



Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación

ÍNDICE

SECCIÓN I. DESIGUALDAD SOCIOECONÓMICA Y ACCESO A LA JUSTICIA

- 9 **Definiciones en torno a la pobreza como criterio para el acceso a la justicia**
Sebastián Tedeschi
- 25 **Desafíos de las instituciones de defensa de derechos en los sectores populares y barrios vulnerables**
Mariano H. Gutiérrez

SECCIÓN II. EXPERIENCIAS NACIONALES

- 41 **Criterios de intervención de la defensa pública: la Resolución DGN N° 230/2017**
Rodolfo Martínez
- 51 **Políticas públicas de acceso a la justicia en marco de pobreza. El Ministerio Público de la Defensa de Nación como actor paradigmático**
Tomas Puppio Zubiría
- 65 **“Al resguardo de la seguridad nacional”. Criminalización y militarización de la frontera La Quiaca (Argentina) - Villazón (Bolivia)**
Andrea López
- 77 **La compleja relación entre el derecho penal y los derechos sociales**
Gustavo A. Beade
- 85 **Venta ambulante: desafíos para la defensa pública frente a la criminalización de la pobreza**
Sabrina Paula Vecchioni
- 97 **El principio de insignificancia y los métodos alternativos de resolución de conflictos. Su inserción en la dogmática penal y el derecho procesal**
Leonardo Fillia
- 113 **Derecho a la vivienda. ¿Obligación nacional, local o concurrente?***
Maria Roberta Sansone
- 125 **Cuerpos apreciados como obstrucciones: una política de superinvisibilidad**
Maria Carman
- 135 **Las “cenicientas del derecho” el reclamo de derechos laborales**

de las trabajadoras de casas particulares migrantes en Ciudad de Buenos Aires

Verónica Jaramillo Fonnegra

- 147 Desalojos en predios del Estado nacional por medio del decreto-ley 17.091 frente a la nueva ley de regularización de barrios populares**

Juan Martín Camusso

- 165 La desigualdad socio-urbana en la interpretación jurídica: a propósito de los casos de los barrios Rivadavia y Piedrabuena**

Alejo Joaquín Giles y Romina Tuliano Conde

- 175 Desigualdad socioeconómica y acceso a la justicia de los pueblos indígenas**

Javier Azzali, Paula Barberi y Bárbara Carlotto

SECCIÓN III. EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

- 191 El litigio penal en temas de pobreza en Bolivia, un enfoque desde de las personas privadas de libertad**

Willma Blazz Ibañez

- 203 La Suprema Corte y el trabajo del hogar en el derecho laboral mexicano: una revisión histórica**

Sara Hidalgo

- 215 Los DESC en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso “Poblete Vilches” y su potencialidad***

Liliana Ronconi

- 229 La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos y sociales: de la prudencia a la audacia**

Laurence Burgorgue-Larsen

SECCIÓN IV. ENTREVISTAS

- 267 Entrevista a Roberto Saba**

Por Sebastián Tedeschi

*Revista del Ministerio Público de la
Defensa de la Nación
Nº14. Diciembre 2019*

*Editora:
Stella Maris Martínez*

*Director:
Gabriel Ignacio Anitua*

*Escriben:
Sebastián Tedeschi
Mariano H. Gutiérrez
Rodolfo Martínez
Tomás Puppio Zubiría
Andrea López
Gustavo A. Beade
Sabrina Paula Vecchioni
Leonardo Fillia
María Roberta Sansone
María Carman
Verónica Jaramillo Fonnegra
Juan Martín Camusso
Alejo Joaquín Giles y Romina Tuliano Conde
Javier Azzali, Paula Barberi y Bárbara Carlotto
Willma Blazz Ibañez
Sara Hidalgo
Liliana Ronconi
Laurence Burgorgue-Larsen*

*Coordinación:
Julietta Di Corleto
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia*

*Diseño y diagramación:
Subdirección de Comunicación Institucional*

*Ilustración de tapa:
“Manifestación” de Antonio Berni (1934)
Temple sobre arpilla
180 x 249,5 cm
Col. MALBA
©José Antonio Berni, Argentina.*

El contenido y opiniones vertidas en los artículos de esta revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

*Ministerio Público de la Defensa de la Nación Argentina
Defensoría General de la Nación*

www.mpd.gov.ar

ISSN 2618-4265

EDITORIAL

Tengo la gran satisfacción de presentar el número 14 de la Revista del Ministerio Público de la Defensa, que cuenta con los aportes de integrantes de nuestra institución y de distinguidos académicos nacionales e internacionales, quienes aceptaron participar en esta nueva edición.

En esta oportunidad, el tema escogido es “Desigualdad socioeconómica y acceso a la justicia”, problemática que cruza dos grandes líneas de intervención de la defensa pública. Por un lado, en el ámbito de la justicia penal, se da una contradicción cuando la primera aparición del Estado en la vida de una persona se produce en el momento en que se la acusa de un delito penal. Por otro lado, por fuera de la intervención de la justicia criminal, la desigualdad socioeconómica coloca a amplios sectores de la población frente a escenarios que son difíciles de revertir, justamente porque la justiciabilidad de los derechos afectados suele resultar esquiva.

En estos contextos, el rol de la defensa pública es fundamental, de allí que, con este número, se busque reflexionar sobre diferentes enfoques y estrategias de intervención. En la primera sección, Sebastián Tedeschi y Mariano Gutiérrez, ambos integrantes de la defensa pública, esbozan las líneas de trabajo de la institución. Mientras el primero se refiere a la conceptualización de la desigualdad económica, el segundo enumera y desarrolla los desafíos más importantes para garantizar el acceso a la justicia de los grupos desaventajados.

Como ya es habitual, la segunda sección, “Experiencias nacionales”, está orientada a la presentación de temáticas que pretenden ilustrar problemas prácticos de la asistencia jurídica integral. Desde esa perspectiva, la sección cuenta con trabajos con un enfoque estrictamente jurídico y con textos que abordan la desigualdad mostrando tanto las privaciones previas como las consecuencias de los litigios. Si bien desde la defensa pública se ofrece una atención especializada, los caminos para la reparación jurídica de la desigualdad no siempre están exentos de dificultades, por lo que estos recorridos revelan fortalezas y debilidades que es necesario reconocer.

Al igual que en números anteriores, en la sección “Experiencias internacionales” se busca aprender de experiencias comparadas. A partir de lo trabajado en otras latitudes, las lecciones que provienen del litigo en Bolivia, en México y en el sistema interamericano de derechos humanos iluminan áreas vacantes o dimensiones que todavía pueden ser exploradas.

Por último, este número cuenta con el valioso aporte de Roberto Saba, cuyo análisis en torno a la desigualdad en general, y a la desigualdad socioeconómica en particular, nos invita a la reflexión sobre el alcance de la desigualdad y sobre las diferentes estrategias de intervención que suponen la aplicación de estándares jurídicos diferenciados.

En síntesis, una vez más la Revista del Ministerio Público de la Defensa está consagrada a difundir los ideales que orientan la labor de la defensa pública, en pos de garantizar el acceso a la justicia de los sectores más vulnerables.

Stella Maris Martínez

□ **SECCIÓN I** □

**DESIGUALDAD SOCIOECONÓMICA Y
ACCESO A LA JUSTICIA**

Definiciones en torno a la pobreza como criterio para el acceso a la justicia

Sebastián Tedeschi

Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Master en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia de la Universidad Internacional de Andalucía. Secretario Letrado y Coordinador de los Programas de Derechos Económicos Sociales y Culturales y sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación. Profesor adjunto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

I. Introducción. Diversos abordajes y significados de la pobreza

Existen múltiples enfoques posibles sobre el concepto de pobreza que impactan, en el campo jurídico, sobre las diferentes ramas del derecho. Específicamente, en el ámbito de derechos humanos y el derecho procesal, la pobreza constituye un obstáculo para acceder al servicio que presta el poder judicial. Asimismo, la pobreza constituye en sí misma una violación de las obligaciones jurídicas de derechos humanos por parte del Estado y tiene una íntima vinculación con la falta de justicia social y la desigualdad. En ese marco, analizaremos su relevancia para una de las principales instituciones encargadas de asegurar el acceso a la justicia, el Ministerio Público de la Defensa.

En este trabajo, se presentan algunos abordajes posibles del concepto de pobreza y su relación con las concepciones sobre desigualdad y justicia social, para proponer una lectura posible de la Resolución DGN N° 230/2017 de la Defensoría General de la Nación, donde se establecen los criterios de pobreza y vulnerabilidad para el acceso a la defensa pública en materia no penal.

Estas reflexiones se presentan en un momento en que el debate sobre esta problemática está abierto en nuestro país, como también

en el mundo. Las discusiones públicas sobre pobreza, a veces de manera acalorada, atraviesan el debate político sin que en el imaginario social de la ciudadanía –que influye en los operadores jurídicos– se logre profundizar acerca de la complejidad y el valor de las diferentes perspectivas.

La discusión de la pobreza tiene suma importancia desde múltiples puntos de vista y, en el discurso público, predomina su abordaje como un problema económico y social. Sin embargo, como dijimos, desde la perspectiva jurídica significa una violación de obligaciones jurídicas de los Estados asumidas en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este sentido, la Convención Americana de Derechos (CADH) humanos establece que:

Los Estados Partes se comprometen 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 de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Por su parte, la Carta de la OEA en el art. 34 detalla estas normas:

Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral.

Esta Carta luego indica una serie de metas básicas, entre las que destacan: la distribución equitativa del ingreso nacional (inc. b);

sistemas impositivos adecuados y equitativos (inc. c); reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra (inc. d); estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social (inc. f); salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos (inc. g); erradicación del analfabetismo (inc. h), extensión de los nuevos conocimiento de la ciencia médica (inc. i); nutrición adecuada (inc. j); vivienda adecuada para todos los sectores de la población (inc. k) y condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna (inc. l).

En las ciencias sociales, también se viene discutiendo sobre el abordaje adecuado para la trama entre pobreza, desigualdad y exclusión social. Así, por ejemplo, Kessler sostiene que:

[...] la idea de pobreza mantiene su interés, sobre todo desde el punto de vista de las políticas públicas. A pesar de sus problemas teóricos y cierta arbitrariedad en las fronteras que traza, la pobreza permite describir, clasificar y focalizar intervenciones en un grupo determinado, mientras que esto es más complejo al utilizar sólo las nociones de desigualdad o exclusión social. Resulta más fructífero plantearse la complementariedad entre dichas nociones, según si el objetivo es describir fenómenos, diseñar políticas o analizar procesos (Kessler 2018, 2).

La noción de *exclusión social*, muy popular en el discurso público, desde las ciencias sociales es criticada por su falta de precisión. Así, se señala que se puede estar en situación de pobreza y no ser excluido. Amartya Sen responde a esta crítica (Sen 2000) enfocando a la exclusión de relaciones sociales significativas como eje de su análisis. Esta exclusión, al implicar la privación de otras capacidades,

como el acceso al crédito o las oportunidades laborales, conduce a la pobreza.

Por otra parte, algunos cuestionan que aun en períodos de mejora en condiciones estructurales de igualdad, por ejemplo, cuando mejoran los ingresos, el trabajo y la cobertura de seguridad social no lograron acortar distancias entre grupos sociales y provincias –en educación y en salud– y se dio la paradoja de familias con mejores ingresos que no pudieron acceder a su propia vivienda (Kessler 2014).

II. ¿Cómo se mide la pobreza en Argentina?

II. 1 El concepto de pobreza de ingresos y sus críticas

En nuestro país la institución encargada de medir la pobreza es el Instituto de Estadísticas y Censos (Indec), ley de facto N° 17.622 de 1968, que tuvo el propósito de unificar y centralizar las actividades estadísticas del orden federal, provincial y municipal de la Argentina. Este instituto, en lo para este trabajo interesa, tiene entre sus responsabilidades: diseñar metodologías para la producción estadística (ley 17.622, art. 5, inc. c) y elaborar indicadores básicos e información social, económica, demográfica y geográfica. En este marco, el instituto se ocupa de definir el método y calcular la pobreza.

La forma tradicional de medir la pobreza es la “pobreza de ingresos”. El Indec, desde su origen, viene siguiendo esta línea, aunque a lo largo del tiempo la ha ido modificando a través de distintos procedimientos metodológicos, sin embargo, hasta el momento no estableció un sistema de medición de la desigualdad. En la pobreza de ingreso lo relevante es el ingreso total del hogar dividido por el total de adultos que lo integran. Otros países prefieren medir el consumo familiar como forma de calcular este mismo índice.

Frente a esta concepción, existen varias corrientes que critican el reduccionismo del “ criterio del ingreso”. Estas entienden que ciertos hogares que superan un umbral de ingresos, igual tienen dificultades en el acceso a bienes, servicios y derechos básicos, como una educación de calidad, un seguro de salud amplio y una vivienda digna. Desde esta perspectiva, se presentan diversos enfoques que proponen un concepto amplio de pobreza, como el multidimensional y el estructural, entre otros.

Para justificar el análisis multidimensional de la pobreza, el intento que más consenso ha logrado en la comunidad de derechos humanos es el enfoque de las capacidades de Amartya Sen. Este autor propone medir la pobreza en relación con las capacidades que permitan llevar a cabo ciertas funciones básicas –alimentación, salud, movilidad, autoestima y participación en la vida comunitaria– que hacen posible una vida plena.

En este sentido, el concepto de pobreza se refiere a la carencia, privación o incapacidad de una persona para alcanzar un mínimo nivel de vida. Esta circunstancia coincide, en gran medida, con el significado de una violación del art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que “reconoce el derecho de toda persona a un nivel adecuado de vida para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una continua mejora en las condiciones de existencia”, aunque agrega un aspecto psicológico que no está mencionado en la norma de la convención internacional.

Desde el enfoque de derechos humanos, se puede pensar que el *nivel de vida*¹ presenta un conjunto de variables difíciles de estandarizar, pues está atravesado por aspectos culturales, de localización, perspectivas históricas y aun psicológicas.

Los *aspectos culturales* se refieren a la di-

1 Arts. 25 DUDH y 11 PIDESC.

versidad de formas de vivir, urbana, rural, comunidades indígenas, tradiciones culturales y religiosas diferentes que plantean diversidad en la calidad y cantidad de bienes necesarios para alcanzar condiciones de vida adecuadas de acuerdo también a las diferentes perspectivas o modelos de desarrollo.

La *localización* se refiere al hábitat, pues en distintos lugares se requieren diferentes exigencias para alcanzar el nivel de vida adecuado (Harvey, 1992). Por ejemplo, vivir en una zona extremadamente fría o cálida, árida húmeda, mejor o peor cubierta por la red de servicios públicos domiciliarios, de educación, salud y centros de empleo requieren una mayor o menor cantidad de ingresos. A la vez, esto se complejiza si tomamos como variables si los servicios públicos son administrados por el sector público o privado, o si el precio de las tarifas sigue el valor de la moneda local o el dólar.

La *dimensión histórica* se refiere a los que algunos llaman como “pobreza crónica”. Se refiere a personas que viven en condiciones de vida permanentemente bajas, a carencias estructurales que no pueden ser superadas incluso en períodos de alto empleo y mayor prosperidad económica general. Algunos consideran que este término encierra muchas ambigüedades, que la hacen difícil de cuantificar (Gasparini et ál. 2019).

Por último, el *aspecto psicológico* se refiere a un aspecto de autopercepción y a la diversidad de expectativas en los diversos proyectos de vida, que varían de persona a persona.

Otros abordajes proponen, en una misma perspectiva, una definición de la pobreza como “estructural” en relación con carencias tales como vivienda, nutrición, acceso a la salud, educación, todos indicadores independientes del ingreso.

Finalmente, existe un tercer enfoque que vincula la pobreza o su agravamiento con las circunstancias que padecen determina-

das personas por su pertenencia a grupos que históricamente están en una posición de subordinación en las relaciones sociales: por su pertenencia de género, diversidad sexual, edad (niños, adultos mayores), pertenencia a grupos étnicos, color de piel, tener origen en países estigmatizados o tener alguna discapacidad, entre otros. Este tipo de referencia es la que más se vincula con el de “personas en situación de vulnerabilidad” de las 100 Reglas de Brasilia que veremos más adelante.

Existen desarrollos más novedosos que resaltan la desigualdad de acceso respecto de ciertos aspectos que hacen a las condiciones básicas de vida adecuada, como los conceptos de pobreza energética y pobreza tecnológica. La primera se define como la situación que sufren los hogares que son incapaces de pagar los servicios mínimos de energía que satisfagan sus necesidades domésticas básicas o que se ven obligados a destinar una parte excesiva de sus ingresos a pagar las facturas energéticas de sus viviendas (ECODES). La segunda se define como la carencia de tecnología apropiada para el desarrollo integral de las tareas normales de una comunidad.

En resumen, estas diversas búsquedas de nuevos abordajes de la pobreza apuntan a integrar diferentes dimensiones de la desigualdad, tanto la basada en el aspecto estructural como en la pertenencia a grupos históricamente discriminados. Se trata de integrar en el concepto de pobreza a quienes demandan tanto distribución como reconocimiento (Fraser, 2006).

II.2 Como mide la pobreza el Indec

El instituto, desde su creación, fue adoptando diversas metodologías. Actualmente, las nociones de pobreza e indigencia empleadas para el cálculo de incidencia se corresponden con el método de medición indirecta, denominado también “línea”.

El concepto de “Línea de Indigencia” (LI)

procura establecer si los hogares cuentan con ingresos suficientes para cubrir una canasta de alimentos capaz de satisfacer un umbral mínimo de necesidades energéticas y proteicas, denominada: Canasta Básica Alimentaria (CBA). De esta manera, los hogares que no superan ese umbral o línea son considerados indigentes (Indec 2016, 5).

Los componentes de la CBA se valorizan con los precios relevados por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) para cada período de medición. Asimismo, la “Línea de Pobreza” (LP) extiende el umbral para incluir no solo los consumos alimentarios mínimos, sino también otros consumos básicos no alimentarios. La suma de ambos conforma la Canasta Básica Total (CBT), la que también se contrasta con los ingresos de los hogares relevados por la Encuesta Permanente de Hogares (Indec 2016, 5).

Para calcular la línea de pobreza, por lo tanto, es necesario contar con el valor de la CBA y ampliarlo con la inclusión de bienes y servicios no alimentarios (vestimenta, transporte, educación, salud, etc.) con el fin de obtener el valor de la Canasta Básica Total (Indec 2016, 5).

Desde 2016, se efectuaron modificaciones metodológicas para incluir el desarrollo de canastas que permitan una mayor discriminación de las necesidades, tales como la distinción de propietarios y no propietarios (considerando los costos de alquiler); la mayor ponderación del ítem educación en hogares con niños/as; el de salud en los de adultos mayores; la economía de escala al interior del hogar, etcétera. Además, se desarrollaron estrategias de investigación y abordaje de la actualmente denominada “pobreza multidimensional” (Indec 2016, 6).

La Canasta Básica Alimentaria que se utilizó a partir de 1988 –hoy, con sus valores actualizados– se basa en un requerimiento energético de 2750 kcal para la unidad de referencia o adulto equivalente (varón de 30 a

60 años, con actividad moderada) y está compuesta por 50 productos.

Feijoo hace una síntesis más clara de este criterio. La experta resume:

La evaluación de los ingresos percibidos por la población en los hogares permite posicionar por arriba de la línea de pobreza a aquellos cuyos ingresos alcanzan para la satisfacción de esas necesidades –son los no pobres– y por debajo de la línea de pobreza a aquellos cuyos ingresos son insuficientes, indigentes, si los ingresos no alcanzan para comprar la canasta básica de alimentos, y pobres, si pueden comprar los alimentos pero no alcanzan a comprar la de bienes y servicios (Feijoo 2019, 1).

II.3 Otras mediciones

En el ámbito privado, el relevamiento con más prestigio es el que produce el Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina. Desde el año 2004, presenta informes anuales sobre la base de una encuesta nacional con indicadores de desarrollo humano e integración social (Encuesta de la Deuda Social Argentina) a hogares residentes de áreas urbanas del país. Este estudio tiene como finalidad dar a conocer las carencias sociales acerca de los alcances de la pobreza, la marginalidad y la desigualdad económica.

El Observatorio difiere de la medición que hace el Indec. Su actual coordinador, Agustín Salvia, señala: “la medición por ingresos tiene dificultades, y habría que lograr acuerdos político-académicos para ir hacia nuevas formas de medir la pobreza de forma multidimensional o relativa, en donde además se abarca el problema de la desigualdad” (Riera 2016, 1).

