hace tiempo irrelevante. Incluso podría decirse que al no asumir esa irrelevancia, y al insistir con sus métodos iniciales, la "Ciencia de la Policía" desembocó en una inflación policial (las SS más precisamente) que terminó consumando catastróficamente su política inicial de administración de afecciones.

Por más sorprendente que te parezca, todo esto en torno a lo cual ahora danzamos ha ocurrido hace ya mucho tiempo. Y claro que hoy día es fácil encontrar ejemplos y pruebas de "biopolítica", de "cuerpos biopolitizados". Pero lo es por el simple hecho de que esos cuerpos han sido masivamente abandonados... como muy tarde después de los bombardeos y exterminios masivos concentrados en la fulguración nuclear de pasaje a una nueva dimensión. Como siempre, vivimos lejos del mundo que nos corresponde, arruinados nos relacionamos con ruinas, y danzamos deshilachadamente en torno a restos. Y es que el brujo nos ha abandonado (más bien lo hemos echado a patadas) y hace rato venimos haciendo lo que podemos...

(Otto mira por la ventana mientras comienza a liarse un pitillo.)

Si la biopolítica que Foucault imaginó nos fuerza a una mántica adivinatoria, a una captación y un recorrido por lo inadvertido del detalle, junto a su muerte podemos preguntarnos por su fertilidad, por los ecos de la danza alrededor del vestigio. La reverberancia y la iterabilidad. Foucault lo supo y a su manera lo dijo en los cursos de 1979. La biopolítica moría en el momento en que era dicha y allí mismo (simultánea pero no paradójicamente) nacía un novedoso aparato de captura del que era posible y necesario desplazarse. No es la primera ni la segunda vez que Foucault abandona un término e instaura otro argumentando que "se trataba de otra cosa". En este caso bien podría tratarse de la conjura a un nuevo dios (pequeño y poco pretencioso, pero dios al fin) que atrapa a lo viviente ocultando que, en definitiva, la vida es "aquello que es capaz de error". Cuando el poder deviene inmanente lidiar con un dios es irrisorio, (excepto para quienes gustan de la tristeza de la sátira y de los avatares del juicio), pero también es eficaz, porque funda y moraliza una batalla. Hacer una inmanencia, en cambio, requiere creer en las intensidades impensadas de este mundo, perseguir los filamentos de la vida allí donde se indistingue hasta el punto en que escapa a su nombre. Deleuze y Guattari lo supieron y lo dijeron a su manera, *dar consistencia sin perder nada de lo infinito*. *Hacer nacer*, decían, modos de existencia *todavía* nuevos...

(Nelly vacía el cenicero.)

Quien sabe nuestro problema no sea otro que el de no poder concentrarnos, alcanzar un grado de contemplación que disperse de modo discreto y elegante todo aquello que a veces nos obsesiona despejar y nos incita al ataque frontal.