En un trabajo reciente, el Observatorio propone la elaboración de una medida de pobreza que contemple distintos elementos que

involucran tanto el bienestar, a partir de la capacidad de agencia que otorgan los ingresos para acceder a bienes y servicios en el mercado; como también el goce de una serie de derechos sociales y económicos consagrados en la legislación nacional e internacional.

La metodología aplicada para la construcción de la matriz de pobreza reconoce el carácter multidimensional de la pobreza a partir de la confluencia entre dos espacios de privación cualitativamente distintos: a) el espacio del bienestar económico; y b) el espacio asociado al cumplimiento de derechos sociales.

En el espacio del bienestar económico, se procura evaluar la capacidad de autonomía económica y agencia de los hogares, que se mide a partir de los ingresos corrientes. Esta dimensión está principalmente asociada a la capacidad de los hogares de acceder a recur-

sos económicos corrientes a través del mercado y/o distintas formas –públicas o privadas– de transferencia de ingresos.

En el espacio de los derechos, se parte de la consideración de un conjunto de derechos sociales y económicos que constituyen la expresión de realizaciones que, por su urgencia e importancia, son considerados comunes a todos los seres humanos.

A partir de esta premisa, la estimación de la Matriz de Pobreza Multidimensional basada en Derechos (MPMD) se compone articulando el índice de privación de derechos (IPD) con la medida de pobreza generada por el método de ingresos (LP). Así, la medición incluye indicadores asociados tanto a funciones de bienestar como a derechos sociales fundamentales (Bonfiglio 2019). Veamos el modelo:

Dimensión	Indicadores	Definiciones
ALIMENTACIÓN Y SALUD	-Inseguridad alimentaria	Redujeron de manera involuntaria la porción de comida y/o la percibieron, de manera frecuente, experiencias de hambre de algún integrante del hogar, por problemas económicos durante los últimos 12 meses.
	-Sin cobertura de salud y sin acceso a atención médica	No tienen cobertura de salud y que no han podido acceder a atención médica por falta de recursos económicos.
	-Sin cobertura de salud y sin acceso a medicamentos	No tienen cobertura de salud y no han podido acceder a medicamentos por falta de recursos económicos.
SERVICIOS BÁSICOS	-Sin conexión a red de agua corriente	No dispone de acceso a conexión de agua corriente de red.
	-Sin conexión a red cloacal	Registra ausencia de conexión a red cloacal.
	-Sin acceso a red de energía	No dispone de conexión de red de energía eléctrica o a red de gas natural.
VIVIENDA DIGNA	-Hacinamiento	Registran hacinamiento (residen 3 y más personas por cuarto).
	-Vivienda precaria	Habitan viviendas que, por su tipo (casillas, ranchos, piezas de hotel) o sus materiales, resultan deficitarias.

DESIGUALDAD SOCIOECONÓMICA Y ACCESO A LA JUSTICIA

Dimensión	Indicadores	Definiciones
VIVIENDA DIGNA	-Déficit en el servicio sanitario	No disponen de retrete en la vivienda o disponen de retrete sin descarga mecánica de agua.
MEDIO AMBIENTE	-Sin recolección de residuos y cerca de basurales	Ausencia de recolección de residuos y cercanía de basurales.
	-Presencia de fábricas contaminantes	Hay presencia de fábricas contaminantes en las cercanías de la vivienda.
	-Espejos de agua contaminada	Cerca de la vivienda hay lagos, arroyos o ríos contaminados.
ACCESOS EDUCATIVOS	-Inasistencia a la escuela	O bien en el hogar hay al menos 1 niño o adolescente de entre 4 y 17 años de edad que no asiste, o algún adulto de 18 años sin secundario ni asistencia.
	-Rezago educativo escuela media	Los criterios en relación con la asistencia y a los niveles mínimos se establecen en virtud de las normativas vigentes, por lo que las edades varían año a año. En 2010, se estableció que las personas de 22 años debían tener finalizado el ciclo de educación media, los de 27 años debían tener el segundo año de educación media completa.
	-Rezago educativo escuela primaria	Los criterios en relación con la asistencia y con los niveles mínimos se establecen en virtud de las normativas vigentes. En 2010, los que tuvieran más de 27 años, debían, al menos, tener completo el nivel primario.
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL	-Sin afiliación al sistema de seguridad social	El hogar debe cumplir con, al menos, una de las siguientes condiciones. El hogar no cuenta con ningún ingreso registrado en la seguridad social proveniente de a) empleos en relación de dependencia o por cuenta propia; b) jubilaciones o pensiones.
	-Desempleo de larga duración	Hay al menos un integrante que se encuentra desempleado

III. La intervención de la defensa pública basada en el criterio de pobreza

Desde la perspectiva de la defensa pública como institución que vela por los derechos humanos, cuando nos referimos a la pobreza, la primera dimensión que aflora es la de una situación estructural que implica una violación de derechos humanos tanto en su

aspecto sustancial como procedural. Se trata de una violación del derecho a condiciones adecuadas de vida (PIDESC, art. 11.1) o vida digna (CADH, art. 4) como también de un obstáculo estructural para el acceso a la justicia (100 Reglas de Acceso a la justicia) y, por esta vía, en una violación del derecho a una tutela judicial efectiva (CADH, art. 25).

La ex relatora de Naciones Unidas para la

Extrema Pobreza y los Derechos Humanos considera que el acceso a la justicia es fundamental para hacer frente a las principales causas de la pobreza, la exclusión y la situación de vulnerabilidad. Por ello, cree necesario facilitar un recurso sencillo, rápido, efectivo y económico en sede administrativa y judicial, de manera que se garantice la efectividad de los programas y prestaciones de los derechos sociales para las personas que viven en situación de pobreza (ONU 2012).

La defensa pública, en la tradición argentina, surgió no solo como una institución que garantiza los principios de bilateralidad del proceso, contradictorio y con igualdad de armas, sino que desde su remoto pasado colonial procuró atender a la parte más vulnerable de la relación jurídica que se establece en los procesos judiciales. Así, ya en 1755, el gobernador de Buenos Aires, Andonaegui, por medio de un bando estableció que quienes pudieran probar su pobreza ante la real Audiencia tenían derecho a ser representados por el defensor de pobres del ayuntamiento (Rebagliatti 2015).

Pasaron muchos años y varios modelos institucionales hasta llegar a la forma actual que tiene como órgano autónomo, extra poder constitucionalizado, e integrando el Ministerio Público bicéfalo junto con el Ministerio Público Fiscal. En efecto, luego de la reforma constitucional de 1994, la defensa pública adquirió autonomía institucional y tuvo su primera ley orgánica en conjunto con el Ministerio Público Fiscal, la ley 24.946 de 1998, y luego, desde 2015, la ley 27.149.

La primera ley orgánica atribuía al Ministerio Público:

[...] intervenir en los procesos de declaraciones de pobreza, en velar la observancia de la Constitución Nacional y en ejercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales, y en otros fueros *cuando aquellos*

fueren pobres o estuvieren ausentes (ley N° 24.946, art. 25. El resaltado me pertenece).

Entre las funciones de la defensora general de la Nación, se encomendaba “realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos” (ley N° 24.946, art. 51, inc. d); y “promover y ejecutar políticas públicas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores vulnerables” (art. 51, inc. e).

Además, estableció que los defensores públicos oficiales “deberán proveer lo necesario para la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales, y en otros fueros *cuando aquellos fueren pobres o estuvieren ausente*” (art. 60. El resaltado me pertenece).

Para cumplir con esa misión, la ley orgánica le asignó entre sus funciones y atribuciones:

[...] ejercer la defensa y representación en juicio como actores o demandados, de *quienes invoquen y justifiquen pobreza* (inc. a) [...] [y] contestar las consultas que les formulen personas carentes de recursos y asistirlas en los trámites judiciales pertinentes, oponiendo las defensas y apelaciones en los supuestos que a su juicio correspondan, y patrocinarlas para la obtención del beneficio de litigar sin gastos (inc. e. El resaltado me pertenece).

Este mandato legal se reglamentó en el mismo año a través de la Res. DGN 754/1998, en la que se estableció que:

[...] en toda solicitud de beneficio de litigar sin gastos, los Defensores Públicos deberán considerar los siguientes criterios de ponderación:

a) Que el beneficio de litigar sin gastos no procede únicamente en los casos de extrema pobreza o indigencia, sino que deberá mensurarse, en el caso concreto, si el pretensor y su grupo familiar, carecen de

medios económicos suficientes y actuales como para afrontar las erogaciones judiciales que demande el proceso, sin perjuicio de contar con los recursos necesarios para su subsistencia.

b) Que no obsta a la pretensión de litigar sin gastos la circunstancia que el peticionante o demás integrantes de su grupo familiar fueren asalariados o propietarios de un inmueble, siempre y cuando se determine la ausencia de recursos actuales como para afrontar el eventual pago de las costas y costos del proceso.

c) Que la importancia económica del proceso deberá ser evaluada en el caso concreto en relación a la situación particular del peticionante, a fin de requerir la concesión del beneficio.

d) Que para la concesión del beneficio, deberán también mensurarse los ingresos salariales y condiciones de vida, a la vez que la denegación de oportunidades y opciones básicas para el desarrollo humano (Anexo 1).

Este mecanismo tenía un criterio objetivo no cuantificado de pobreza e indigencia que no indicaba con precisión el modo de evaluarla, dando un margen mayor de discrecionalidad al defensor público para determinarlo. A su vez, incorporaba un criterio subjetivo en relación con la capacidad efectiva de afrontar las costas y costos del proceso en el caso concreto, haciendo seguidismo del Código Procesal para el beneficio de litigar sin gastos, pero sin ponderar los criterios de vulnerabilidad que luego se plasmaron en las 100 Reglas de Brasilia.

IV. La vulnerabilidad como nuevo criterio para la intervención de la defensa pública

A lo largo de las últimas dos décadas de funcionamiento de la defensa pública autónoma,

ma, el poder judicial asumió, en su jurisprudencia, una perspectiva más comprometida y consciente de los estándares de derechos humanos en las más variadas ramas del derecho. Este avance sumó al criterio de “pobreza” basado en el nivel de ingreso un nuevo criterio que incluyera otras situaciones de multicausalidad ocasionadas por la desigualdad económica y otras situaciones de desigualdad estructural, a través del criterio de “vulnerabilidad”.

En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió a las personas en situación de vulnerabilidad, al recordar que:

[...] toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos [...] no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre [...] (Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 103).

En este contexto regional, la XVI Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia en 2008, aprobó las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, con el fin de que el sistema judicial se configure como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad.

Estas Reglas, en el ámbito nacional, fueron aprobadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 5/2009). En pa-

labras del supremo tribunal: “constituyen una valiosa herramienta en un aspecto merecedor de particular atención en materia de acceso a la justicia”, motivo por el que la Corte adhiere y ordena que sean seguidas como guía en los asuntos a que se refieren.

Las Reglas tienen como objetivo:

[...] garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial (art. 1) [...] [y] los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Asimismo se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas (art. 2).

Al abordar el concepto de vulnerabilidad, las reglas, según Ribotta, lo hacen desde una perspectiva no naturalizante, considerándolas “circunstancias creadas como consecuencia de determinada organización jurídica, política y social que hace vulnerables a ciertos colectivos sociales por encontrarse en determinadas circunstancias o poseer determinados caracteres identitarios” (Ribotta 2012, 8).

Las Reglas incluyen a todas “aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o *por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales*, encuentran especiales dificultades para ejercitarse con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (art. 3), y, por ello, considera que “podrán constituir causas de vulnerabilidad,

entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, *la pobreza*, el género y la privación de libertad” (art. 4) (el resaltado me pertenece). Aunque aclaran que “la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico” (Regla 4 in fine).

Para las Reglas, “la pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad” (Regla 15), y, por ello, recomienda que “se promuevan la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia” (Regla 16).

Las Reglas destacan “la relevancia del asesoramiento técnico jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad: [...] En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales” (Regla 28), a la par que establecen que “[...] se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuitad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones [...]” (Regla 31).

En 2015, se aprobó la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa (ley N° 27.149), que redefine las funciones y atribuciones de acuerdo con el enfoque de derechos humanos en las políticas públicas y las 100 Reglas de Brasilia. La nueva ley define al Ministerio Público de la Defensa como:

DESIGUALDAD SOCIOECONÓMICA Y ACCESO A LA JUSTICIA

[...] una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la presente ley. Promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad (ley 27.149, art. 1).

La ley orgánica encomienda a los defensores públicos oficiales “ejercer el patrocinio y representación en juicio como actor o demandado, en los distintos fueros, de quien invoque y justifique limitación de recursos para afrontar los gastos del proceso, situación de vulnerabilidad o cuando estuviere ausente y fuere citado por edictos” (art. 42, inc. a).

Además, le atribuye a los defensores públicos oficiales la función de “[c]ontestar las consultas formuladas por personas con recursos limitados para afrontar los gastos del proceso o en situación de vulnerabilidad y asistirlas en los trámites pertinentes” (art. 42, inc. f), “[d]esplegar acciones de abordaje territorial y relevamiento de demandas individuales y colectivas, si las características de la problemática o la situación de vulnerabilidad las exigieren, para la optimización de la prestación del servicio” (art. 42, inc. m) y “[p]romover la defensa y protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante acciones judiciales y extrajudiciales, de carácter individual o colectivo” (art. 42, inc. o).

En tal sentido, dispone que: “El Ministerio Público de la Defensa establece los criterios objetivos y subjetivos de limitación de recursos económicos o vulnerabilidad que habiliten la provisión del servicio de Defensa Pública más allá de los casos en los que corresponda su intervención obligada” (art. 5 inc. f. El resaltado me pertenece).

Ello, en un marco general en donde se establece que los integrantes del Ministerio Público de la Defensa desarrollan su actuación de acuerdo con varios principios (art. 5), dos de los cuales se refieren a las personas en situación de pobreza o vulnerabilidad:

a) Protección jurídica. En sus diversos ámbitos de desempeño, cumplen e instan a hacer cumplir la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos, las leyes, las reglamentaciones, los protocolos de actuación y toda disposición para la protección y defensa de la persona, en especial, el acceso a la justicia de quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad o con discriminación estructural, el que estará sujeto a un diligenciamiento preferencial.

[...]

f) Gratuidad e intervención. Los servicios que presta el Ministerio Público de la Defensa son gratuitos para quienes se encuentren abarcados por las condiciones requeridas en la presente ley y su reglamentación.

Finalmente, la Defensoría General de la Nación garantiza la asistencia técnica y patrocinio jurídico de las víctimas de delitos si se ve limitada por sus recursos económicos o vulnerabilidad y resulta necesaria la intervención del Ministerio Público de la Defensa, en atención a la especial gravedad de los hechos investigados (LOMPD, art. 11).

Por otra parte, el defensor general de la Nación tiene, entre sus atribuciones: “Diseñar y ejecutar políticas públicas para la protección de sectores en condición de vulnerabilidad, implementando programas y comisiones que coadyuven para una mejor gestión de casos” (art. 35, inc. e). De este modo, se han creado los:

[...] programas y comisiones relacionados con temáticas vinculadas con sectores vul-

nerables, en especial detenidos; víctimas de violencia institucional; niños, niñas y adolescentes; migrantes; refugiados y solicitantes de refugio; género; derechos económicos, sociales y culturales; diversidad cultural; personas con discapacidad; adultos mayores; mecanismos alternativos de resolución de conflictos; trata de personas (art. 10., inc. 6).

Además de “grupos de abordaje territorial para sectores sociales desaventajados” (art. 10, inc. 7).

IV.1 Parámetros para la intervención de la defensa pública. La Res. DGN N° 230/2017

Fruto de este cambio paradigmático que representaron las normas y principios mencionados, la defensora general de la Nación aprobó la Res. DGN N° 230/2017. La resolución fue el resultado de más de seis años de estudio que incluyeron consultas a defensores públicos con larga experiencia y a organismos profesionales, y contó con el aporte del Consejo Asesor del MPD que, entre sus integrantes, tiene un representante de la sociedad civil.

Esta resolución, hoy vigente, comenzó por derogar el régimen anterior (Res. DGN N° 754/98) y procuró establecer nuevos parámetros adecuados para ponderar las causales que determinen la intervención del Ministerio Público de la Defensa, excluyendo los supuestos previstos por el art. 11 de la Ley 27.149, que se reglamentarán en un futuro próximo.

La norma se funda en los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho de acceso a la justicia, que responden a similares conceptos formulados con un alcance de gran amplitud (cfr. art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. XVIII de

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y en las 100 Reglas de Brasilia.

La resolución dispone que toda evaluación que se efectúe para habilitar la procedencia de intervención frente a cada solicitud de asesoramiento, patrocinio o representación debe tener en consideración los supuestos que se exponen a continuación.

IV.1.1 Solicitud de intervención requerida por una persona humana

La prestación del servicio de defensa pública puede ser acordada a favor de una persona humana cuando se invoque y justifique limitación en los recursos económicos para afrontar los *gastos del proceso o situación de vulnerabilidad*.

IV.1.1.1 Limitación de los recursos para afrontar los gastos del proceso

Para evaluar el nivel económico de el/la solicitante, se debe precisar un parámetro fijo e imparcial que permita determinar una pauta objetiva para habilitar la provisión del servicio. Al respecto, se dispone que *los ingresos mensuales de el/la requirente no deben ser superiores la suma de dos salarios mínimos vitales y móviles vigentes al momento de evaluar la procedencia*.

En todos los casos, el/la defensor/a podrá valorar si el/la solicitante convive en grupo o tiene personas a su cargo ponderando los ingresos, egresos y la posible existencia de intereses encontrados.

Cuando los datos informados u obtenidos por este Ministerio no permitan evidenciar la carencia de recursos o la veracidad de los extremos informados, el/la defensor/a público/a podrá solicitar la elaboración de informes sociales y requerir la información complementaria que crea necesaria.

IV.1.1.2 Situación de vulnerabilidad

Si los recursos económicos de el/la solicitante exceden las pautas dispuestas en el punto anterior, solo procederá el asesoramiento, patrocinio o representación cuando se encuentre atravesando una particular situación en la que se conjuguen condiciones de vulnerabilidad y la imposibilidad de acceso a la justicia que, en la práctica, operen como barreras para el reaseguro de derechos fundamentales.

Se consideran “personas en condición de vulnerabilidad” aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitarse con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad (100 Reglas de Brasilia, Reglas 3 y 4).

Asimismo, debe evidenciarse una relación directa entre la/s condición/es de vulnerabilidad, que afecta/n el acceso a justicia de el/la solicitante, y la pretensión jurídica por la que se requiere la asistencia de la defensa pública.

A los fines de comprobar los obstáculos para el acceso a la justicia, se podrá verificar la inexistencia de otro servicio jurídico con especialidad en la cuestión que asuma el caso. Para ello, bastará con una consulta no vinculante al Colegio Público de Abogados, universidad pública de la circunscripción u otra organización que preste patrocinio letrado.

IV.1.2 Solicitud de intervención por persona jurídica

En estos supuestos, la provisión del servicio debe exigir una ponderación especial de

los derechos en juego y las posibilidades de que estos sean resguardados con la intervención oportuna de esta institución.

Los requerimientos deberán versar en la necesidad de intervenir en litigios relativos a la protección y ejercicio de derechos fundamentales de aquellos grupos de la sociedad –en condición de vulnerabilidad– que nuclea la persona jurídica, además de verificar que esta no cuenta con la provisión de servicio legal –interno o externo– y sopesar que, por sus características, no puede acceder a contratar los servicios de un abogado de la matrícula, aplicando el mismo sistema de consulta establecido para las personas físicas.

IV.1.3 Cese de intervención de la defensa pública

Finalmente, la resolución prevé criterios para el cese del servicio público de defensa en los siguientes casos:

1) cuando se compruebe la falsedad injustificada en los datos esenciales de la declaración jurada, salvo que el/la solicitante aún reúna los requisitos de procedencia previstos en esta reglamentación;

2) en los casos en que se provea el servicio por limitación en los recursos económicos para afrontar los gastos del proceso, cuando se produzca una mejora en la fortuna de el/la requirente –o grupo conviviente– de forma tal que se supere la pauta objetiva dispuesta y el/la defensor/a público/a evalúe que no corresponde seguir interviniendo sobre la base de la situación de vulnerabilidad;

3) en los supuestos de urgencia, cuando se encuentre la medida cautelar resuelta o se haya agotado la medida procesal urgente y, según la evaluación de el/la defensor/a público/a, el/la requirente no cumple con las pautas establecidas en la resolución;

4) en los casos en que se provea el servicio por situación de vulnerabilidad, cuando

desaparezca la condición de vulnerabilidad que motivó la intervención o se remuevan los obstáculos para el acceso a la justicia y no corresponda la prestación del servicio por la causal de limitación de recursos económicos.

También prevé que, en casos de duda sobre la provisión del servicio de defensa pública en los términos del art. 42, inc. a, de la ley 27.149, se podrá elevar la consulta a la Defensoría General de la Nación.

Finalmente, establece que en todos los casos que no se admite la prestación del servicio o se produzca su cese, el/la defensor/a público/a debe informar a el/la requirente los motivos por los que no procede o continúa el patrocinio y, en el supuesto que el/la solicitante no acuerde con los fundamentos del rechazo, se le debe hacer saber que puede concurrir a la Defensoría General de la Nación para exponer su situación.

V. Conclusiones

Los criterios establecidos por la defensa pública reflejan una concepción amplia que intenta abarcar las distintas dimensiones y complejidades que presentan las personas en situación de pobreza para el acceso a la justicia.

Por un lado, acude al criterio tradicional del ingreso como mecanismo objetivo para una rápida evaluación, la que puede dar lugar a otra evaluación más exhaustiva a través del informe social, si resulta insuficiente.

El criterio de poner un límite en el valor duplicado del salario mínimo vital y móvil parece, al menos para la situación actual de Argentina, una vara insuficiente pues, al menos tomando el criterio del Indec, este valor está bastante lejos de cubrir la canasta familiar. Hasta que ello ocurra, la resolución autoriza a el/la defensor/a a reevaluar la solicitud de la persona luego de recibir el informe social o la información complementaria que eventualmente haya pedido.

Por otro lado, *y a los fines prácticos de acelerar el proceso de decisión del defensor, se puede otorgar el patrocinio cuando la persona se encuentre atravesando una particular situación en la que se conjuguen condiciones de vulnerabilidad y la imposibilidad de acceso a la justicia* que, en la práctica, operen como barreras para el reaseguro de sus derechos fundamentales. Este criterio más amplio, fundado en la vulnerabilidad, pretende abarcar un concepto más vasto, que si bien no agota todas las posibilidades del enfoque multidimensional, opera como un criterio subjetivo que apunta a proteger a toda persona que se enmarque en esta definición.

En mi opinión, este nuevo criterio que utiliza el Ministerio Público de la Defensa de la Nación se acerca más a una idea de pobreza que pretende superar la limitación de la “pobreza de ingreso”. Sin embargo –y dado que la discusión y el debate entre los especialistas sigue abierta y puede aparejar cambios de las mediciones oficiales en el futuro–, en la medida en que surjan consensos estables sobre la formas de medir la pobreza que incorporen su dimensión multidimensional, el criterio del Ministerio Público de la Defensa actual podrá ser complementado.

Para terminar, la disparidad de criterios de pobreza para acceder al servicio de asistencia y patrocinio jurídico que establecen los distintos operadores del sistema de justicia (colegios de abogados, universidades, ONG, defensas públicas), representa un próximo desafío. Entiendo que se debe avanzar en un proceso de estandarización de criterios entre todas las instituciones públicas y privadas que facilitan el acceso a la justicia, para que el mérito para acceder a un abogado gratuito sea evaluado de modo similar y las personas puedan elegir el más adecuado, y no simplemente a quien lo admite con mayor facilidad.

Bibliografía

Bonfiglio, Juan Ignacio. 2019. “Pobreza multidimensional fundada en derechos económicos y sociales. Argentina urbana: 2010-2018”. Documento de trabajo del Observatorio de la Deuda Social Argentina y Red ODSAL. Consultado el 7 de agosto de 2019. <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones/2019/2019-OBSERVATORIO-POBREZA-MULTIDIMENSIONAL-DOCUMENTO-TRABAJO.pdf>.

Gasparini, L., Tornarolli, L. y Gluzmann, P. 2019. *El desafío de la pobreza en Argentina. Diagnóstico y perspectivas*. Buenos Aires: CEDLAS, CIPPEC, PNUD. <https://www.cippec.org/publicacion/el-desafio-de-la-pobreza-en-la-argentina/>.

ECODES. “¿Qué es la pobreza energética?” Consultado el 5 de agosto de 2019. <https://ecodes.org/pobreza-energetica/que-es-la-pobreza-energetica>.

Feijoo, María del Carmen. “La pobreza según se mida”. Consultado el 30 de julio de 2019. <http://www.aaps.org.ar/articulos/pobrezasegunsemida.pdf>.

Fraser, Nancy y Honneth, Axel. 2006. *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político filosófico*. Ed. Morata.

Harvey, David. 1977. “Justicia social y sistemas espaciales”. En: *Urbanismo y desigualdad social*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.

Jiménez Guzmán, Lucero. 2000. “La calidad de vida y desarrollo sustentable. Algunos indicadores en el caso de México”. En: Magali Daltabuit et ál. *Calidad de vida salud y ambiente*: 102-124.

Kessler, Gabriel. 2014. *Controversias sobre la desigualdad. Argentina 2003-2013*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Kessler, Gabriel. 2018. “Exclusión social y desigualdad ¿noción útiles para pensar la estructura social argentina”. En: *Laboratorio Revista de Estudios sobre cambio estructural y desigualdad social*, 28. / Primer semestre de 2018/ ISSN:18524435. En <https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/lavboratorio/article/view/105/92>.

Instituto Nacional de Estadística y Censos - INDEC. 2016. *La medición de la pobreza y la indigencia en la Argentina*. Buenos Aires: INDEC. https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/sociedad/EPH_metodologia_22_pobreza.pdf.

Rebagliati, Lucas Esteban. 2019. “Pobreza, caridad y justicia en Buenos Aires. Los defensores de pobres (1776-1821)”. Tesis doctoral, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Consultado el 20 de agosto de 2019. http://repositorio.filo.uba.ar/bitstream/handle/filodigital/6123/uba_ffyl_t_2015_79346_v1.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Ribotta, Silvina. 2012. “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia”. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 6 (2). https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_6_2012_2/REIB_06_02_04Ribotta.pdf.

Riera, Ariel Riera y Sohr, Olivia. 2016. “¿Cómo se mide la pobreza?” <https://chequeado.com/el-explicador/como-mide-ahorra-la-pobreza-el-indec/>.

Ruiz, Alicia, 2008. “Asumir la vulnerabi-

lidad". En: Ministerio Público de la Defensa. *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Documentos de organismos internacionales

100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada por Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (OEA), B-32, 22 de noviembre de 1969.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Resolución XXX, 1948.

ONU. Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, A/67/278, 9 de agosto de 2012.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado por la Asamblea General (ONU), Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Desafíos de las instituciones de defensa de derechos en los sectores populares y barrios vulnerables

Mariano H. Gutiérrez

Abogado (UBA), magister en criminología (UNLZ), defensor auxiliar de la Defensoría General de la Nación y coordinador de los Equipos ACCEDER (Accedé a tus Derechos) y Equipo de Trabajo Matanza-Riachuelo.

I. La discusión sobre el “acceso a la justicia”

Desde hace un poco más de una década, los tópicos “vulnerabilidad” y “acceso a la justicia” han atravesado las distintas instituciones de defensa de derechos tanto como conceptos operativos que les permiten incorporar en su vocabulario institucional la cuestión de “los pobres” (y los rezagados, desaventajados y personas con discapacidad) y también como herramientas jurídicas para pensar su trabajo en relación con ellos.

El concepto “acceso a la justicia” es, a la vez, un principio y un derecho operativo, y encuentra su principal herramienta jurídica en las “100 Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, del año 2008.

Se trata de un concepto vivo, en plena formación, cargado de discusiones y reinterpretaciones. Esta discusión conceptual se ha desarrollado en diálogo con el despliegue de las experiencias institucionales acumuladas durante este tiempo. En estas trayectorias, se han generado dos momentos de mucho aprendizaje. El primero, el de impacto, el de contacto con “el barrio” y con las poblaciones vulnerables, que ocurre cuando la institución despliega sus estrategias de acercamiento. El

segundo se da cuando el primero tiene éxito, y consiste en asimilar las responsabilidades y dar curso a las demandas que la población vulnerable plantea, y aceptar que esto implica reformulaciones institucionales.

Esta trayectoria ha hecho repensar y replantear el contenido del “acceso a la justicia”, desde concebirlo, hace unas décadas, como mera garantía de acceso a la instancia *jurisdiccional* para reclamar por los derechos, hasta pensarla de forma más amplia, como herramienta para incluir las garantías de contar con una asistencia jurídica universal, efectiva, adecuada, respetuosa, responsable; de trabajar más intensamente los mecanismos de solución de conflictos extra o prejudiciales; de expandir estas responsabilidades a organismos no judiciales, pero cuya intervención está directamente relacionada con el acceso a algún derecho, y, en síntesis, de pensar el concepto dentro del desafío más amplio del acceso efectivo a los derechos (Gutiérrez *et al.*, 2017). O, como sostiene el PNUD: “El acceso a la justicia es un concepto que hace referencia a las posibilidades de las personas de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas”¹.

Las observaciones y reflexiones que pondremos en este trabajo son fruto no solo de

la experiencia de casi 9 años al frente del Equipo de Trabajo en Acceso a la Justicia –a partir de 2019, Equipo ACCEDER– de la Defensoría General de la Nación (DGN), sino también de la coordinación intensa que ese trabajo ha supuesto con el sistema de los Centros de Acceso a la Justicia (CAJ) del Ministerio de Justicia de la Nación, y las otras instituciones de defensa de derechos presentes en ese sistema².

Lo particular del Equipo ACCEDER respecto del trabajo del resto de las dependencias de la Defensoría General de la Nación es que es un trabajo específicamente territorial y no “de fondo”. Es decir que se trata de un equipo que se especializa en llegar a los asentamientos y barrios vulnerables, escuchar, atender, asistir, asesorar, comunicarse de forma efectiva con personas en situaciones de vulnerabilidad de todo tipo, y pretende encontrar una respuesta institucional para sus necesidades³. Los abogados del Equipo no patrocinan los casos, sino que asesoran, ayudan a resolver la consulta por vías administrativas –prejudiciales o extrajudiciales– y, eventualmente, derivan los casos para su patrocinio al sistema de defensa pública. Este tipo de trabajo –la atención en los barrios pobres de la ciudad y la derivación a instituciones formales– nos da una particular perspectiva de la distancia que hay entre “la oficina” y “el barrio”, entre cómo se presenta el problema humano y cómo es reinterpretado como “caso” por la burocracia institucional. Sobre esa distancia, se desarrollarán las reflexiones que siguen.

Otro contraste interesante con esa experiencia –y que, ineludiblemente, marca mi trayectoria y mi mirada al respecto– es la coordinación durante los últimos 3 años del Equipo

1 El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) distingue esta discusión conceptual en tres oleadas: “La primera ola de asesoramiento legal buscaba el establecimiento de mecanismos gratuitos de asistencia y representación ante los tribunales para las personas por debajo de un determinado nivel de ingresos. La segunda ola del acceso a la justicia está enmarcada por las reformas del sistema de justicia en las que se buscaba la optimización del funcionamiento de las cortes y los tribunales”; en contraste, la tercera ola o el enfoque integral propone: “la evaluación de las obstrucciones a la realización de los derechos han de ser analizadas [...] [desde] las relaciones de las dinámicas internas del sistema que se plasman en procesos en los que un obstáculo estructural hace nacer una indefensión particular que, a su vez, genera obstáculos lesivos a nivel supraindividual”.

2 Defensoría del Pueblo de la Ciudad, Dirección de Orientación al Habitante de la Defensoría General de la Ciudad, Programa Atajo de la Procuración General de la Nación, etcétera.

3 Resoluciones DGN 1664/2010; 1748/2010 y 500/2014.

de Trabajo Matanza-Riachuelo de la DGN⁴, un equipo también especializado en el abordaje territorial –en este caso, el conurbano sur–, pero que sí patrocina judicialmente y, por lo tanto, debe hacerse cargo de la demanda que se trasmite desde el “barrio” hacia la “institución”.

El cambio de miradas, o la oposición y complementariedad que propongo, es también un diálogo interno que atraviesa el desarrollo de mi tarea en estos equipos. Pero, a su vez, ha sido confrontado y se ha nutrido, primero, teóricamente, al participar de jornadas de discusión sobre el acceso a la justicia con algunos de los principales referentes del país⁵, y, en segundo lugar, en un nivel más práctico, de la constitución de una Red de Prestadores de Patrocinio Jurídico Gratuito en la CABA⁶. En esta red, se discuten periódicamente los desafíos institucionales prácticos

4 Se trata de un equipo de abordaje y patrocinio colectivo de barrios afectados por los procesos de relocalización y reurbanización en el marco de la causa “Mendoza” de la CSJN (Res. DGN 720/2014, 911/2016 y ccs.).

5 Por ejemplo, el debate activo en la “Semana por el Acceso a la Justicia 2017”, organizada por la Asociación Civil para la Igualdad y la Justicia (ACIJ), del 17 al 21 de abril de 2017, en la que participaron las principales ONG e instituciones públicas vinculadas al tema. O la presentación del informe “Sectores Populares, Derechos y Acceso a La Justicia” de la misma ONG, en la Facultad de Derecho, en junio de 2014.

6 Desde agosto de 2018, participamos activamente en una “mesa” de Prestadores de Servicios Jurídicos Gratuitos en la CABA, que se reúne de forma mensual, promovida por la Procuración General de la CABA, y en la que participan todas las instituciones públicas que prestan servicios jurídicos gratuitos: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Procuración General de la Nación, Ministerio Público de la Defensa de la CABA, la Asesoría General Tutelar de la CABA, la Procuración General de la CABA, el Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y el servicio jurídico de patrocinio gratuito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. El 3 de septiembre estas instituciones formalizaron su colaboración en una “Carta Compromiso” para el lanzamiento de la Red (Res. DGN 1287/2018).

que plantea la concepción integral del acceso a la justicia y las estrategias específicas para el abordaje territorial, la atención, la derivación institucional. La red organizó, en noviembre de 2018, el “Primer Encuentro de Prestadores de Servicios Jurídicos Gratuitos: Estrategias de coordinación e intervención para mejorar el acceso a la justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, que contó con la participación de los operadores territoriales y de atención de todas estas instituciones y de varias ONG en las que se discutieron en comisiones los siguientes temas: “Problemática de consultorio y patrocinio jurídico”, “Coordinación, derivación y comunicación institucional”, “Tratamiento interdisciplinario de casos”, “Vulnerabilidad y acceso a la justicia” y “Promoción de derechos”. Las conclusiones de ese encuentro sirven, además, como material para que los referentes institucionales en la red trabajemos en generar productos específicos durante 2019.⁷

Es decir, si bien me apoyo en algunas referencias bibliográficas –sobre todo, en documentos de trabajo–, el sustento que justifica lo que expondré es, más bien, de acumulación empírica, el de una práctica que se piensa a sí misma mientras se despliega. No hablaré tanto como un autor, sino como un actor-autor.

II. Ellos (los sujetos)

Si bien las ONG especialistas en el tema insisten en la necesidad de un diagnóstico de las necesidades jurídicas insatisfechas de la población vulnerable (PNUD-INECIP 2005, ACIJ 2014, ACIJ 2018), lo cierto es que casi

7 El 29 de agosto de este año se celebró el Segundo Encuentro de Prestadores de Servicios Jurídicos Gratuitos en la CABA, donde fue presentada una “Guía de Buenas Prácticas para la Derivación de Casos y Consultas” entre instituciones, que se discutió entre los operadores, antes de trabajar en comisiones sobre las problemáticas específicas de migrantes, salud, acceso a la vivienda y discapacidad.

todas las instituciones vinculadas al sistema jurídico que toman la decisión política de desplegar estrategias para hacer efectivo el principio de acceso a la justicia lo hacen a partir de presuponer esas necesidades, o mejor, a partir de “su oferta posible”. Es decir, lejos de hacer un diagnóstico propio, suelen pensar las problemáticas de los grupos vulnerables desde su diseño institucional: cubren lo que “pueden” cubrir, o bien, lo que tiene prioridad para ellas. El diagnóstico, de tomarse en cuenta, se “toma prestado” de productos de las ONG o de otras instituciones. Esto impondrá, como es lógico, una mayor carga en el momento de “impacto” con el barrio y en el momento de la adaptación que hablaremos más adelante.

En un primer momento –que corresponde a la “primera ola”–, la mirada institucionalista más formal, las nociones y discusiones alrededor del acceso a la justicia centraba el problema de la falta de acceso a la justicia en *la carencia del otro*, del ciudadano o sujeto; alrededor del problema de la discapacidad o falta de capacidad del potencial asistido, de su victimización. En definitiva, se pensaba al sujeto objetivo de estas políticas desde su *debilidad o falta*. La “pobreza”, “los sectores vulnerables” o “vulnerabilizados”, “carenciados” o “necesitados”, ideas que, aunque representaron avances con claras buenas intenciones, piensan al objeto de intervención a partir de *lo que no tiene o no puede*, desde lo que pierde o puede perder, desde lo que le afecta, le resta, le hace sufrir o puede hacer sufrir. Al pensar así, se llega a conclusiones impuestas y limitadas sobre las posibles soluciones. Volveremos sobre este punto luego para proponer que pensemos al *otro* también desde su capacidad y potencia.

Sin embargo, sintetizar los desafíos que una concepción de acceso a la justicia coloca sobre los destinatarios de su intervención resulta un problema más complejo de lo que parece a primera vista.

Primero, hay un problema de definición.

Allí donde el discurso jurídico ve una violación de derechos, el sujeto puede o no ver un problema. Por ejemplo, uno de los primeros diagnósticos sistemáticos que se hicieron concluye que: “Pese a que todos/as los/as encuestados/as vivieron un problema de vulneración de sus derechos, sólo la mitad de ellos/as lo reconocieron como tal. El 44% del total de encuestados/as no reconocen ni problemas legales ni vulneraciones de derechos.” (ACIJ 2014)⁸. Para comenzar, hay situaciones naturalizadas que implican violaciones a derechos esenciales como el agua, la vivienda, la educación o el medioambiente sano, o incluso la seguridad física, que son percibidos como parte de un contexto natural en el que se desarrolla la vida cotidiana. Por supuesto que una de las primeras tareas del acceso a la justicia es “concientizar” sobre estos derechos violados y “desnaturalizar” estas violaciones.

En segundo lugar, aun cuando los sujetos conciban a sus situaciones como problemáticas, el concepto “problema” es algo mucho más amplio y a la vez menos abstracto que el concepto “violación de derechos”. Es decir, que el problema humano es distinto que el problema jurídico. Un *problema* puede ser que un niño no pueda ir a la escuela por no tener documentación. Una *definición jurídica* de este problema es que se violan los derechos a la identidad y a la educación. El problema jurídico, el “caso”, puede ser un recorte del problema humano, o puede ser una proyección institucional que lo termine sometiendo a otros intereses, no carentes de valor, pero

8 Y continúa: “En cuanto a los problemas relacionados a servicios públicos, trabajo y atención a la salud son los que presentan la mayor frecuencia de ocurrencia y de priorización en «gravedad» o «importancia». Sin embargo, también obtienen el menor porcentaje de reconocimiento como problema de derechos. Los problemas identificados tienen en general una dimensión familiar y colectiva, y representan un evento relativamente importante en la vida de las personas”.

que desplazan al sujeto “vulnerable” como objeto central de intervención.

Aquí surge un primer dilema. El trabajo de acceso a la justicia ¿debe dedicarse prioritariamente a resolver el problema de la persona en concreto (en el caso, conseguir que el o la niña tenga un documento y que pueda ir a la escuela) o debe enfocarse en el problema jurídico que plantea esta violación de derechos? Es decir, ¿el *problema* está en función de una *discusión jurídica* sobre los derechos y, por ejemplo, servirá para demandar al Estado en un juicio histórico, o para crear una teoría sobre los derechos, o capacitar a las futuras generaciones? ¿O, al contrario, la *discusión jurídica* es la que debe estar en función del *problema*, tal como lo definen y como afecta a sus interesados, y debe resolverse de la forma más rápida y efectiva posible?

Esta discusión sobre si se prioriza la teoría o la práctica, el largo plazo o el caso individual, lo abstracto o lo concreto, parece banal, pero no lo es. La tendencia a teorizar sobre el acceso a la justicia en lugar de construir las soluciones a partir del problema concreto está muy presente en estas discusiones. Se manifiesta en considerar a toda la problemática que aparece en la demanda de los sujetos vulnerables como un campo de estudio antes que –aunque no exclusivamente– como campo de acción. Y no carece de sentido: si no se teoriza el acceso a la justicia y esa teorización no se plasma en documentos, es muy difícil luego imponerlo como norma o repensar las estrategias institucionales, que es justamente lo que intentaremos hacer en este artículo. A la inversa, si no se le presta importancia al problema concreto de esa persona concreta, esta teorización puede resultar en un abandono institucional de la mejor solución para el problema concreto, o, dicho de otra manera, en someter su sufrimiento a una discusión que, para el asistido, parece abstracta y lo aleja de las soluciones efectivas y rápidas de su

problema⁹. Una lectura más profunda de lo expuesto hasta aquí deja entrever que la dicotomía es falsa, que se debe trabajar en ambos aspectos a la vez, pero establecer en qué ocasión uno debe enfatizar uno u otro no queda respondido, y no es de fácil respuesta.