Y es que hay un cansancio pero también hay un agotamiento, y cada vez que intento llegar al segundo me anego en el primero. No sé hace cuanto tiempo, tal vez tú puedas decírmelo, ando diciendo y diciéndome que hay que lograr una sobriedad de expresión y con suerte alcanzo una expresión sobria que, se nota, evita adrede la "embriedad". Es notable, y merece la pena un elogio para el dispositivo, el modo en el que no dejamos de ser la radiación que intentamos conjurar. Hace un rato te hablaba de los arruinados y de las ruinas pero ciertamente no logro dar con una palabra que se entregue a la ruina sin estar arruinada de antemano. Pero, ¿nos sería lícito aspirar a una expresión mántica? ¿O es más bien que tal vez sea lo único a lo que nos sería lícito aspirar? Justo ayer me contaban de Epiménides, uno de los siete sabios de la Antigua Grecia y por lo tanto un adivino. Con el siguiente detalle: Epiménides adivinaba el pasado, lo que había pasado en lo que estaba pasando. Sospecho que esto sería casi lo mismo que adivinar el futuro pero ese "casi" me hace señas. Sí, lo que estás pensando: Foucault era un adivino de esa estirpe: alguien que adivinaba lo que había pasado en lo que estaba pasando. Entonces nociones como "biopolítica" debieran captarse y asumirse como mantra, como vórtice repetitivo justo en la cresta del presente que rompe en lo más alto de la escollera. Sabes lo que digo. Que ya sea esotérica o exotéricamente los oídos responden al culto más allá de su modo de equilibrarse. Lo único que debiera interesarnos es la invocación "biopolítica". El adivino no controla su ceremonia ni puede nada contra los seguidores. El que ve es visto por los que no ven y repiten el mantra del que ni siquiera el adivino (y mucho menos él) podría saber algo. "Biopolítica" (y sigue la invocación) no sería tanto una noción como un conductor. De hecho creo recordar que Deleuze indicaba que un "concepto" es un estabilizador de fuerzas o algo así. En tanto tal "biopolítica" rinde estabilizando y conduciendo, no explicando. Con justa razón decías "dios pequeño y pretencioso". Pero ¿qué dios no lo sería? A lo que voy: ¿cómo lograr una sobriedad conceptual, de pretensión y aspiración? ¿No sería la obra de Foucault (y varios más) un intento en ese sentido a través de la escritura del pensamiento? Piensa si quieres en la "cárcel". Apenas un ejemplo al pasar, una punta para seguir hasta el templo adivinatorio. Y sin embargo esa mísera puntita ha conocido también lo que es el destino de una erección divina, de una columna de apoyo. Si Foucault puede ser un especialista en cárceles o Deleuze en Spinoza, cómo no podría también hablar de biopolítica... ("Fulano habla de..." extraña manía expresiva...)

Es el mantra, no hay que perderlo de vista ni de oídos. La situación actual de la noción de "biopolítica" es su repetición en el culto académico. Algo podemos aprender de ello, nosotros que tendemos a vayar a saber uno qué reconocimiento. Algo que tal vez nos esboce una sonrisa también irrisoria y nos acerque un poco más a la contemplación de sí y, como has dicho bellamente, a *hacer nacer* aunque sea un poco de mundo.

(Justo pasa el mozo y Otto pide dos medialunas. De manteca, si quedan)

Me dice Foucault, como al pasar: "Cada una de mis obras es parte de mi propia biografía. Por algún motivo he tenido ocasión de vivir y sentir estas cosas". No le creo a Michel. En todo caso, si resulta que es un adivino, no estaría de más pensar que también es un chamán. Que la biopolítica se trasmuta en biografía. Que escribir la vida es la vida misma fuera de lo que es la verdad, aquello que imanta a los modernos, aquello que todavía buscan los que se encuentran atrapados en la industria conceptual. ¿No se escribe, acaso, para disponer aireadamente de un laberinto en el cual perderse? ¿Pero cómo, ahora le vamos a pedir coherencia al intelectual? ¿Le vamos a exigir que se esconda detrás de nociones pulcras, que sea siempre el mismo, que sea esclavo de sus principios? Así fue durante mucho

tiempo; así nos fue. Y Foucault de nuevo me pregunta: ¿no puedo encontrarme anónimo en el flujo de un discurso cuya voz se apaga, y sin embargo está siempre ahí, auscultándome? ¿No puedo escabullirme en el homenaje a esas fuerzas, en el conjuro de su potencia, quién dijo que tengo que tener siempre el mismo rostro?

No te creo, Michel, porque sos del todo creíble, y porque tus jugarretas son a muerte. Tantos años de paciente documentalista, tanto lidiar aquí y allá, tanto despotricar, y al fin de cuentas todas tus palabras se cristalizan en la halitosis de quienes hablan en tu nombre, porque no tienen nada que decir en el suyo. Quizás a ellos no les pase nada, no tengan biografía, y por eso la biopolítica resultante es industria y no arte. Ahora trato de cavilar en la cavidad de tus interrogantes, y se me aparece que te obsesionó la verdad porque nosotros, que quizás sí hemos sido modernos, le pedimos a ella que nos defina. Delegamos la vida, y así fue como nació la biología. Delegamos luego la biología, y así fue como nació la biopolítica. Delegamos más tarde la biopolítica, y así fue como nos quedamos inermes, como corderitos, esperando que los pastores de antes y de siempre, los viejos pastores del alma y los nuevos pastores del soma, nos digan qué tenemos que hacer, qué tenemos que pensar, cómo catar vinos. Mansos corderitos de la verdad, eso somos. Y entiendo que te pusiste a trasmutar la biopolítica en biografía para dejar de obedecer a la verdad, para ver si había algo de eso que pomposamente llaman "sujeto" que no pasaba por ella. Lo van a llamar "ética" por ahí. ¿Pero se puede escuchar eso en el ruido de un taller, de un congreso, de un coloquio donde los catadores de vinos se reúnen alrededor de una degradación de la verdad, de una pantomima hecha para aspirantes de catadores? Te pregunto, Foucault, Michel, Paul, si podías imaginar semejante interrupción del flujo, tamaña irrupción en la memoria del adivino, semejante diatriba contra el chamán. Después no se quejen si nos parte un rayo: ustedes lo buscaron. Ríanse de las fuerzas y así nos va a llevar todo, vamos a quedar todos puestos, patas para arriba.