Finalmente, el *problema humano* aun entendido como aquel que también es, en una dimensión, un *problema jurídico* –como una violación de derechos– puede reconocerse, sin embargo, para el sujeto, como un problema imposible o casi imposible de resolver por las vías institucionales. Y, en muchos casos, tienen razón, por lo que tiene poco sentido acudir a ellas. Pero incluso si la persona lo reconoce como un problema que es “institucionalizable” o “juridizable”, y que tiene sentido intentar esa vía, puede que no conozca cuáles son las instituciones u organismos que pueden asistirla para resolverlo por la vía institucional. El Informe de ACIJ ya citado de 2014 sostiene que:

La primera barrera en la resolución de los problemas está en el acceso a la información. El 55% de los/as encuestados/as no buscaron información sobre su problema, y de ellos/as la mitad no lo hizo porque no sabía qué hacer. Los obstáculos más preponderantes del acceso a la justicia se relacionan con el desconocimiento sobre los mecanismos de resolución de conflictos.

9 Otro problema relacionado con esto: la confianza en los litigios estratégicos estructurales es consecuencia de pensar que una modificación en lo jurídico (o en lo institucional) traerá a futuro más soluciones y será más efectiva que “pelear” caso por caso. Del otro lado, también hay argumentos para decir que lo mejor es solucionar el problema concreto (por ejemplo, de ese niño sin documentación). Esto, en general, supone trámites y comunicaciones extrajudiciales, sin “brillo” teórico, pero que suelen ser muchísimo más efectivas. Sin embargo, ante un problema estructural y reiterado, gestionar permanentemente “el caso a caso”, aunque es más efectivo para cada uno de los asistidos, resulta casi inocuo para promover una solución estructural general a futuro.

Aquí aparece la importancia de las estrategias institucionales de difusión no solo de derechos, sino del trabajo institucional, y las estrategias de acercamiento geográfico o, más ampliamente, de “abordaje territorial”.

Cuando el equipo de Acceso a la Justicia de la DGN comenzó a brindar atención en la parroquia de la Villa 15 de la CABA, el cura a cargo de la parroquia pidió que se imprimieran papeles que dijeran “abogados” y el horario de atención. Nada más, toda otra información era confundir. Nadie sabe qué es la “Defensoría General” y tampoco necesariamente “asistencia jurídica”; pero sí se sabe que un problema difícil de resolver se puede consultar con un abogado. Es toda la información que se necesita y la información que sobreabunda, confunde y aleja. Este pequeño gesto significa un gran aprendizaje para las instituciones porque, en general, no tomamos en cuenta esos detalles tan simples y a la vez tan importantes. Lo que el cura nos proponía era no decir lo que la institución ofrece, sino lo que la gente busca; que el punto de partida sea la mirada de la gente, y no la mirada de la institución.

Podemos ver un problema similar en cómo nuestras mismas instituciones diseñan sus “recurseros”, sus guías de contacto, e incluso sus vías de comunicación más visibles como su sitio web. Por lo general, contienen información relevante para los funcionarios u operadores, pero muy poca información o de muy difícil acceso e interpretación para el público común, ni hablar para personas en especial condición de vulnerabilidad.

Como surgió en los debates de la “Semana de Acceso a la Justicia” (cfr. nota 5 de este trabajo), no solo hay un problema de déficit de información, sino de mucho ruido y superposición, amén de los vocabularios leguleyos institucionales que conspiran contra cualquier entendimiento de la gente común sobre las funciones institucionales. Solo en la CABA, por ejemplo, hay 6 instituciones

que se hacen llamar “defensoría”, algunas con funciones muy difíciles de distinguir y otras con funciones muy antagónicas y fáciles de confundir: Defensoría del Pueblo de la CABA, Defensoría del Pueblo de la Nación, Defensoría General de la Ciudad, Defensoría General de la Nación, Defensoría del Público y Defensorías Zonales (curiosamente, el “ombudsman” de los presos se llama Procuración Penitenciaria de la Nación, un título que muy difficilmente aclara las cosas a un privado de libertad que quiere ser defendido de las injusticias, dado que asocia “procuración” con el/a fiscal que lo acusó en primer lugar). Todas estas instituciones que se llaman “defensoría” tienen sus sedes barriales, a veces dos o tres juntas, pero, por lo general, por separado ¿Adónde acudir por un problema de falta de vacantes escolares: a la Defensoría General de la Nación, a la Defensoría General de la Ciudad, a la Defensoría del Pueblo de la Nación, a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, o a la defensoría zonal? ¿A cualquiera de ellas? ¿Qué pueden hacer? ¿La Defensoría del Pueblo y la Defensoría del Público no son lo mismo? ¿Y las defensorías zonales son descentralizaciones de las anteriores? Las respuestas a estos interrogantes resultan bastante poco evidentes, anti-intuitivas, y muy confusas – incluso para gente formada jurídicamente–.

En síntesis, el vocabulario institucional de las instituciones jurídicas no está pensado ni diseñado para explicar de forma fácil las funciones y servicios de casa, organismo o institución a la gente o público al que deben dirigir sus servicios. Está pensado de forma “autorreferencial”, hacia adentro de la institución, para los expertos. Desde afuera, lo que se ve es un verdadero laberinto de nombres y competencias y formas de funcionamiento, que ni siquiera los operadores de cada institución sabemos muchas veces desentrañar. Un verdadero acceso a la justicia supone que esa información sea fácil, que se entienda, que sea

lo primero que aparezca cuando una persona no especialista busca por internet asistencia jurídica para un problema dado.

Pero supongamos que habiendo completado estos pasos, y gracias al consejo de algún conocido, abogado del barrio o a internet, un eventual asistido pueda orientarse respecto de qué institución debe buscar. Todavía le faltaría saber a qué dirección ir, tal vez la página web le informe dónde está la sede central de la institución, pero no dónde lo atenderán, y quizás una vez que llegue a la sede central que le informaron, la oficina de atención no quede cerca de allí. O, probablemente, tenga la dirección, pero le quede demasiado lejos –en general, en el centro de la ciudad–, no tenga dinero o simplemente no sepa cómo llegar. Muchas veces ocurre esto y resulta un obstáculo insuperable. Aun así, supongamos que por alguna razón logra superarlo, tomará un día de su trabajo –a riesgo de perderlo–, o no podrá llevar a sus hijos al colegio, o si no tiene empleo gastará el plato del día en transporte para acercarse a donde le dijeron que esa institución tiene su sede principal, en muchos casos, solo para enterarse de que a pesar de esa es la dirección que figura en internet, allí no será atendido y deberá acudir en determinado horario, o a otro lugar. Tal vez ya se le pasó el horario, y entonces tendrá que volver otro día. Habrá sacrificado ese día de su vida y compromisos muy delicados solo por una información incompleta o errónea. Supongamos que puede perder otro día de trabajo, otro día de colegio de sus hijos u otro plato de comida, y se acerca donde le han dicho. Entonces le informan que le hacen falta tales requisitos o que su caso será estudiado, que vuelva en tantos días. En síntesis, lograr la asistencia institucional demandará posiblemente, de ese consultante, sacrificios de mayor gravedad que los problemas que intenta resolver, o bien esfuerzos que pueden agravar, y mucho, el problema que intenta resolver.

Desde su perspectiva, la institución está sumando a sus dificultades, y no ayudando a resolverlas. El lector que no ha trabajado en acceso a la justicia encontrará este ejemplo tal vez exagerado, pero no lo es en absoluto. Por el contrario, diría que es uno de los principales obstáculos para acceder a los servicios de asistencia jurídica.

En síntesis, haciendo foco en el *sujeto-que-tiene-una-dificultad*, existen numerosos pasos para poder hacer efectivo el acceso a la justicia tal como lo imaginan los discursos institucionales o ilustrados.

De este modo, la persona:

(1) debe querer y poder definir una situación personal o colectiva como problemática;

(2) luego, este sujeto “concientizado” de su problema debe, a su vez, concebir este problema o violación de derechos como una cuestión que puede ser solucionada con auxilio, asistencia o participación de alguna institución estatal (u ONG). Para ello, debe saber que tales instituciones existen y confiar en que sus prácticas serán, en efecto, dirigidas a asistirlo o ayudarlo;

(3) también debe conocer qué instituciones puede prestar esa asistencia o auxilio y

(4) debe conocer las vías para llegar a esa institución u organismo, y para obtener la asistencia que pretende;

(5) finalmente, debe poder materializar esa llegada a la institución u organismo, y luego

(6) poder mantener el vínculo con esa institución u organismo.

Para finalizar, deberíamos distinguir dos grandes enfoques o posturas con respecto a este problema de los potenciales asistidos. Primero, el de aquellos que piensan que el problema es principalmente el desconocimiento del derecho y, por lo tanto, ponen el énfasis en la difusión y concientización de la población (aquí se enmarca el Informe de ACIJ del año 2014 citado); segundo, el de los que pensamos

que el principal problema es el diseño institucional y las prácticas de esas estructuras y, en todo caso, también lo son sus falencias comunicativas y de trabajo (aquí se enmarca el Informe de la PNUD de 2005, el Acuerdo por el Acceso a la Justicia -promovido en el año 2017 también por ACIJ y muchas otras ONG-, y las Conclusiones del Primer Encuentro de Prestadores que también mencionamos).

Sobre el primer enfoque, hasta hace no mucho tiempo la mirada dominante en las ONG hacía hincapié en concientizar situaciones naturalizadas como problemas jurídicos, y se ha sostenido que este es el principal desafío del acceso a la justicia: tomar una situación de vida y concientizarla como un problema, y concientizar a su vez que ese problema es un problema jurídico (ACIJ, 2014). Sin embargo, hay un delicado equilibrio entre, por un lado, esa “concientización” a partir de la difusión de derechos y, por otro lado, la respuesta a la demanda que se produce a partir de ella. Este discurso de “evangelización” parece conformarse con la concientización y supone que la demanda del sujeto particular será suficiente como para provocar que las instituciones asuman responsabilidad y den una respuesta; sin advertir que, muchas veces, se está no solo sumergiendo al sujeto en una situación problemática que no concebía como tal, sino que también se lo está cargando con la responsabilidad de lograr un cambio institucional mediante su reclamo, desafío muy difícil y pesado para un sujeto ya en condición de vulnerabilidad.

En el segundo enfoque, lo que nos interesa resaltar es que la vulnerabilidad del sujeto, que se ha pensado originalmente como un problema *de ese sujeto*, es en realidad un resultado del contexto político, jurídico e *institucional* en el que vive. Cuando incorporamos esta segunda dimensión, nos damos cuenta que las instituciones en las que prima el discurso del “déficit del otro” -se problematiza *su* pobreza, *su* vulnerabilidad, *su* dis-

capacidad, *su* incapacidad para acceder a la justicia-, no se problematiza de la misma manera la carencia institucional para prestar ese servicio. Las instituciones tienden a pensarse a sí mismas desde lo dado: “Esta institución trabaja así, siempre ha trabajado así y presta este servicio, si usted puede, lo asistimos; y si no puede, lo ayudamos a acercarse”. Es decir, se concibe dogmáticamente el principio de trabajo institucional.

Este punto de partida dogmático, por lo general, no surge estrictamente de la ley, sino de una mezcla de escalera normativa que va torciendo la ley (la ley es interpretada por una norma menor, que es interpretada por otra normativa menor que permite o propone tal tipo de trabajo, que la autoridad de la oficina impone a sus empleados) y la tradición burocrática práctica; a tal punto que la tradición burocrática se interpreta como la encarnación de la ley, y la ley se interpreta como la legitimación de esa práctica burocrática.

Resulta muy difícil pensar desde las instituciones que la dificultad en el acceso a la justicia de los sujetos y poblaciones vulnerables/vulnerabilizadas puede surgir no solo de la problemática del sujeto a asistir, sino de la misma institución. Tendemos a ver el problema en el asistido/consultante y no en la institución. Así, se invisibiliza gran parte de las soluciones y políticas institucionales de transformación “hacia adentro” que podrían hacer más efectivo el servicio de acceso a la justicia.

III. Nosotros (lo institucional)

Si el estudio y la concepción del trabajo de acceso a la justicia se desarrolla no solo sobre el “sujeto vulnerable”, sino sobre la acción institucional, se comprenden de manera más integral las posibles soluciones, es decir, se puede desplegar de forma mucho más efectiva la estrategia institucional, que muchas veces no debe responder únicamente a la pregun-

ta: ¿Qué más podemos hacer por la persona que no puede llegar por sus propios medios, para que llegue?; sino también a las preguntas: ¿Qué podemos hacer *distinto* para evitar que la persona deba llegar por sus propios medios? ¿Qué estamos haciendo mal, como institución, que ayudamos a que ese sujeto no llegue? ¿En qué medida nuestras prácticas alejan, expulsan, colaboran a hacer inaccesible nuestro propio servicio?

Resulta muy clarificador el “Acuerdo por el Acceso a la Justicia” que ha promovido ACIJ en el año 2018, que comienza poniendo el foco sobre las instituciones en lugar de hacerlo sobre el nivel de conocimiento de los derechos de la población. Al inicio, establece que “deben fortalecerse las funciones y obligaciones a cargo de los Ministerios Públicos de la Defensa, de los Ministerios Públicos Fiscales, de las Defensorías del Pueblo, de los diversos dispositivos de acceso a la justicia con que cuentan los distintos poderes del Estado”. Y luego continúa con los títulos: “Para mejorar la accesibilidad del Poder Judicial”; “Para mejorar los mecanismos alternativos de solución de conflictos”; “Para mejorar la canalización de reclamos y peticiones en sede administrativa”; “Para el empoderamiento jurídico y la participación de la ciudadanía”; “Para la protección de personas y colectivos especialmente vulnerabilizados”; “Para la asignación de presupuesto suficiente, transparente y no discrecional” y “Para la producción de información y monitoreo de las políticas”. Esto da cuenta de que el problema de la carencia del sujeto vulnerabilizado y el problema de la política institucional son dos caras de la misma moneda, es un problema integral. En el Acuerdo, se resaltan los problemas de las mismas instituciones para poder garantizar el acceso a la justicia, y no se lo traslada solo a quienes debemos ayudar.

Así como hemos presentado una lista de los problemas de los “vulnerables” para lle-

gar a una institución que lo asista para hacer efectivos sus derechos, podríamos hacer lo mismo con los déficits y desafíos que enfrenta una institución “tradicional” de defensa de derechos en este asunto:

(1) Conocer con un diagnóstico propio o válido para las funciones de esa institución cuáles son los problemas de los sectores y sujetos carenciados, vulnerables, vulnerabilizados, etc., sin “imaginarlos” desde una experiencia burocrática acumulada, escuchando tal como son vivenciados y definidos esos problemas por los mismos sujetos. Sobre todo, escuchar el problema tal como se presenta, en su dimensión social y humana integral, sin recortarlo o torcerlo desde una mirada jurídica rígida.

(2) Reconocer que hay una dimensión de esa problemática identificada que puede constituirse como un problema de derechos. Es decir, desnaturalizar su deficiencia, su falta o su problema.

(3) Reconocer que ese problema de acceso a los derechos es un asunto institucional, es decir, una responsabilidad de la institución. Como hemos dicho antes, una mezcla de interpretación normativa y prácticas rutinizadas bloquean los objetivos más ambiciosos de cualquier declaración de principios de acceso a la justicia, y limitan, de forma no completamente jurídica, el trabajo de la institución. O, dicho de otra manera, apelando a rutinas burocráticas institucionalizadas, la institución –o mejor, algunos funcionarios, operadores o áreas de la institución– logra desentenderse de asuntos y responsabilidades que forman parte de su misión institucional y de sus funciones.

(4) Decidir que la institución tomará acciones para hacerse cargo de esa responsabilidad. Cuando la institución reconoce que hay un problema, que ese problema es “juridizable”, y que es su responsabilidad la asistencia jurídica, debe, sin embargo, decidir en qué medida dirige sus recursos materiales –siem-

pre finitos – a la satisfacción de la respuesta a ese problema. La mera “toma de conciencia” y producción de convenios, disertaciones, pronunciamientos y recomendaciones no alcanzan para generar efectos reales, observables en una política de acceso a la justicia. Debe asignar recursos humanos, capacitarlos, pensar en políticas institucionales de transformación, etc. Y, muchas veces, esto implica romper con su tradición burocrática.

(5) Tener una estrategia institucional para llegar a esa demanda, para cruzar el espacio cultural, social y geográfico que hay entre la práctica tradicional de su estructura burocrática y lo que requiere hacer llegar sus servicios a los potenciales asistidos (lo que, en general, se ha denominado “abordaje territorial”). No cualquier operador jurídico está capacitado para ir al barrio, saber escuchar, empatizar y luego interpretar ese problema para darle un marco jurídico¹⁰. Pero, además, cuando se decide “llegar a los barrios”, ¿cómo llegará?, ¿en qué lugar se atenderá?, ¿quién habilitará esa llegada al barrio?, ¿hay un referente?, ¿pondrá, el lugar, su nombre?, ¿y esas puertas están abiertas para todo el barrio, para solo un sector?, ¿cómo se difundirá la “llegada al barrio”, para que la gente se acerque? Las estrategias de comunicación y difusión en el barrio condicionarán también la demanda que llegará después.

(6) Tener la capacidad material de hacerlo. Esto implica no solo recursos humanos, sino, en muchos casos, materiales. Se debe crear un nuevo espacio, se necesitan computadoras, acceso a internet, líneas telefónicas, a veces, un transporte. Si no hay posibilidad material de concretar una respuesta, los diagnósticos y teorizaciones sobre las deficiencias y vulnera-

bilidades no producirán ningún efecto.

(7) Una vez que haga operativa su decisión y su estrategia institucional, la institución debe poder adaptarse al choque de imaginarios –de miradas, de discursos, de concepciones de lo problemático, de sus soluciones–; a las diferencias que expresan los sujetos a los que se quiere asistir. Con o sin diagnóstico previo, la experiencia prolongada en contacto directo con los grupos vulnerables/vulnerabilizados va modificando la demanda de los servicios institucionales en la medida en que las expectativas de los sujetos se ajustan a los servicios de la institución que van conociendo. No hay una “demanda” estática. Por ejemplo, si se sabe que esta institución puede proveer ayuda efectiva en materia migratoria, pronto comenzarán a llegar más consultas de migrantes con problemas legales o administrativos. Si se sabe que esta institución no puede proveer asesoramiento efectivo ni patrocinio en casos de violencia institucional, dejarán de llegar consultas por estos casos. Por otro lado, los problemas sociales e institucionales son dinámicos. En momentos de ajuste económico, una política de recorte en las pensiones por discapacidad hará que comiencen a explotar las consultas por las pensiones. Un ciclo económico de empobrecimiento también hará que las consultas por pensiones, por planes de trabajo, becas y distintos tipos de ayuda social aumenten. Por lo tanto, es clave adaptarse como institución.

(8) Finalmente, como resultado de los puntos anteriores, generar un trabajo intra-institucional para adaptar la acción institucional a esa demanda.

Como ya vimos, lo que el experto de la institución cree que son los problemas “del barrio” no son los problemas del barrio, son los problemas que el experto proyecta desde su imaginario y su propia experiencia social en el otro. Los problemas del barrio se ven en el barrio y no en la oficina. Si la institución no

10 Una de las conclusiones más fuertes del Primer Encuentro de Prestadores (2018) fue la necesidad de la atención *interdisciplinaria* como forma necesaria de primera atención y escucha, y como compañía durante todo el proceso.

se adapta a los problemas tal y como son planteados por la gente que los vive, lo que logrará es o bien someter al sujeto vulnerable a su mirada (a su concepción jurídica de lo problemático y a su concepción de la solución posible), o, casi siempre, no ser reconocida y legitimada en ese espacio, y fracasar en su política de “abordaje”. Si quiere hacer un trabajo efectivo, debe recibir la demanda tal como le llega y tratar de dar respuesta a esa demanda; de otra manera, no logrará ser una referencia para la gente y se convertirá en una política de atención sin atendidos, de asistencia sin asistidos.

Para “llegar” de forma efectiva a los sectores vulnerables, y para referenciarse en ellos, debe escuchar los problemas tal como son vividos y se presentan, sin condicionarlos, sin negarlos, sin imponer una solución institucional que no sea del interés de los asistidos, la institución debe ser capaz de adaptar no solo su escucha, sino su acción; no solo su oído, sino sus brazos.

IV. La **inaccesibilidad como práctica activa**

Este suele ser el punto menos estudiado y teorizado del trabajo de acceso a la justicia dentro de cada institución¹¹. Retomando lo que hemos dicho sobre cómo se concibe al sujeto representado o asistido “desde la deficiencia”, podríamos decir que la institución concibe sus propios problemas “desde la deficiencia”: lo que *aún no se ha hecho*, y lo que *no se puede hacer* por limitaciones legales o materiales. Si bien estos problemas son centrales en cualquier política de acceso a la justicia, si nos limitamos por esta mirada no se puede revisar lo que la misma institución o sus operadores están generando activamente como obstáculos e impedimentos.

11 Aunque ponen el foco en ello tanto las Reglas de Brasilia, como la PNUD (2005), y el Acuerdo (2018).

Cualquier exigencia burocrática que no se justifique en una estricta necesidad legal deriva en un obstáculo activo: exigir del consultante determinados requisitos, limitar la atención y asistencia a determinados temas, imponer la mirada del funcionario que debe asistirlo por sobre la del consultante, prolongar su espera para la atención de forma tal que suponga un tiempo del que no puede disponer sin altos costos para su vida personal o laboral, etcétera.

Todas estas conductas suelen basarse en la necesidad de organizar y limitar el trabajo, apelando, por lo general, al exceso de tareas o a la falta de personal. A veces, esta es una razón real, que se suma a esas prácticas burocráticas tradicionales, y, otras veces, una justificación de este tipo de trabajo cuando es cuestionado desde la perspectiva de una defensa de derechos amplia y efectiva. Pero lo que queremos resaltar es que se trata de tradiciones burocráticas y prácticas organizacionales que no son meras deficiencias, *sino que son obstáculos activos que los operadores de una institución crean y reproducen para alejar y limitar el acceso de los asistidos*. Por ello, el trabajo intra-institucional debe pensarse no solo creando puentes con “aquellos”, sino desarmando activamente estas estrategias activas de rechazo al acceso a la justicia de “los nuestros”.

Uno de los problemas que aparece reiteradamente en las instituciones es el de la fragmentación intra-institucional. Dicho de otra manera, cada oficina en la institución, cada dependencia, tiende a generar su propio sistema de trabajo y su propia interpretación sobre cómo debe desplegar ese trabajo. Muchas veces, esto genera mucha discordancia entre cómo una oficina cubre una responsabilidad o función, cómo lo hace otra y, sobre todo, cómo una oficina espera que la otra cumpla su objetivo de acuerdo a sus propios parámetros, lo cual resulta crítico para las derivaciones internas. Aún más, en instituciones tan

complejas, marcadas por una historia institucional muy arraigada, pero, al mismo tiempo, en procesos de cambio, como los ministerios públicos nacionales, suele haber una oposición abierta entre un modo tradicionalista y conservador de entender la función y una política de innovación y adaptación, lo que se traduce muchas veces en una gran dificultad de coordinar exitosamente el trabajo. Y peor aún, en grandes instituciones, suele reinar el desconocimiento de parte de algunas áreas de la función o de la existencia de otras.

Por lo general, como hemos dicho, interpretar el objetivo de una institución de defensa de derechos en clave de “acceso a la justicia” implica un lenguaje nuevo, en modificación, en expansión. Por ello, las tendencias formalistas y tradicionalistas de la institución suelen rechazarlo. Así, sus prácticas no están guiadas, ni formal ni informalmente, por este objetivo. Cuando esto ocurre, el consultante o potencial asistido no es el centro de la escena. Su *problema* no es el objetivo de la intervención. El centro de la escena es la oficina, y el problema del consultante solo es relevante si existe una traducción jurídica precisa de la ley y del sistema de prácticas burocráticas tradicionales que genere una responsabilidad imposible de ignorar. La intervención institucional no está en función del problema humano de quien consulta, sino que el consultante es sometido y está en función de la reproducción de la práctica institucional tradicional. Por supuesto, en un cuadro así podemos esperar todo tipo de estrategias expulsivas de parte de los empleados y funcionarios de la institución u oficina, una selección de casos guiada por los intereses burocráticos y no por la problemática tal cual se presenta, y un resultado de alejamiento y restricción del efectivo acceso a los derechos del sujeto.

Otro problema frecuente en cuanto a las prácticas institucionales aparece en la articulación (o falta de ella) entre las distintas insti-

tuciones y en la derivación interinstitucional. Las instituciones suelen desconocer por completo qué casos atiende, dónde, cómo y qué requisitos tiene otra institución u organismo. Tradicionalmente, la atención de un caso que no se seguirá en ese espacio institucional se resuelve con una derivación por “recursero”. Consiste en darle un listado a un consultante (por lo general, una fotocopia de centésima generación, de un documento que tiene por lo menos dos décadas de antigüedad), con nombre y direcciones de instituciones donde debe ir. Pero este recursero suele estar muy contaminado de “letra muerta”. Para empezar, suele estar lleno de direcciones que formalmente están anotadas como prestadoras de un servicio, pero que sustantivamente no funcionan o lo hacen de forma tan deficitaria o expulsiva que más que aportar a la solución, suman al problema. Por otro lado, el recursero, como es lógico, no explica (ni podría hacerlo) todas esas prácticas burocráticas que reinterpretan la normativa, generando criterios de atención no explícitos ni formalizados, que muchas veces resultan verdaderos obstáculos para el acceso a la justicia. No explica qué casos no toma la otra institución aunque diga que toma todos, dice un horario pero no explica que si el consultante no llega 15 minutos antes se quedará “sin número”, no explica que su caso no será aceptado en el momento, sino que será evaluado y se resolverá en dos semanas, etcétera.

En gran parte, el problema de la derivación interinstitucional es un problema que responde a la heterogeneidad institucional. Las instituciones de defensa de derechos, judiciales y no judiciales, de nación y locales, lanzaron sus políticas de acceso a la justicia de forma más o menos autónoma y no coordinada. En muchos espacios y lógicas, estas políticas coexisten y se articulan naturalmente, y en muchos otros, no; lo que sumado a la falta de conocimiento mutuo por la tendencia al

aislamiento institucional que mencionamos, es lógico que la derivación haya representado un problema. De hecho, ha sido el tema más mencionado por los operadores en el Primer Encuentro de Prestadores, y sobre el que los integrantes de la Red decidieron avanzar durante el año 2019, dando a luz a la “Guía de Buenas Prácticas para la Derivación de Casos y Consultas” presentada y puesta a discusión en el Segundo Encuentro.¹²

V. Conclusiones

Retomando nuestras críticas a la primera concepción del acceso a la justicia, podríamos reseñar que presupone que hay un sujeto impotente, un sujeto que debe ser activo, pero no puede, y una institución que, como ya es activa, solo debe ayudarlo a resolver su carencia. En la segunda concepción, el sujeto que padece una problemática suele ser también un sujeto que define sus problemas, busca y genera activamente estrategias para solucionarlos o lidiar con ellos y, entre esas estrategias, puede estar la asistencia de una institución de defensa de derechos cuando se encuentra con esa posibilidad. La institución no solo debe escucharlo sin imponerle su propia voz, sino, sobre todo, respetarlo, para entender cuál es la solución más integral a su problema concreto.

Pero, para que esta estrategia sea posible, muchas veces la institución también debe desplegar una política activa de llegada al sujeto “vulnerable” y de trabajo *intrainstitucional* para adaptar su estructura a esa demanda sin poner obstáculos activos ni tergiversarla o someterla a su propia definición.

12 También la elaboración de la Guía de Prestadores de Servicios de Asistencia Jurídica Gratuita en la CABA ha sido un primer paso en tratar de sistematizar esta información, pero actualmente la Red se encuentra discutiendo cómo dotar de fiabilidad y hacer dinámico el contenido de esa guía para las derivaciones interinstitucionales.

Hemos dejado la denominación “sectores populares” anunciada en el título, pero omitida hasta este momento, porque es la única que no define a la población de los asentamientos a partir de la falta y la deficiencia. Tomemos el caso de las “villas miseria”. La institución suele ver, en la “villa miseria”, la falta: ¿Qué es lo que tienen en común las villas miseria? Que “anda todo mal”, que nada funciona, que sus habitantes son siempre víctimas del sistema, diría la respuesta paternalista. No se ve que esos habitantes también son actores, que hacen las cosas andar a veces, aunque el Estado no esté presente, que, incluso, son capaces de organizarse colectivamente. En efecto, hay cosas en que todos los asentamientos precarios o barrios populares son distintos, por ejemplo: en su organización. En ese barrio en el que no hay organización, prima la conflictividad interindividual. En aquel otro la organización se produjo a través del narcotráfico, y, por supuesto, es destructiva. En este otro, a partir de la violencia institucional, y también es nociva. Pero, en el barrio de más allá, los vecinos respetan al cura o al pastor, y eso abre la posibilidad de que el Estado ingrese y, en general, también las agencias de protección y promoción de derechos. Este barrio de mucho más acá tiene una asamblea, genera muchos consensos, piensa sus problemas en términos colectivos y sabe exigir a los organismos del Estado gracias a una organización política que lleva años trabajando allí. Este elige delegados de manzana. El de más allá se maneja con “punteros”. Y este de acá tiene “referentes”. Muchas veces se combinan los tres tipos de actores. Comedores sociales, escuelas, unidades básicas. Instituciones que organizan al barrio colectivamente de distintas maneras, que lo hacen funcionar de distintas maneras. En este nadie se conoce. En aquel son todos parientes. En este son casi todos de tal nacionalidad. Este es un barrio obrero, con muchos empleados de trabajo mal pagos. En

aquel están casi todos desempleados y hacen changas. Este está sobre una autopista y eso funciona como factor de progreso de los frenéticas, aquel está alejado de todo y olvidado. En este hay 20 instituciones estatales trabajando, en aquel, ninguna.

Todas estas diferencias hacen de cada barrio un barrio distinto. Solo una mirada desde la lejanía puede pensar que son todos iguales. Casi estamos tentados a decir que lo único que tienen en común todas las “villas” son las casas sin revoque. Para “llegar” a esos barrios, la institución debe conocerlos y conocer cómo se organiza y cómo funciona, de otra manera, su estrategia chocará o fracasará; para escucharlo también¹³.

Esta diferencia nos lleva a pensar que allí donde hay poder de organización es porque hay estrategia. Y donde hay estrategia, resulta falso que “no haya problemas reconocidos como problemas”. Es porque hay problemas que se han reconocido como tales, aunque no sean los que ve el experto o que no se vean tal como los ve el experto. El barrio tiene voz, tiene identidad, puede pensar por sí mismo, tiene organización. La institución debe respetar eso para poder llegar al barrio, así como debe abrir el oído para escuchar la voz del barrio y acomodar su mirada para entender la mirada del barrio, incluso –o sobre todo– si el trabajo institucional de defensa de derechos implica cuestionar esa organización cuando es violenta. Para un trabajo efectivo de acceso

a la justicia, hay que desprenderse del paternalismo, no solo hace falta compasión o bondad, también hace falta respeto.

Finalmente, el compromiso real, concreto, efectivo de una institución respecto del acceso a la justicia no se mide en sus declaraciones, sino en la fuerza de sus políticas de despliegue y readaptación para escuchar esa demanda de necesidades insatisfechas, que debe traducir en demandas jurídicas, sin traicionarlas, para hacerse cargo de ellas.

Bibliografía

Gutiérrez, Mariano H., C. Roberto, L. Marta y J. Meincke. 2017. “El trabajo de Acceso a la Justicia”. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, 12: 83-95.

PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo). 2005. *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia. América Latina y el Caribe*. Buenos Aires: Ediciones del Instituto (INECIP).

Documentos de organismos nacionales

ACIJ (Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia) *et al.*: “Acuerdo por el Acceso a la Justicia”, en: www.porelaccesoalajusticia.org, noviembre de 2018.

ACIJ. “Informe «Sectores Populares, Derechos y Acceso a La Justicia»”, 2/08/2014 (en: www.acij.org.ar).

Red de Prestadores de Servicios Jurídicos Gratuitos en la CABA, “Conclusiones” del Primer Encuentro de Prestadores de Servicios Jurídicos Gratuitos, realizado en la Facultad de Derecho de la UBA, 28 de noviembre de 2019.

13 Aquí debe mencionarse la presencia de los “curas villeros” como principal punto de apoyo y puerta de entrada del Estado a los barrios. En efecto, la experiencia de los CAJ del Ministerio de Justicia de la Nación, nació a fines del 2010 en diálogo con los curas villeros, quienes acercaron su propio diagnóstico de las necesidades insatisfechas y la conflictividad en cada barrio; y sus parroquias se convirtieron en las primeras oficinas de atención (aún hoy casi un gran número de los CAJ están en sedes parroquiales). Hasta ese momento, las experiencias estatales al respecto eran aisladas, tímidas y poco ambiciosas.

□ SECCIÓN II □

EXPERIENCIAS NACIONALES

Criterios de intervención de la defensa pública: la Resolución DGN N° 230/2017

Rodolfo Martínez

Abogado (UBA), especialista en Derecho de Daños (UBA), prosecretario letrado de la Secretaría General de Política Institucional de la Defensoría General de la Nación, defensor público coadyuvante del Ministerio Público de la Defensa de la Nación.

I. Introducción

Este trabajo invita a quien lo lea a que se represente los escenarios posibles a raíz de los disparadores en torno a la disposición reglamentaria que define, cuanto menos en términos institucionales de intervención, aquellos criterios objetivos y subjetivos de limitación de recursos económicos y/o vulnerabilidad que habilitan la provisión de la defensa pública. En los acápite, se analizan los alcances del art. 42, inc. a, de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa N° 27.149 (LOMPD) y la trascendencia de los conceptos delineados en la reglamentación que examinaremos, lo que permitirá entrever sus múltiples alcances, los que exceden el propio marco del inciso mencionado.

Se tratarán las nociones incorporadas a partir de las prácticas de las defensorías federales de todo el país, hasta consolidar el cambio de paradigma introducido por la LOMPD.

Finalmente, se aborda el desafío de quienes trabajan cotidianamente, en clave de patrocinio o representación, de utilizar los principios introducidos como llave de acceso a la justicia de personas en especial situación de vulnerabilidad.

II. Resolución DGN N° 230/2017. Principios normativos

La Resolución DGN N° 230/2017 es el resultado de una necesidad reglamentaria que surge con la sanción de la LOMPD pues, de su art. 5º, se colige que es el propio Ministerio Público de la Defensa (MPD) el que establece los criterios objetivos y subjetivos de limitación de recursos económicos o vulnerabilidad que habiliten la provisión del servicio de defensa pública, más allá de los casos en que corresponde su intervención obligada.

En otras palabras, existen dos tipos posibles de actuación del MPD. Por un lado, aquellas que tienen su origen en la ley (a los fines de este trabajo, las denominaré “legales”) y que, por su naturaleza, compelen a la intervención necesaria de el/la defensor/a público/a oficial; por otro lado, aquellas que supeditan su procedencia a la existencia y alcances de una reglamentación interna (que denominaré “reglamentarias”) y que requieren el dictado de un acto administrativo que legitime la actuación de la defensa¹ (esta última clasificación se asocia y refuerza la idea de la autonomía del MPD).

Hecha esta distinción, centremos la atención en las intervenciones “reglamenta-

rias” dispuestas por la Resolución DGN N° 230/2017. Este acto administrativo es la respuesta a la obligación de delinear los criterios de procedencia, en clave del art. 42, inc. a, de la LOMPD, y definir los alcances de la actuación del/de la integrante del MPD que gestione un caso en este especial ámbito de incumbencia.

Para ello, toda evaluación frente a cada solicitud de asesoramiento, patrocinio o representación debe tener en consideración, en primer lugar, si lo requiere una persona humana o una persona jurídica².

En caso de la solicitud de una persona humana, procederá cuando invoque y justifique limitación de recursos económicos para afrontar los gastos del proceso o situación de vulnerabilidad.

Como si la novedad de acordar asesoramiento o patrocinio a personas jurídicas no fuera poco –tema que se abordará luego–, se introduce una buena práctica de muchas defensorías y se la reglamenta como obligatoria. Se trata de la suscripción de una declaración jurada, que la norma denomina “de carácter reservado y uso interno”. Se describe que debe contener el requerimiento, los bienes e ingresos con los que cuenta y la conformación de su grupo familiar. Asimismo, se le debe hacer saber a el/la requirente que los datos declarados son pasibles de ser evaluados por el MPD a los fines de constatar la veracidad de sus dichos.

Esta práctica cumple, en mi opinión, una doble función. Por un lado, permite recabar por escrito los parámetros que se tendrán en cuenta para la evaluación y constituye un reaseguro al documentar lo denunciado; por otro lado, genera una cláusula de consenti-

1 Suelen confundirse las intervenciones legales y las reglamentarias, creyendo que se corresponden según cada inciso del art. 42 o 43 de la LOMPD (hasta se llega a compararlos con los arts. 44, 45 o 46 de la misma ley); o argüirse que su distinción radica en si se trabaja en materia penal o no penal. Lo cierto es que existen actuaciones legales y reglamentarias en cada rol funcional de quien ejerza la defensa pública y la posibilidad de identificarlas permite posicionarnos correctamente ante la posible resolución de un conflicto de intervención. A modo de exemplificar, configuran actuaciones legales el art. 43, incs. a, b y c de la LOMPD, en función del art. 103 del CCyCN, y el art. 42, inc. a, de la LOMPD en los supuestos de ausencia. En cambio, las reglamentarias se vinculan al art. 42, inc. a, cuando se otorga patrocinio o en supuestos de art. 43, inc. e (ambos de la LOMPD).

2 La solicitud de asistencia jurídica debe de ser instada por el/la interesado/a. Ello implica que se desestime, en principio, una derivación automática por parte de un organismo o de la propia judicatura si no se cuenta con el elemento volitivo del pretendido patrocinado. En estos supuestos, se debería tomar contacto directo con la persona.

miento de la persona ante la necesidad de el/la defensor/a de requerir informes a registros para cotejar los datos obtenidos.

Refuerza el compromiso de decir verdad de el/la informante la “sanción”, ante la comprobación de falsedad injustificada en cualquiera de los datos esenciales³, de cesar la prestación del servicio, con la excepción, claro está, de que aún reúna los requisitos de procedencia previstos.

II.1. Limitación de los recursos económicos para afrontar los gastos del proceso

En lo que respecta a este asunto⁴, se estableció una pauta objetiva para evaluar el nivel económico de el/la solicitante y permitir el acceso al servicio de la defensa pública. Se dispuso que sus ingresos mensuales no deben ser superiores al monto obtenido de la suma de dos salarios mínimos vitales y móviles vigentes al momento de evaluar la procedencia⁵.

³ Entiendo que cuando la resolución utiliza el término de “falsedad injustificada” eleva el estándar para aplicar la sanción de cese, impidiendo que este se produzca por una mera falsedad en la información por una omisión, error o desconocimiento. Asimismo, la falsedad debe de caer en los “datos esenciales”, entendiendo estos al requerimiento, los bienes e ingresos con los que cuentan y la conformación de su grupo familiar. De esta manera, se asegura que no existan un cese intempestivo motivado solamente en un mero incumplimiento formal.

⁴ Regulado en el acápite II, punto a.1 de la Resolución en análisis.

⁵ No desconoce que la resolución debe de abordar realidades disímiles. Nótese que el MPD, como institución federal, debe reglamentar para diferentes realidades de múltiples jurisdicciones en las que pautas como la suma de dos salarios mínimos vitales y móviles no aparecen como las más adecuadas a su realidad. Lo cierto es que el índice elegido mantiene una actualización periódica y se corresponde con el criterio, a nivel nacional, para justificar subsidios a las tarifas de servicios, acceder gratuitamente a los centros de mediación pre-judiciales, etc. Para consultar las resoluciones vigentes del Consejo

Paradójicamente, la discrecionalidad en la elección de precisar un parámetro fijo nutre de imparcialidad a la ecuación que se debe de realizar, pues, hasta aquí, se deduce que todo ingreso superior excederá la pauta objetiva y todo ingreso inferior configurará un caso para ser gestionado por la defensa pública.

Sin embargo, la regla tiene aditamentos especiales que permiten a el/la defensor/a valorar si el/la solicitante convive en grupo o tiene personas a su cargo, ponderando los ingresos, egresos y la posible existencia de intereses contrapuestos.