A nosotros nos queda seguir la veta de la madera, respetar a la mina, hablar cuando sea necesario, ver cuando eso no sirva y prometer cuando ya no quede más remedio. ¿Cómo, me pregunta Nietzsche, quién hace esa pregunta? ¿Quién dice "cómo"? Yo te lo digo, le dice Foucault y yo me quedo mirando, esperando que se le ocurra, por una vez, no enojarse y portarse como un viejo sabio, calibrar la apuesta, si después de todo es la veta la que nos lleva.

(Otto y Nelly se fastidian porque las medialunas no llegan)

Entiendo perfectamente lo que dices. Puesto en términos de adivino sería así:

"Al ascender por la veta del desaprendizaje hasta la fuente de lo que sabes encontrarás una fuente falsa en todo verdadera. A esta fuente la llamamos "biopolítica" y es exactamente tal y cómo te imaginas una fuente. Y es que es ella, en efecto, la fuente de tus imaginaciones. Llegado a ese punto, entonces, que es del todo imposible que reconozcas, debes zambullirte en la fuente y sumergirte sin miedo hasta el fondo (pues, te recuerdo, esa fuente es falsa) hasta salir de nuevo a superficie por el lado de la fuente que llamamos "vida". Recién entonces podrás comenzar tu camino y descubrir tu grafía."

(Llegan las medialunas. Arismendi pide un carajillo)

Puesto en términos del chamán quedaría así:

“Entre nosotros nadie hay que haya iniciado siquiera el camino hacia la fuente falsa en todo verdadera. Entre nosotros no se tienen noticias de tal fuente, y si se las tiene se las reputa de “mito”, sin tener otra noción del “mito” que la que emana de la fuente falsa en todo verdadera que desconocemos.

Entre nosotros la estela de la palabra intoxica el aire ya apenas respirable. Una central nuclear no produce menos desechos tóxicos que nosotros al hablar. No cabe ya duda que la vieja máscara griega se ha transformado en una máscara de gas, de esas que ayudan a respirar pero no a proyectar la voz. Como si no quedara espacio para proyectar la voz y aire para que esta se propague. Escribimos en esa ausencia de aire y así todas nuestras biografías son biopolíticas, proceden de la fuente falsa en todo verdadera.”

A Nelly seguro le gustaría recordar aquel palindroma latino que por ahora será mejor no invocar: “in girum imus nocte et ...”

No sé Arismendi.

(Arismendi tantea su carajillo, enciende un pitillo y pregunta por Salamandrina)