Esta frase funciona como una válvula de escape a la rígida ecuación que estudiamos en primer término. Permite a el/la evaluador/a responder en aquellos casos grises donde la persona supera el ingreso, pero sus egresos se ven reforzados por tener personas a cargo o por las especiales características de su grupo conviviente (como puede ser una persona con discapacidad que requiera de gastos extraordinarios).

A su turno, evaluar posibles intereses encontrados permite superar la barrera impuesta en caso de formar parte de la familia o grupo conviviente de una persona adinerada. En este sentido, si la persona que genera los ingresos altos no es la consultante, pero existen posiciones antagónicas con aquella, resulta válida la interpretación que acuerda otorgar patrocinio o asesoramiento a la consultante porque, en definitiva, carecería de recursos económicos propios para solventar los gastos de un abogado de la matrícula. Una solución diferente reforzaría la situación de violencia económica que se podría generar en una hipótesis como la descripta.

Finalmente, se ratifica a el/la gestor/a de la consulta la posibilidad de solicitar la elaboración de pericias sociales y requerir la información complementaria que crea ne-

del Salario, ingresar en <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/consejodelsalario/resoluciones>.

cesaria; siempre que los datos obtenidos no permitan evidenciar la veracidad de los extremos aportados⁶.

II.2. Situación de vulnerabilidad

Ahora bien, la reglamentación sostiene que si los recursos económicos de el/la solicitante exceden las pautas descriptas, solo procederá el asesoramiento, patrocinio o representación cuando la persona se encuentre atravesando una situación particular en la que se conjuguen condiciones de vulnerabilidad y la imposibilidad de acceso a la justicia, que en la práctica operen como barreras para el reaseguro de derechos fundamentales⁷.

Quiero detenerme en el análisis de esta primera aproximación de la situación de vulnerabilidad como causal de provisión del servicio, porque, a mi parecer, aquí surge un agregado interesante en la norma. Establece una prelación en el razonamiento que utilizamos al momento de evaluar el caso: primero se verifica la limitación de recursos económicos y, si procede, no se necesita demostrar que la persona atraviesa una situación de vulnerabilidad, por lo menos, para decidir aceptar el caso⁸.

La Resolución continúa definiendo que se

consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades especiales para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante el sistema de justicia. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad⁹.

Asimismo, se agrega un presupuesto más al momento de evaluar la solicitud de cobertura. Debe de evidenciarse una relación directa entre la/s condición/es de vulnerabilidad, que afecta/n el acceso a justicia de el/la solicitante, y la pretensión jurídica por la que se requiere la asistencia de la defensa pública.

En otras palabras, la simple configuración de una hipótesis de vulnerabilidad por cualquier causa o condición (particular o concurrente) no generará en el/la evaluador/ra la obligación de asumir la defensa de quien la presente. Se requerirá, además, que se afecte el acceso a justicia y que la pretensión jurídica se encuentre estrechamente vinculada a esta imposibilidad de garantizar derechos fundamentales.

Asimismo, la reglamentación sugiere un mecanismo de consulta para que sirva de resguardo –a quien decida– en el desafío de comprobar esos obstáculos para el acceso a la justicia que se exigen. De este modo, se asocia ese impedimento a la inexistencia de otro servicio jurídico con especialidad en la cuestión que asuma el caso. Para ello, bastará con una consulta no vinculante¹⁰ al colegio público de

6 En este supuesto, vuelve a cobrar importancia la cláusula suscripta en la declaración jurada, en la que se advierte la posibilidad de requerir informes como, por ejemplo, a los diferentes registros de propiedad automotor o de inmuebles o, quizás, a la Dirección Nacional de Migraciones para verificar salidas al extranjero que permitan presumir ingresos no declarados (todo ello, correlativo a la facultad dispuesta en el art. 16 de la LOMPD).

7 Regulado en el acápite II, punto a.2 de la Resolución citada.

8 No desestimo la importancia de conocer si el/la consultante presenta una/s condición/es de vulnerabilidad para la gestión del caso. Por el contrario, concuerdo que resulta imperioso para delinear la estrategia de defensa, pero, justamente, resultará de utilidad una vez que decida aceptar el patrocinio. Aquí lo diríamente es el paso anterior: verificar primero si se trata de un supuesto en el que pueda intervenir la defensa oficial.

9 “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”, Reglas 3 y 4.

10 Se destaca el carácter “no vinculante” de la consulta.

abogados, universidad pública u otra organización de la circunscripción que preste patrocinio letrado.

En una primera impresión, parece que se restringe en demasía la prestación del servicio por esta causal, pero esta fórmula refuerza la lógica de prelación al momento del análisis. En clave de acceso a la justicia, encontramos que aun si las personas superan el ingreso económico establecido en la reglamentación, podrán igualmente acudir a la defensa oficial en estos supuestos particulares.

III. Cambio de paradigma: de identificar a la defensa pública con la pobreza a posicionarla como garante de derechos humanos

La reforma constitucional de 1994, en especial, la incorporación del art. 120, resultó la piedra basal para reconocer a la defensa pública como autónoma y permitir el crecimiento del MPD en su rol de garante de derechos fundamentales. Como consecuencia de esa voluntad constituyente, se dictó la primera Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946, antecesora a la actual LOMPD.

Resulta oportuno referirnos a su contenido para evidenciar el avance normativo –legal y reglamentario– al que se alude en este artículo.

Respecto del tema abordado, su artículo 60 especificaba textualmente que:

Los Defensores Pú blicos Oficiales, en las instancias y fueros en que actúen, deberán proveer lo necesario para la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas

Esta dimensión abarca la hipótesis de que una institución pueda referir que acordaría el patrocinio jurídico en casos como el consultado, pero ello no implicaría autónomamente la imposibilidad de la defensa pública de asumir igualmente el caso por razones de litigio estratégico.

penales, y en otros fueros cuando aquellos fueren pobres o estuvieren ausentes. Para el cumplimiento de tal fin, sin perjuicio de las demás funciones que les encomiende el Defensor General de la Nación, tendrán los siguientes deberes y obligaciones:

a) Ejercer la defensa y representación en juicio como actores o demandados, de quienes invoquen o justifiquen pobreza o se encuentren ausentes en ocasión de requerirse la defensa de sus derechos [...].

La LOMPD actualmente regula la actuación de los/as defensores/as públicos/as oficiales en el art. 42 y adopta la siguiente redacción:

Deberes y atribuciones. Los Defensores Pú blicos Oficiales, en las instancias y fueros en los que actúan, tienen los siguientes deberes y atribuciones específicos, sin perjuicio de los demás propios de la naturaleza del cargo:

a) Ejercer el patrocinio y representación en juicio como actor o demandado, en los distintos fueros, de quien invoque y justifique limitación de recursos para afrontar los gastos del proceso, situación de vulnerabilidad o estuviere ausente y fuere citado por edictos [...].

Como sostuve al comienzo del acápite anterior, la Resolución DGN N° 230/2017 encuentra su explicación en el avance normativo que implicó la sanción de la LOMPD. En esta nueva lógica, se abandona el concepto de “pobreza” y se evoluciona al concepto de “limitación de recursos para afrontar los gastos del proceso y/o situación de vulnerabilidad”. Se abrió un universo de casos en los que puede intervenir la defensa pública, y la adecuación normativa debió ser acompañada con la correspondiente reglamentación para dar respuesta a las nuevas realidades sociológicas.

En orden de técnica legislativa, la disposición vigente deja sin efecto a su predecesora

(Resolución DGN N° 754/1998) que sostenía que “[...]os Defensores Pùblicos en materia civil y comercial, ejercerán la representación de personas ausentes y el patrocinio de quienes invocuen y justifiquen pobreza”¹¹. Como vemos, se deja un amplio margen de discrecionalidad a lo que podría constituir pobreza, pero, gracias a las prácticas de las defensorías, se pudieron delinear criterios orientadores para dirimir la viabilidad de un pedido de patrocinio gratuito.

Esta regla se complementó por medio de la Resolución DGN N° 1210/2012, donde se le asignó una interpretación al binomio persona-pobreza: “cuando la norma alude a ‘personas pobres’ resulta indudable que se refiere a personas físicas o humanas, en tanto se concibe que son quienes pueden hallarse en una situación económica tal que habilite el patrocinio de la defensa pública de acuerdo a los estándares derivados de las disposiciones reglamentarias que rigen la materia”¹².

Ello implicó que, durante la vigencia de la ley 24.946, solo sea factible otorgar asistencia letrada a personas jurídicas vía excepción y requiriendo de un acto administrativo emanado por la máxima autoridad de la Defensoría General de la Nación (DGN) para que se asigne el caso a el/la defensor/a¹³.

11 Resolución DGN N° 754/1998, reglamentación de los artículos 60,63 y 64 de la ley 24.946, Capítulo I, Ámbito Civil, art. 1º.

12 Este precepto tiene su génesis en un pedido de instrucción de una Defensoría Federal de Primera y Segunda Instancia del interior del país. En esta solicitud, se consultó acerca de la posibilidad de patrocinar a una persona jurídica en un caso particular. Ello generó la formación del Expediente DGN N° 1568/2012, que culminó con el dictado de la Resolución DGN N° 1210/2012 dando respuesta al caso particular, pero generando, *obiter dictum*, una interpretación que restringía a los/as defensores/as pùblicos/as oficiales acordar patrocinio a las personas jurídicas.

13 La Resolución DGN N° 644/2015 constituye un ejemplo, en la que se asignó la defensa técnica de una cooperadora de una Escuela Especial de la Ciudad de

Se puede observar que los nuevos conceptos adoptados por el legislador constituyen categorías superadoras que permiten responder a las necesidades dinámicas de la sociedad y a las nuevas figuras jurídicas que acompañan –no siempre con la premura deseada– a los avances legislativos en materia de reconocimiento y protección de derechos.

La propia LOMPD posiciona al MPD como una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, promoviendo toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quien se encuentre en condición de vulnerabilidad (cfr. art 1º).

Esta función principal posibilitó incorporar la asistencia letrada a las personas jurídicas, con especial ponderación de los derechos en juego y las posibilidades de que sean resguardados con la intervención oportuna del MPD.

Tal como sucede con las personas humanas, es el/la defensor/a pùblico/a quien evalúa su intervención y ya no resulta una excepción que requiera de un acto administrativo para habilitar su actuación.

Para evacuar la consulta, primero debe de existir una solicitud de patrocinio por parte de la persona jurídica, pero sus requerimientos deberán versar sobre la necesidad de intervenir en litigios relativos a la protección y ejercicio de derechos fundamentales de aquellos grupos de la sociedad en condición de vulnerabilidad que nuclea la persona jurídica.

A estas condiciones debe sumarse que la persona jurídica no posea servicio legal –interno o externo– y sopesar que, por sus características, no puede contratar los servicios de un abogado de la matrícula¹⁴.

Buenos Aires, realizando una excepción a la regla, que requirió la construcción de argumentos para justificar esa intervención.

14 También se emparenta al trámite de las personas

Por otra parte, con relación a la representación de personas ausentes, existió un cambio en la redacción de la LOMPD que no implicó un mayor impacto en su reglamentación, pero remarcó legalmente la necesidad de cumplir con la citación por edictos, circunstancia que no contempló la ley N° 24.946, aunque sí la Resolución DGN N° 754/1998¹⁵.

En consecuencia, al momento de dictarse las reglas que se aplican en esta representación, se dispuso que es ausente “la persona que, desconocido su domicilio, es citada por edictos a juicio como demandada y, vencido el plazo, no compareciere”¹⁶.

Como sostuve desde el principio, este tipo de representación tiene un origen “legal”, pero no es automática. Existe la posibilidad de analizar si la intervención conferida por el órgano jurisdiccional resulta prematura (por ejemplo, cuando no se cumplió con la citación de edictos) o en exceso de las previsiones normativas (por ejemplo, cuando se otorga intervención por la parte actora).

Además, tampoco implica un impedimento a la administración central para que se dicten buenas prácticas en la materia. Las Resoluciones DGN N° 1247/2006 y 1740/2015, que determinan que no corresponde que las defensorías tomen intervención en las causas en representación de herederos ausentes de la parte actora, lo demuestran¹⁷.

humanas, en tanto se faculta a verificar la inexistencia de otro servicio jurídico con especialidad en la cuestión que asuma el caso.

15 Se puede apreciar su casi idéntica redacción, con un sutil cambio. En la Resolución DGN N° 754/1998, dentro del capítulo I, artículo 2º, se definía que “[s]e entenderá por ausente, a la persona física que desconocido su domicilio, es citada por edictos a juicio como demandada, y vencida el plazo no compareciere”.

16 Resolución DGN N° 230/2017, acápite II, punto c.

17 La Resolución DGN N° 1247/2006 establece los fundamentos para delinear esta recomendación, pero su

IV. Necesidades de cobertura: desafíos legales y reglamentarios

Como corolario, la Resolución DGN N° 230/2017 propone herramientas útiles que permiten abordar las consultas desde una perspectiva de mejora en la atención, meritando diferentes escenarios que permitan a el/la gestor/a del caso nutrirse con pautas orientadoras.

Así, se sostiene una intervención por urgencia que exime de la obligación de tomar la declaración jurada e insta a el/la defensor/a a realizar las actividades procesales que la urgencia o trámite impostergable requiera, sin perjuicio de que, una vez superada la situación, se continúe con el trámite normal para comprobar las variables que justifiquen continuar con su actuación¹⁸.

Además, se dictan buenas prácticas para los supuestos de cesación del patrocinio y/o representación. Se remarca como regla genérica observar “el deber esencial de la Defensa Pública en la gestión de los casos, propendiendo a una defensa técnica efectiva y adecuada y procurando no afectar el deber de confidencialidad (arts. 16 y 20 de la ley 27.149)”¹⁹.

Respecto de los supuestos específicos, la

alcance se circunscribía a la jurisdicción ordinaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Finalmente, la Resolución DGN N° 1470/2015 hizo extensivo los alcances de aquella a todos/as los/as defensores/as públicos/as oficiales que ejerzan el patrocinio o la representación dispuesta por el art. 42, inc. a, de la LOMPD.

18 A prieta síntesis, la urgencia está reglada como una causal autónoma, pero provisoria, para otorgar patrocinio. Si bien aparece como una excepción a la limitación de recursos económicos y la vulnerabilidad, esta excepción está limitada al cumplimiento de una condición: superar la emergencia jurídica. Ello tiene sentido en un sistema que pretende dar respuesta a quien necesita inmediato acceso a la justicia permitiendo a el/la defensor/a utilizar esta alternativa para justificar, momentáneamente, su intervención.

19 Resolución DGN N° 230/2017, acápite III, punto b.

Resolución DGN N° 230/2017 establece que la provisión del servicio público de defensa finaliza en los siguientes casos:

1. Cuando se compruebe la falsedad injustificada en los datos esenciales de la declaración jurada, salvo que el solicitante aún reuniere los requisitos de procedencia previstos en esta reglamentación.
2. En los casos en que se provea el servicio por limitación en los recursos económicos para afrontar los gastos del proceso, cuando se produzca una mejora en la fortuna del requirente -o grupo conviviente- de forma tal que se supere la pauta objetiva dispuesta y el/la Defensor/a Público/a evalúe que no corresponde seguir interviniendo por la causal de situación de vulnerabilidad.
3. En los supuestos de urgencia, cuando se encuentre la medida cautelar resuelta o se haya agotado la medida procesal urgente y resulte, de la evaluación del/de la Defensor/a Público/a, que el requirente no cumple con las pautas establecidas para la intervención de este Ministerio Público en los términos del acápite II de la presente.
4. En los casos que se provea el servicio por situación de vulnerabilidad, cuando desaparezca la condición de vulnerabilidad que motivó la intervención o se remuevan los obstáculos para el acceso a la justicia y no corresponda la prestación del servicio por la causal de limitación de recursos económicos.
5. En los casos de intervención por ausencia, cuando mediare notificación fehaciente al ausente de la existencia de las actuaciones ya sea por cédula, presentación espontánea en el expediente judicial o por acta labrada en el ámbito de este Ministerio Público. Ello, siempre que no corresponda continuar con la intervención de esta Defensa Pública de conformidad con las pautas establecidas en esta resolución.

Cuando se trasmite a el/la consultante el cese de la prestación del servicio o no se admite su solicitud de patrocinio, se genera la obligación de el/la defensor/a público/a de informar al requirente los motivos por los que no procede o se interrumpe el servicio y, siempre que no comparta los fundamentos del rechazo, se le debe hacer saber que puede comunicar su situación a la Defensoría General de la Nación (por cualquier medio)²⁰. Ello opera como un reaseguro para el/la solicitante.

Finalmente, como otro instrumento de ayuda a los/las defensores/as en la gestión, se regula un mecanismo de consulta a la administración central en aquellos presupuestos de duda acerca de la provisión o cese del servicio²¹.

V. Nuevos alcances de la Resolución DGN N° 230/2017

La resolución en análisis introdujo conceptos y prácticas innovadoras que buscan ampliar el marco de intervención en materia de patrocinio y representación, pero su puesta en marcha demuestra que sus alcances atraviesan otros feros e instancias, incluso, sus conceptos fueron receptados por otras disposiciones reglamentarias que se remiten a sus definiciones de forma expresa.

Un ejemplo de esta situación es la Resolución DGN N° 300/2017, que establece las reglas de provisión del servicio para actuar, en sede administrativa, frente a los sumarios

20 La comunicación por cualquier medio puede efectivizarse vía correo electrónico, postal, presencial o hasta ser trasmisita por la misma defensoría que hizo saber los fundamentos a el/la consultante. No debe guardar ninguna formalidad, pero debería procurar dejar en claro los datos de contacto.

21 Tanto en los supuestos de discrepancia de el/la peticionante ante el rechazo o cese como en los supuestos de duda, las comunicaciones a la administración central se sustancian ante la Secretaría General de Política Institucional de la Defensoría General de la Nación.

que se sustancian ante el Banco Central de la República Argentina.

Específicamente, se establece que:

[...] cuando su intervención en el ámbito administrativo sea requerida, los integrantes de este Ministerio Público de la Defensa deberán evaluar su procedencia ajustándose a los parámetros establecidos en la Res. DGN N° 1758/16 y los supuestos que a tal efecto deben considerarse según lo reglamentado recientemente con el dictado de la Res. DGN N° 230/17.

Ello implica que las defensorías y las unidades móviles de letrados que actúan ante el fuero penal económico deben aplicar activamente los preceptos estudiados al momento de evaluar su participación en estos sumarios administrativos²².

Por otra parte, también hay una remisión expresa a la Resolución DGN N° 230/2017 en la reglamentación de la provisión de patrocinio jurídico a víctimas de delitos. Si bien resulta una disposición transitoria, puesto que la Ley 27.372 reconoce una serie de derechos y garantías a las víctimas de delitos y crea la figura del “defensor de víctimas”, hasta que efectivamente entren en vigencia los cargos, toda petición de patrocinio o querella de una víctima se regirá por las disposiciones de la Resolución DGN N° 1459/2018.

En esta línea, refiere que la solicitud de re-

presentación en juicio debe ser requerida por una persona que revista la calidad de víctima y se debe evaluar la limitación de recursos para afrontar los gastos del proceso y/o situación de vulnerabilidad. Textualmente refiere:

Para evaluar el nivel económico del/de la solicitante se debe precisar un parámetro fijo e imparcial que permita determinar una pauta objetiva para habilitar la provisión del servicio. De tal manera, se dispone que los ingresos mensuales del/de la requiriente no deben superar el monto obtenido de la suma de dos salarios mínimos vitales y móviles vigentes al momento de evaluar la procedencia. Asimismo, se tendrá en cuenta si el/la solicitante convive en grupo o tiene personas a su cargo ponderando los ingresos, egresos y la posible existencia de intereses encontrados.

Si los recursos económicos del/de la solicitante exceden las pautas dispuestas anteriormente, sólo procederá el patrocinio o representación cuando se encuentre atravesando una particular situación en la que se conjuguen condiciones de vulnerabilidad y la imposibilidad de acceso a la justicia, que en la práctica operen como barreras para el reaseguro de derechos fundamentales.

[...] Con el objeto de brindar operatividad a las pautas indicadas, podrán utilizarse los lineamientos de la Resolución DGN N° 230/17, disposición que resulta complementaria de la presente (Resolución DGN N° 1459/2018).

Por último, entiendo que la afirmación del título de este artículo se verifica no solamente con las resoluciones precitadas, sino con la utilización de estas pautas en prácticas disímiles, como pueden ser aquellas que surgen de la necesidad de evaluar si en una causa penal se brinda patrocinio a un tercero interesa-

22 Por Resolución DGN N° 1758/2016, se dispuso la intervención de las defensorías y unidades de letrados móviles que actúan ante los Juzgados y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en el marco de los sumarios que se sustancien en la Gerencia de Asuntos Contenciosos en lo Cambiario del Banco Central de la República Argentina, bajo la órbita de la Ley de Régimen Penal Cambiario, texto ordenado 1995 (Ley N° 19.359). Dicha norma desdobló la facultad organizacional en un nuevo acto administrativo (Resolución DGN N° 300/2017).

RODOLFO MARTINEZ

do en la restitución de un bien secuestrado en el marco de la investigación criminal.

No existen dudas de que este tipo de actos, generalmente tramitados incidentalmente, son sustanciados ante un juzgado penal. Pero la naturaleza de la intervención (administrativa - no penal) torna por sí misma aplicables las pautas de la Resolución DGN N° 230/2017, aun sin que este procedimiento se encuentre reglado específicamente.

Por todo lo analizado, entiendo que este acto administrativo se encuentra a la altura del nuevo paradigma que, como ya se dijo, posiciona a la defensa pública como garante de derechos humanos. Attraviesa las prácticas de quien gestione un caso y, principalmente, se desempeña como una herramienta que permite el acceso a la justicia de las personas que se encuentran atravesando una especial situación de vulnerabilidad.

Políticas públicas de acceso a la justicia en marco de pobreza. El Ministerio Público de la Defensa de Nación como actor paradigmático*

Tomas Puppio Zubiría

Funcionario de la DPO ante Juzgados Federales de Azul, docente de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica (UNPaz y UNiCen), magíster en Sociología Jurídico Penal (UBarcelona) doctorando en Cs. Jurídicas (USal).

I. Introducción

El presente trabajo tiene la intención de dar cuenta cómo se han desplegado algunas políticas públicas de acceso a la justicia desde el Ministerio Público de la Defensa de Nación (MPD), dado que el MPD se presenta, desde estas políticas, como un actor paradigmático en un novedoso planteo del acceso a la justicia. La novedad radica en el carácter formalista que ha tenido la noción de “acceso a la justicia” en las instancias de administración de justicia de la región.

Tal novedad responde a que la atención académica y política, entre otras, ha estado marcada por el lugar secundario asignado a la administración de justicia en el mundo de lo público en la región. Tal panorama se ha pretendido modificar introduciendo una reforma legal impulsada desde procesos de globalización e internacionalización¹, como influencia

* El presente trabajo se inscribe en una investigación de mayor envergadura, cuyos avances parciales han sido presentados como tesis de la Carrera de Especialización en Magistratura, de la Escuela del Servicio de Justicia (UNLaM), dirigida por el Dr. Sebastián E. Tedeschi, a quien debo agradecer por los numerosos y valiosos aportes realizados.

¹ La globalización, presentada como un conjunto de relaciones sociales que se generan en tiempo y espacio, implica que un localismo adquiera un alcance global. De allí, que se hable del capitalismo globalizado como proceso de apertura de mercados de países “emergentes” o “en vías de desarrollo” y, en consecuencia, de una hegemonía de la cultura jurídica institucional anglosajona en la región

de actores externos en las políticas públicas del campo jurídico de los países de la región. Esta reforma se ha asentado sobre ideas de democracia, Estado y derecho neoliberal; que priorizan las nociones de libertad individual, igualdad formal y propiedad individual. Así, se pretendió armar un andamiaje jurídico para el Estado post-bienestar (Santos 2001), que entendió el acceso a la justicia de manera formal, en torno al derecho de los individuos a litigar y a defender sus reclamos, como acceso a la justicia del Estado liberal clásico (Manzo 2008).

La reforma en algunos países de América Latina ha pretendido que los tribunales y dependencias sean más eficientes, producir reformas de legislación para acortar tiempos del proceso y brindar legitimación procesal a sujetos antes excluidos, fomentar la asistencia jurídica gratuita e incorporar al sistema los “métodos alternativos de resolución de conflictos” (Manzo 2008). Ninguna de estas reformas ha alcanzado a romper con la reproducción de las asimetrías económicas y culturales que se generaban desde la administración de justicia.

De tal manera, mediante los procesos de constitucionalización de derechos humanos –como el ocurrido en Argentina en 1994– se ha posibilitado una posición neutral sobre el acceso a la justicia y, por ello, la idea de una ayuda legal despolitizada. Esto conllevó una transformación de los conflictos sociales en derechos y, en el ámbito de la administración de justicia, en disputas individuales de derechos (Santos 2001). En este marco, los proyectos y las prácticas de acceso a la justicia que se presentan en el Ministerio Público de la Defensa de Nación parecen desmarcarse de la reforma que le dio origen (con la conformación del Ministerio Público

como órgano extra poder –con autarquía y autonomía–, reforma en que se dio jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos).

II. Propuesta conceptual: accesos y pobreza

La garantía de acceso a la justicia, propia del derecho de igualdad, es configurada en la medida que los Estados deben asegurar que todos los ciudadanos tengan igualdad de oportunidades y hagan efectivo su derecho sin discriminación alguna. Se trata de un derecho que permite hacer efectivos otros derechos que han sido vulnerados o que deben ser reconocidos a quienes acuden ante el sistema de justicia para solucionar sus conflictos jurídicos. Así, se ha afirmado que la posesión de derechos no tiene significado sin los mecanismos para su reivindicación (Cappelletti y Garth 1983) y, del mismo modo, sin la posibilidad de reclamo cuando el derecho es negado desde el mismo ordenamiento.

En este sentido, el acceso a la justicia se presenta como algo más que la posibilidad de presentar un recurso judicial. Esta garantía consiste en el derecho de las personas a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas (PNUD 2005, 7). Desde esta perspectiva, debemos entender el acceso a la justicia como una definición que se expande junto con las prácticas y representaciones de operadores y usuarios del sistema de justicia –y sujetas y sujetos de derecho– tienen entorno a sus necesidades. Por ello, esta perspectiva tiende a desprenderse de la mirada formalista que consistía en el derecho a acceder a un juez para resolver conflictos de afectaciones a derechos. Es decir, se amplía la perspectiva respecto del acceso a la justicia solo como acceso a la jurisdicción. Así, un sistema de patrocinio jurídico gratuito, por ejemplo, no resulta suficiente para dar cuenta de los procesos de amplificación de acceso a los derechos sociales que ocurrieron en los primeros años del

(Santos, 1991). Esta hegemonía sobre América Latina encuentra filiación en el modelo económico neoliberal (que tiene epicentro en los Estados Unidos de América).

siglo XXI, porque muchas de las afectaciones a derechos que se observan o surgen por consulta se pueden resolver de manera más efectiva y eficiente mediante gestiones no judiciales.

Entonces, si para definir el acceso a la justicia se toma el punto de vista del sujeto afectado o que desea reclamar su derecho, se debe incluir allí el acceso a los mecanismos para hacer efectivos sus derechos más allá de la intervención judicial (antes y después). De este modo, se torna relevante que aparezcan y participen los poderes del Estado que superan a los de patrocinio jurídico.

Como consecuencia, la cuestión relativa a acceder a la jurisdicción como forma de proteger o garantizar un derecho se encuentra íntimamente ligada al problema más amplio de “hacer efectivo un derecho”; y, por lo tanto, a la incorporación de estrategias para la efectivización de ese derecho en ámbitos no judiciales. De tal manera, se entiende que la discusión en torno al acceso a la justicia –de sectores vulnerables, por ejemplo, la población encarcelada– es sobre las posibilidades de ejercicio de derechos de manera efectiva. Esto no implica, necesariamente, el acceso a la jurisdicción, sino los medios para satisfacer necesidades jurídicas (ACIJ 2013).

Por su parte, la Defensoría General de la Nación (DGN) nos brinda una noción que permite plasmar estas ideas de acceso a la justicia al entenderlo como la posibilidad de las personas, en igualdad de condiciones, de reclamar y hacer valer sus derechos, y eliminar cualquier situación de desigualdad, discriminación, violencia, maltrato o abuso que estén sufriendo². La idea implícita en esta perspectiva es considerar que el derecho en cuestión se constituye en un indicador de la vigencia y consolidación

de las instituciones democráticas en un Estado de derecho (Gutiérrez *et. al.* 2017, 83).

Del mismo modo, la efectividad del acceso a la justicia aparece como indicador de la amplitud de la ciudadanía, en tanto eficacia de derechos reconocidos por el sistema jurídico y la consecuente posibilidad de su reclamo o defensa (Begala 2012). Esta efectividad puede no concretarse a causa de obstáculos simbólicos, objetivos, subjetivos y, también, formales. Estos últimos se plasman en normas que se traducen en dificultades para acceder a la justicia que, a su vez, generan categorías de personas con derechos diferenciados.

Hablar de acceso a la justicia requiere, especialmente en Latinoamérica, definir qué sectores sociales serán los destinatarios de las políticas de acceso. Es decir, conlleva la necesidad de determinar algunos puntos básicos acerca de la pobreza y la posibilidad de ejercicio de sus derechos fundamentales. Para ello, vale la estimación de diferentes nociones de pobreza; a partir de las que se darán distintos sentidos al alcance de los derechos humanos.

Por un lado, nos encontramos con la idea de pobreza como falta de ingresos, entendiéndola como carencia de ingresos económicos o poder adquisitivo suficientes para satisfacer necesidades básicas para sobrevivir. Así aparecen conceptualizaciones en torno a la pobreza moderada o la pobreza relativa, respecto de los promedios de ingresos de distintos países (o de organismos internacionales).

Por otro lado, si se considera a la pobreza como privación de capacidades, entonces se enfoca en el concepto de bienestar, lo que implica la noción de pobreza en torno a “vidas empobrecidas” y privaciones de libertades básicas que las personas pueden disfrutar. Es decir, se atiende a las privaciones sistemáticas de bienes, servicios y recursos necesarios para la supervivencia y el desarrollo humano, que a su vez se constituyen de manera contextual e interpersonal (Doz Costa 2008).

² De acuerdo con el Convenio de Cooperación que crea el Equipo de Trabajo de la Defensoría General de la Nación en los Centros de Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Finalmente, la pobreza puede ser entendida como exclusión social. Desde esta perspectiva, propia de la década de 1970, se comprende como el impedimento para integrarse a la sociedad de aquellos que no participan en ella –situación que puede darse sin considerar el ingreso específico de cada uno– (Doz Costa 2008, 91).

De allí que diversas concepciones cuenten con implicancias profundamente diferentes en el abordaje de la pobreza teniendo en cuenta la obligatoriedad/operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Entre otros, se destaca la pobreza como el fracaso de libertades fundamentales (Doz Costa 2008, 93) desde una perspectiva de derechos humanos como capacidades básicas que se torna contraproducente en la disputa por el contenido mínimo de derechos económicos, sociales y culturales de los derechos humanos.

De otro lado, se entiende a la pobreza como violación al derecho a no vivir en la pobreza. Esto podría ser interpretado como causa de violaciones a derechos humanos, lo que implicaría una situación segura y clara de protección y despliegue de políticas. O bien como una violación al derecho humano de un nivel adecuado de vida, que aparece como la opción más poderosa y promisoria (Doz Costa 2008, 104) ya que permite proponerse como un objetivo hacia dónde dirigir las políticas públicas, entre ellas, de acceso a la justicia. Desde este punto, podemos abordar algunas características que revisten las políticas públicas de acceso a la justicia en el MPD de la República Argentina.

III. Políticas públicas de acceso a la justicia desde el Ministerio Público de la Defensa

El programa de acceso a la justicia en el Ministerio Público de la Defensa de la Nación³

³ Que mediante Res. DGN n° 400/19 ha pasado a lla-

se ha desarrollado a través de un Convenio de Cooperación con el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación⁴. Tal acuerdo implica, entre otras cosas: “proporcionar una oferta integrada de servicios de información, consulta, derivación y asistencia que se adapte a las necesidades antes mencionadas”⁵. Así, la problemática del acceso a la justicia es abordada también desde el Equipo de Trabajo de la “Causa Riachuelo”, con la finalidad de asistir “a la población en situación de riesgo que debe ser relocalizada de los barrios de emergencia” en su derecho a participar en las decisiones de las autoridades, para preservar los derechos de las familias a acceder a servicios públicos esenciales, educación, salud y seguridad⁶. Tal desarrollo de política pública en torno al acceso a la justicia ha tenido lugar en función de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios – Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”⁷. Sumado a ello, se ha creado el

marse Acceder, a fin de “contar con una denominación fácilmente identificable por la población”.

⁴ En la actualidad, esa cartera se encuentra desdoblada en dos. Por un lado, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; por el otro, el Ministerio de Seguridad de la Nación.

⁵ Cfr. Res. DGN N° 1664 y 1748/2010.

⁶ Este equipo ha sido creado por Resolución DGN N° 720/2014, en la que se pretende que el grupo de trabajo de campo realice “abordaje territorial en garantía de un integral acceso a la justicia de los afectados, quienes así podrán articular con mayor celeridad los distintos reclamos que pudieran suscitarse en el proceso de relocalización dispuesto”.

⁷ Producto de situaciones problemáticas vinculadas con la contaminación de la cuenca Riachuelo-Matanza, que derivaron en que un grupo de vecinos presentaran una demanda en reclamo de la recomposición del ambiente y la creación de un fondo para financiar el saneamiento. En aquella causa, se responsabilizaba por daños y per-

Programa de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Programa DESC, resolución DGN N° 905/2016), para desplegar abordaje territorial y acercar información a las comunidades sobre derechos de los pueblos indígenas y, especialmente, sobre el rol del Ministerio Público de la Defensa como actor fundamental en materia de acceso a la justicia⁸.

Así, nos encontramos con una primera aproximación de aquello que puede encontrarse en juego en la idea de “acceso a la justicia”. Por un lado, actividades desde este organismo que implican información, consulta, derivación y asistencia; con el fin de difundir las posibilidades de ejercicio de derechos y las instancias formales de reclamo al respecto. También la consulta sobre casos o problemáticas concretas que los usuarios podrían efectuar al Equipo Acceder, cuya respuesta podría consistir en la derivación de los usuarios a una oficina del ámbito jurisdiccional o de otros espacios estatales con la especificidad necesaria para resolverlos. Aquí se presenta esta instancia como una oficina *multipuertas*, desde la que se muestran las vías de acceso al ejercicio de derechos mediante la formulación

juicios al Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a 44 empresas. Posteriormente, se amplió la demanda hacia los 14 municipios de la provincia de Buenos Aires por los que se extiende la Cuenca Matanza Riachuelo. El 8 de julio de 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó un fallo histórico donde se determinó quiénes son los responsables de llevar adelante las acciones y las obras de saneamiento, el plazo en que deben ser ejecutadas, dejando abierta la posibilidad de imponer multas para el caso de incumplimiento.

8 Mediante la resolución DGN N° 1599/16 fue creado el “Proyecto de Promoción y Difusión de los Derechos de los Pueblos Indígenas”. El proyecto mencionado, incluyó dos aspectos: por un lado, se elaboró material de difusión de derechos y, por otro lado, se convocó a defensores públicos oficiales de Eldorado (Misiones) y Neuquén (provincia homónima), respectivamente, para participar de la actividad a partir de la realización de talleres sobre acceso a la justicia en comunidades indígenas.

de reclamos para hacerlos valer y oficinas de resolución de los conflictos de la población.

Asimismo, en el Convenio se prevé una noción de acceso a la justicia vinculada con “la posibilidad de las personas, en igualdad de condiciones, de reclamar y hacer valer sus derechos, y eliminar cualquier situación de desigualdad, discriminación, violencia, maltrato o abuso que estén sufriendo”. Desde allí, vale hacer referencia al acceso a la justicia –en la perspectiva de esta política pública– como posibilidad; como condición de que algo pueda acontecer. En este caso, se trata de que derechos puedan ser ejercidos efectivamente o que puedan hacerse valer. A ello, se le suma la expresión de igualdad de condiciones para tal posibilidad, que incorpora, necesariamente, un aspecto material del acceso a la justicia.

Una reflexión que pretenda abordar alguna noción de justicia implica introducirse en la discusión acerca de la igualdad. Desde una mirada crítica del derecho la igualdad, no será únicamente igualdad ante la ley, ya que el discurso jurídico sobrepasa a la ley y, por ello, cabe referirse a una igualdad en la posibilidad de acceso al efectivo ejercicio de derechos, situación en la que el servicio de justicia y, en concreto, esta política pública del Ministerio Público de la Defensa tiene un lugar preponderante.

En la misma dirección, en el Convenio de Cooperación se postula como finalidad “asegurar el acceso a la justicia de la población en general, especialmente de los sectores más vulnerables, se presenta como una exigencia de justicia social al igual que un indicador de vigencia y consolidación de instituciones democráticas en un Estado de Derecho”. Con el enfoque en los sectores de la población más vulnerable, el contenido de este programa de acceso a la justicia resalta a la justicia social como horizonte de igualdad. Esta noción, en tanto significante, se presenta vinculada al ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales como su referente. Esto permite entender

el concepto de igualdad como la posibilidad de reconocer los derechos sociales prestacionales a determinados sectores de la sociedad, labor que aparece emprendida por este órgano del servicio de justicia como política social. Tal política se plantea como una instancia de derecho a la tutela, en tanto se propone, como actividad, la de asistencia principalmente de sectores de la sociedad atravesados por alguna noción de pobreza (exclusión).

De tal modo, se pretende el derecho a la tutela como garantía de ejercicio de, fundamentalmente, los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos están dirigidos al ser humano en su condición social, no ya como individuo. La igualdad que se propende en el Programa DESC guarda relación con la realización de prestaciones asumidas por el Estado y por particulares (Pietro Sanchís 2001, 27)⁹. Desde esta óptica, resulta posible entender que el servicio de justicia que se asienta sobre los derechos prestacionales adopta una mirada de igualdad sustancial.

En ese sentido, entre los criterios y principios establecidos en el marco del desarrollo del Equipo de Trabajo Riachuelo, se resalta garantizar el derecho de todos los habitantes a la vivienda adecuada, para que las relocalizaciones no constituyan desalojo forzoso. Esta circunstancia refleja una adopción –al menos, tácita– de presupuestos epistemológicos propios de una tradición *comprendivista*¹⁰ en las ciencias sociales. Así, la manera en la que se entiende a los usuarios del servicio de justicia reconoce la necesidad de abordar problemas que serán producto de la sociedad, no ya de individuos aislados –concepción propia

de una tradición naturalista o positivista en ciencias sociales–.

En ese sentido, el trabajo del Equipo Riachuelo se desarrolla a partir de la necesidad de garantizar el derecho a la información y a la participación de las personas afectadas, usuarios del servicio de justicia, que serán relocalizadas por la sentencia de la causa “Mendoza”¹¹. Este derecho a la información, que se supone individual y colectivo, es una condición de posibilidad del derecho a participar. Este implica una perspectiva de la sociedad –que se traduce en el diseño, formulación y aplicación de políticas públicas– como la que se ha descripto, ya que aquellas miradas que hacen a la problemática social concreta difieren en tanto se modifica el punto de vista. Desde esta perspectiva, se propone repensar los procesos de criminalización, atendiendo a los aspectos estructurales que los generan, por posibilidades de acceso a la justicia como posibilidad de ejercicio de derechos.

De esa manera, estas instancias se presentan como alternativas a las propias de la política criminal y criminología tradicionales, que pensaban en actuar contra las violencias subjetivas e individuales. En dichos programas, podríamos ver un germen de políticas públicas que se presentan en clave transformadora, desde una sociología jurídico penal. Esto significa:

- 1) En lugar de actores (participantes en el pacto), hablaremos de las víctimas (de los excluidos del pacto); 2) en lugar del hombre como centro del universo y de la naturaleza, hablaremos del policentrismo de la naturaleza y del respeto de ella por parte del hombre; 3) en lugar del extranjero, hablaremos de nuestro “ser extranjeros a nosotros mismos”; 4) y finalmente hablaremos de alianza, en lugar de contrato (Baratta 1998, 13).

9 En esta dirección, se ha hecho referencia a la noción de *gubernamentalidad* que entra en juego al momento de hablar de políticas públicas y derechos prestacionales, y de las instancias de las que provienen aquellos.