¿Qué? ¿El mito? El día en que eso que llamamos desacetada e imprudentemente “mito” dejó de circular, dejó de valer, listo: ruinas, estatuas, restos arqueológicos que ni siquiera sabemos cómo mirar respetuosamente. La obsesión perversita del perforador de pirámides... ¿No viste? No pueden parar de hacerles agujeros como si lo que ellos mismos llaman “misterios”, “secretos” de las pirámides fuesen a estar ahí nomás abajo de 10 o 20 pedazos de piedra... Pobres pirámides... Y encima, mientras las penetran con toda la saña posible (“No me vas a ganar maldita pirámide”), salen en la tele diciendo que todo eso es “por la pirámide”, que todo lo que hacen es sólo para que la pirámide “pueda develar sus secretos”... ¿Develar sus secretos!? ¿No se dan cuenta de que si la vibración del secreto es tan patente que hasta ellos, que son “científicos”, que no creen en los misterios, la perciben después de quichientosmil años es justo porque la pirámide *no quiere* revelar nada a nadie?! ¿No ven que la pirámide está justo ahí para *recubrir* el secreto y, en esa profilaxis, afirmarlo, darle expresión?! Al final Hollywood entiende un montón... Los secretos de las pirámides y demás templos arqueológicos no se le revelan nunca a nadie, al final siempre se cae todo a pedazos y el “secreto” se pierde... (Está bueno: el “secreto” sigue ahí, pero la pretensión científicista obligó a la pirámide a desplomarse y ahora lo que no hay es monumento que rememore el misterio, velo que haga recordar, construcción que haga memoria...) Bueno, quepa la excepción de Indiana Jones, por supuesto. Indy es claramente un tipo respetuoso y un iniciado... Sólo podemos ser viles arruinados hablando de ruinas porque, primero que todo, somos ruinas nosotros mismos, vida disecada, puro formol. Y segundo que, pasada, presente o futura, mientras nos acerquemos a la vida (que de momento para nosotros no puede ser más que la “fuente falsa en todo verdadera”) con la palabra muerta que nos mantiene erguidos y que es la única que tenemos, no vamos a poder más que matar todo lo que toquemos... Es un problema de contagio... Y lo peor es que ni nos damos cuenta. Nada de nada: eso sabemos de la palabra que nos constituye...

(*Salamandrina se desanuda la bufanda, saluda y se sienta. "Cortado en jarrito y dos medialunas por favor".*)

La mántica adivinatoria sólo sigue materiales (voces, cuerpos, afectos) sin detenerse en la pregunta por su propia posibilidad. Una razón *pneumática* que persigue el hálito donde se entrelazan las plantas, los animales, los hombres, los minerales. Una razón vibrátil me dirás y tendrás razón. Los estoicos lo sabían: la razón *pneumática* expande las posibilidades de lo viviente, no persigue la detección de la enfermedad ni separar al cuerpo de sus potencias (la tristeza biopolítica...). Al-Kindi, el bello astrólogo y filósofo árabe del siglo XII, también lo supo y lo dijo a su manera: las estrellas comparten con todas las cosas un contacto sensible, una vibración diferencial. Dirás entonces que creo que sólo podemos vibrar el mantra biopolítico y "casi" te diría que sí. Porque quizá para hacer nacer un mundo creyendo en las posibilidades infinitas de este mundo, haya que atravesar al mantra. Bastaría con seguirlo por algún lugar, según se dice, para hacerle un mundo, una intensidad nueva donde la noción de biopolítica no tuviese ya ningún sentido. La inmanencia y sus bemoles...

(*Nelly observa el comienzo de una tormenta en la noche de San Telmo. Las voces se acallan y se asoman un poco al cielo mientras respiran el silencio de esa expectativa inminente.*)

Referencias bibliográficas

- BERGSON, H. (1896) *Materia y memoria*, Buenos Aires, Cactus, 2006.
 ----- (1899) *La risa. Ensayo sobre la significación de lo cómico*, Madrid, Alianza, 1999.
 COLLI, G. (1982) *El libro de nuestra crisis*, Barcelona, Paidós, 1991.
 DELEUZE, G. (1969) *Lógica del sentido*, Barcelona, Paidós, 1994.
 ----- (1993) *Crítica y clínica*, Barcelona, Anagrama, 1997.
 ----- y GUATTARI, F. (1991) *¿Qué es la filosofía?*, Barcelona, Anagrama, 2006.
 ----- (1980) *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Valencia, Pre-textos, 2002.
 FOUCAULT, M. (2004) *Nacimiento de la biopolítica*, Buenos Aires, FCE, 2007.
 ----- (1984) *Historia de la sexualidad. El uso de los placeres*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2003.
 ----- (2001) *Hermenéutica del sujeto*, Buenos Aires, FCE, 2008.
 MOREY, M. (1994) *Deseo de ser piel roja*, Barcelona, Anagrama, 1999.