10 Al respecto, resulta claro el panorama propuesto por Schuster (1995).

11 Estos y otros aspectos se ponen de relieve en el Anexo A de la Res. DGN N° 720/2014.

Ahora bien, cuando se hace referencia al Estado de derecho junto con la pretensión de justicia social, resulta posible hablar –en términos históricos– de un Estado de providencia, que postuló combatir la desigualdad mediante políticas sociales y la exclusión mediante la re inserción social, como políticas asimilacionistas¹² (Santos 2003, 131). En el Estado capitalista moderno, la desigualdad es gestionada para ser mantenida dentro de límites que hagan viable la integración subordinada. Respecto de la exclusión, la función del Estado reside en distinguir cuáles son las diferencias que pueden ser objeto de asimilación, o de segregación, expulsión o exterminio, para que sean validadas socialmente. De tal manera, el Estado de providencia –expresado principalmente en políticas sociales¹³– se orientó hacia la desigualdad, mientras que la política cultural y educacional, hacia la exclusión (Santos 2003, 133). El estado de providencia encuentra allí su correlato con una idea del conflicto social institucionalizado, en contraposición a un Estado que tiene una intervención residual, que se limita a sus funciones represivas; que avanza contra aquellos que ponen en riesgo los únicos bienes que pueden ser asegurados por él mismo para la rentabilidad del mercado, como la integridad física y la circulación del dinero (Böhm 2013, 319).

Frente a esto, la propuesta del Convenio supone adoptar una postura sobre el lugar del Estado para atender aquellas “situaciones problemáticas”. Tal perspectiva supone promover políticas que se desmarcan de la penalización (o criminalización), como estrategia de las sociedades contemporáneas frente a condiciones indeseables, ofensivas o amenazantes

(Wacquant 2009, 25). Ello parece explicitar que esta política pública se inscribe en un quiebre con la idea de un Estado que reduce su autoridad pública en el campo económico, en tanto pretende liberar las fuerzas creativas del mercado; y se fortalece en el ámbito del mantenimiento del orden social y moral, ya que busca someter a los más desfavorecidos propugnando garantizar la “seguridad” cotidiana (Wacquant 2009, 49).

Así, se desmarca esta política pública de la noción de Estado que se despoja de responsabilidad económica y tolera alto nivel de pobreza y desigualdades, propia del neoliberalismo. Ese desmarque se visibiliza en el énfasis sobre los sectores más vulnerables de la sociedad, en virtud de entender que su situación se debe a desigualdades de índole material, que se traducen en desigualdades simbólicas. Ello conlleva no poner el eje en el individuo, propio de una filosofía punitiva y paternalista que resalta la responsabilidad individual producto de la “guerra contra el crimen”, cuya víctima es el ciudadano que sufre de inseguridad (Wacquant 2009, 31).

De todas maneras, no hay actores externos al Estado –especialmente, en el ámbito nacional– que desarrollen políticas públicas de acceso a la justicia, por lo tanto, la producción y diseño de programas de gobierno se encuentra concentrada en el Estado. Así, se piensa al gobierno de los hombres de manera distinta a aquella que se propone desde la noción de gubernamentalidad, que pretende pensar que con el desarrollo del neoliberalismo el gobierno sobre los hombres se ha distribuido en diversas instituciones que van más allá del Estado (Foucault 2009, 144).

El trabajo del Equipo Riachuelo supone una excepción a lo anterior, porque necesariamente debe involucrar su trabajo (por el fallo de la CSJN) con actores del “tercer sector”, en la implementación y control de las políticas públicas de relocalización de personas

12 La noción de asimilación se presenta como el objetivo de integrar a “todos” aquellos que se han desviado, que no se han mantenido en los márgenes de la norma estatuida desde el centro.

13 Aquí se hace referencia a la integración mediante el trabajo y el consumo.

afectadas por la situación problemática en la Cuenca Matanza-Riachuelo. Esta incorporación de organizaciones no gubernamentales al cuerpo de control del plan de saneamiento implica la adopción de una lectura de las políticas públicas, propia de la gubernamentalidad. Así, el MPD parece reacomodar su trabajo en función de nuevas y diversas formas de caracterizar el gobierno que, en algún momento, fue el rol del Estado.

IV. Teorías y prácticas del derecho desde el MPD: hacia diversas localizaciones

Si bien tradicionalmente se asignó al juez el rótulo de ser “la voz de la ley”; en la actualidad, aparecen con las políticas públicas de acceso a la justicia en el campo de la teoría “enfoques en los que la actividad jurisdiccional se piensa como una función constitutiva del sentido con el que el discurso del derecho se despliega y se materializa” (Cárcova 2009, 154).

En esta perspectiva parece situarse el equipo Acceder, al sostenerse sobre la finalidad de “remover barreras estructurales para facilitar el acceso a la justicia basado en las necesidades jurídicas de los sectores más vulnerables de la población mediante la integración de los distintos operadores involucrados en la materia”. Esta integración de operadores da cuenta de la interdisciplinariedad desde la que se piensa su actividad. Al mismo tiempo, involucra discursos que no se agotan en lo jurídico. Tal integración supone la participación de operadores provenientes de distintos campos de saber, por ejemplo, el Equipo Riachuelo está integrado por cuatro abogados, una trabajadora social, una socióloga, una antropóloga, un arquitecto y un licenciado en comunicación.

Su participación¹⁴ ratifica aquellos cruces

y vinculación del discurso jurídico con otros discursos; que se imbrican con la intervención de los programas y comisiones del MPD que abordan temáticas de asistencia a peticionantes de refugio; derechos del migrante; tratamiento institucional de salud mental; trabajo con niñas, niños y adolescentes; atención de la violencia de género; de la violencia institucional, entre otras.

Este abordaje ratifica la idea de interdisciplinariedad que se presenta en el rol de los operadores de este programa. Tal característica se complementa con el abordaje de las situaciones problemáticas que se desmarca de resolver tradicionalmente un problema jurídico¹⁵, para intervenir en las situaciones problemáticas de modo integral, involucrándose con las circunstancias que ubican a los sujetos en tales situaciones, en particular, las de especial vulnerabilidad. Abordar los problemas de sujetos que se encuentran atravesados por distintas categorías que hacen a su vulnerabilidad requiere hacerse cargo de esas categorías y proponer –al menos– soluciones de conflictos que las integren.

En esa operación, el programa de acceso a la justicia Acceder parece inscribirse. Pretende, también, brindar capacitaciones de formación a aquellos agentes que se desempeñan en los CAJ, en función de las problemáticas de grupos sociales de especial vulnerabilidad. En el “Protocolo de Actuación” de Acceder se establece que los operadores que se desempeñen allí serán

malidades correspondientes para encauzar peticiones y/o reclamos; de revinculación de los pupilos con sus respectivas unidades de defensa; y de derivación a las defensorías de su institución en todos aquellos casos que corresponda”.

14 Con la noción de *resolución tradicional* de un problema jurídico se pretende hacer referencia al modo de optar por una decisión de derecho que desactive un problema jurídico. Esto es, por ejemplo, frente a una situación de usurpación de una propiedad privada, tradicionalmente se optará por desalojar o no a los individuos que la llevan adelante.

14 El Acta Complementaria del Convenio establece la “orientación general respecto a los roles institucionales y competencias de diversos organismos públicos y las for-

empleados móviles (art. 3). Esto implica que se movilizan por los distintos CAJ, que se encuentran distribuidos por distintos barrios de la Ciudad de Buenos Aires¹⁶, en horarios que distan de ser los judiciales¹⁷, ya que se coordinan los momentos de atención en virtud de las necesidades de los usuarios, que pueden recolectarse gracias a la cercanía y cotidianidad en el trato con los habitantes de cada zona.

Principalmente, la distribución de los CAJ responde a una exploración previa de los lugares geográficos en donde se han advertido mayores niveles de conflictividad social. Asimismo, estos suelen coincidir en torno a necesidades estructurales de vivienda, y localización de sectores de la población que han sido históricamente ubicados en el lugar de la otredad. Con ello, vale referirse a sujetos atravesados por fenómenos de migración, pobreza y diversos aspectos de una violencia estructural. Se prevé que los empleados del programa “deberán intentar responder las consultas y solicitudes de las personas que soliciten entrevista allanando las dificultades del lenguaje y de comunicación en caso de que las hubiera”, ello procurando:

[...] no derivar al consultante a trámites burocráticos complejos o difíciles en atención a su situación de vulnerabilidad, o a enfrentar barreras institucionales o estructurales para acceder a sus derechos, priorizando la respuesta rápida, eficaz y sencilla, y guiados por un espíritu de comprensión y ayuda a la persona en situación de vulnerabilidad (art. 5).

16 El trabajo del equipo Acceder se circunscribe a los CAJ situados en los barrios Lugano 1 y 2, Liniers, Constitución, Montserrat, Villas 21/24, 20, 26, 1.11.14, Soldati, 31 y 31bis de la CABA.

17 El horario de atención al público de los organismos tradicionales del servicio de justicia, generalmente, comienza a las 7.30 de la mañana, hasta las 13.30 horas.

Esto implica que los operadores jurídicos deben reconocer la necesidad de que los usuarios del servicio de justicia participen en la conformación del discurso jurídico. Es decir, allí donde se pretende resolver alguna situación problemática, estos operadores jurídicos se encuentran en un lugar de relevancia al momento de considerar a este discurso como un entrelazado de discursos sociales diversos, por ejemplo, las voces de los destinatarios de estas políticas públicas. De acuerdo con esto, los discursos que circulen en este nivel del imaginario social¹⁸ conformarán el discurso jurídico.

En este sentido, al incorporar en su formulación a quienes se hallan en condiciones de vulnerabilidad, este programa se hace cargo de lo negado, de lo invisibilizado y, por lo tanto, de los reclamos de reconocimiento (Ruiz 2008).

Desde el trabajo del Equipo Riachuelo, el acceso a la justicia como política pública ha alcanzado otro nivel: el de patrocinio y participación activa en representación de intereses colectivos. Ello debido a que los operadores de este Equipo están llamados a canalizar las demandas de la población afectada y proveer asistencia integral, especializada y de proximidad. Entre las funciones asignadas, se destaca la “divulgación de los derechos y de los medios pertinentes para hacerlos efectivos”. Aquí también se resalta la necesidad de abordajes interdisciplinarios de las situaciones problemáticas con las que se encuentran los usuarios de estos programas, reflejada en la variedad de disciplinas de los operadores que integran el Equipo.

Desde este lugar, nos encontramos con la

18 Así, Enrique Marí (1986) entiende al imaginario social como los mitos, ficciones, prácticas extra discursivas, en donde se inscribe el discurso del orden, que lo hacen posible, que prepara a los cuerpos para su recepción. Es el lugar en el que se hacen materialmente posibles las condiciones de reproducción del orden. Opera mediante los símbolos más eficaces de cada sociedad, en el sentido común, en la voluntad, en el deseo.

idea de derecho como instancia de discusión pública acerca de situaciones problemáticas que acontecen en sectores vulnerables de la sociedad, en la que el derecho a la palabra se presenta como la garantía de ejercicio de cualquier otro derecho. De modo que la recepción, por parte de este programa, de usuarios del servicio de justicia, su patrocinio y representación, incluso de sus intereses colectivos, aparece como un momento en una red de multiplicidad de sentidos, en la que estos sujetos no solo son destinatarios de políticas para el ejercicio de sus derechos, sino que se constituyen en autores de sus derechos (Ost 1993).

Por su parte, en estas políticas subyace la idea de un Estado presente por la mirada activa del conflicto que produce un modelo donde se genera y articula demanda dentro de la sociedad, lo que supone una concepción de la defensa pública en la que sus operadores no esperan que les llegue el conflicto para iniciar su intervención, sino que buscan darle imperio real y concreto al acceso a la justicia, dándole visibilidad al habitante que la sociedad invisibiliza (Cormick y Golodny 2013, 114). De tal manera, se pretende tornar visible aquello invisibilizado como producto de la exclusión y ausencia de posibilidades en el acceso a la justicia. Esta idea de que los operadores no esperen a que llegue un conflicto para intervenir, sino que intervengan en el posicionamiento público del reclamo, se complementa con la distribución de las instancias geográficas del trabajo de acceso a la justicia. Los operadores se adentran en el barrio, conocen específicamente y de primera mano las problemáticas y realidades que se viven y, en ocasiones, interactúan con los vecinos y organizaciones de la zona. Estar presente en el lugar donde se generan las demandas también exige un significativo trabajo en el plano de lo simbólico, porque muchas veces el accionar del Estado –en tanto esta palabra engloba todas las instituciones que entran al barrio– resulta contradictorio (Cormick y Golodny 2013, 115).

Esto requiere que exista algún tipo de relación previa de alguna instancia institucional con el territorio. De allí la importancia del rol que ocupan los CAJ en el trabajo de acceso a la justicia¹⁹. Se presentan como la condición de posibilidad de ese vínculo entre el Ministerio Público de la Defensa y el territorio, permite que los operadores puedan vincularse con los habitantes del barrio, del mismo modo que permite que la población del barrio tenga posibilidad de referenciarse en las oficinas instaladas, dado el tiempo que llevan allí y los contactos previamente establecidos, relacionados con la vida pública del barrio.

Las sedes de los CAJ en las que se desempeña el equipo Acceder se encuentran situadas especialmente en el sur de la Ciudad de Buenos Aires, en algunos de los asentamientos de mayor densidad poblacional. Esto parece responder a criterios (no explicitados) de selección de lugares a insertarse territorialmente en función de presuntas mayores necesidades o mayor cantidad de reclamos en aquellos ámbitos geográficos²⁰.

De cualquier manera, resulta posible en-

19 Los CAJ, dependientes de la Dirección Nacional de Promoción y Fortalecimiento para el Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, han sido creados bajo la perspectiva de “una concepción del Acceso a la Justicia que tiene una doble dimensión: es tanto un derecho humano fundamental, como una garantía que permite el respeto y el restablecimiento de los derechos desconocidos o quebrantados. Su responsabilidad primaria es: a) Promover, facilitar y fortalecer el Acceso a la Justicia por parte de los ciudadanos. b) Conducir e impulsar las actividades relacionadas con los programas jurídicos y sociales de atención comunitaria. c) Atender el tratamiento de las demandas de los ciudadanos mediante acciones que permitan la satisfacción de las mismas, en el marco de las competencias asignadas”, de acuerdo con la resolución de creación.

20 Sin embargo, ante la ausencia de información explícita acerca de los motivos por los que se resuelve disponer el trabajo del Equipo a unos CAJ y no a otros, se pretenden incorporar las voces y las representaciones de los operadores que allí se desempeñan.

tender que se trata de una política de descentralización, debido a que las defensorías oficiales están en el centro de la Ciudad de Buenos Aires, tal como los juzgados y fiscalías de los fueros ante los que cumplen funciones. La descentralización supone dar cuenta de las barreras geográficas existentes para el acceso a la justicia junto con las dificultades estructurales que reproducen tales barreras, por ejemplo, la imposibilidad de traslado por motivos económicos o el desconocimiento de aquellas oficinas que atenderían las situaciones problemáticas.

Esta descentralización, en los CAJ, permite también que se establezcan relaciones con otras instancias que aceleran y desburocratizan la atención de las problemáticas que se presentan, debido a que los CAJ suelen contar con oficinas de información y/o atención de diversos ministerios del poder ejecutivo²¹. Ello significa una vinculación inmediata con las instancias jurisdiccionales que hacen efectivo el ejercicio de derechos, cuyo reclamo en la vía administrativa puede ser agotado allí mismo. Esto puede ser resuelto de manera pronta, porque en algunos de los CAJ se concentran los trabajos de diversas instancias, entre ellas, la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires y Defensoría del Pueblo de la CABA. A ello se suma la intervención con los programas y comisiones de la Defensoría General de la Nación.

V. Desafíos y reflexiones finales

Si bien, como se dijo, se presentan como despliegues de políticas públicas novedosas, la manera en que se componen los equipos Ac-

ceder y Riachuelo han encontrado algunas limitaciones. En los procesos de conformación de los equipos, se toman en consideración evaluaciones de aptitudes y antecedentes, que bien podrían considerarse oficiales. Los puntos en juego versan acerca de conocimientos formales de las disciplinas que interactúan en estos programas. De esa forma, si bien se prevén instancias de ingreso democrático a la institución, no se establecen condiciones de ingreso que garanticen la conformación de estos equipos de trabajo con integrantes de la población en la que se desempeñan.

De esta manera, podría pensarse que el abordaje de las situaciones problemáticas de aquellas poblaciones destinatarias de los programas de acceso a la justicia podría verse enriquecido si se incorporan discursos, creencias y perspectivas propias de sujetos socializados en su interior. Tal incorporación, mediante el ingreso en estos equipos de personas pertenecientes a las poblaciones destinatarias de estos programas, podría suponer que los procesos de definición de las situaciones problemáticas conllevan cierto reconocimiento de la alteridad, se hacen cargo de las experiencias, creencias y vivencias de aquellos a quienes interpela.

Así se plasma una perspectiva del acceso a la justicia que se entiende no solo como el aporte de un abogado o una posible solución legal a un conflicto o consulta, sino también pensar a la justicia como ejercicio de derechos que puede ser abordado tanto administrativa como judicialmente, por medio de una elevación de la consulta a los defensores, así como mediante la realización de reclamos en aquellas instancias desde las que se vulneran tales derechos.

De cualquier manera, la noción de descentralización se expresa únicamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Pese a que los CAJ han sido distribuidos con cierto criterio de federalización, ya que existe

21 Entre otros, Ministerio del Interior, relativo a temáticas vinculadas con documentación y trámites ante la Dirección Nacional de Migraciones; del propio Ministerio de Justicia, en torno a los registros de personas, de propiedad, etcétera.

al menos uno en cada provincia²², el equipo Acceder solo se desempeña en algunos puntos de la CABA. Las limitaciones territoriales encuentran su excepción en el despliegue del equipo Riachuelo, que ha relegado su labor en la CABA a la Defensoría General de la Ciudad, para concentrar esfuerzos en aquellos sectores de población que habitan en distintas localidades del conurbano bonaerense.

Así, esta política pública aparece como una instancia con despliegue territorial que se involucra, por el modo en que se encuentra formulada, en quiebre con miradas formales acerca del acceso a la justicia. El acceso a la justicia entendido como acercamiento de las instituciones al territorio, a la población vulnerable o vulnerabilizada, supone una disrupción.

De cualquier manera, la labor del Ministerio Público de la Defensa implica –consciente o inconscientemente– una repolitización del problema del acceso a la justicia y la ciudadanía (Santos 2001). En ese camino disruptivo, quizá aparezcan más y nuevas formas de lograr un acercamiento a través de instituciones que sean atravesadas por el territorio. Este cambio supondría una nueva institucionalidad, que se nutra de saberes populares y situados, lo que conllevaría un nuevo quiebre, una disrupción epistemológica en la constitución de (qué es) la justicia.

Bibliografía

ACIJ. 2013. *Sectores populares, Derechos y Acceso a la Justicia. Un estudio de necesidades legales insatisfechas*. Buenos Aires: ACIJ. <http://acij.org.ar/wp-content/uploads/2014/06/Informe-Sectores-populares-derechos-y-acceso-a-la-justicia.pdf>.

²² Vale destacar que, en algunas provincias, las más extensas territorial y poblacionalmente, se ha establecido más de un CAJ. Tal es el caso de Buenos Aires.

Baratta, A. 1998. “El Estado-mestizo y la ciudadanía plural Consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza”. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXVIII, 1: 25-48. Traducción del italiano de Juan Carlos González Pont.

Begala, S. 2012. “El reconocimiento diferenciado de derechos: primer obstáculo al acceso a la justicia de las personas migrantes”. *Derecho y Ciencias Sociales. Acceso a la justicia*, 6: 3-24. ISSN 1852-2971.

Böhm, M. L. 2013. “Políticas de seguridad y neoliberalismo”. En: Fernández Steinko, A. comp. *Delincuencia, finanzas y globalización*: 307-334. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

Capelletti, M. y Garth, B. 1983. *El acceso a la Justicia*. La Plata: Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata. Traducción de Amaral S.

Cárcova, C. 2009. *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires: Lexis Nexis.

Cormick, M. y Golodny, F. 2013. “La descentralización como herramienta de acceso a la justicia. El caso de la Oficina de Orientación al Habitante”. En: *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 4: 113-119. ISSN 1853-5828.

Doz Costa, F. 2008. “Pobreza y derechos humanos: desde la retórica a las obligaciones legales – una descripción crítica de los marcos conceptuales”. En: *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, 9: 87-104.

Foucault, M. 2009. *Seguridad, territorio y población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

- Gutiérrez, Mariano H., Roberto, C.; Marta, L. y Meincke J. 2017. "El trabajo de Acceso a la Justicia". En: *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, 12: 83-95.
- Manzo, A. 2008. "Reforma Judicial en América Latina. Globalización y Desigualdad Social: Acceso a la Justicia?". En: *Revista Actualidad Jurídica, Nuevo Enfoque Jurídico*: 9884 - 9900.
- Marí, E. 1986. "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden". En: *Revista Doxa*, 3: 93-111. ISSN 0214-8876.
- Ost, F. 1993. "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez". En: *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, 8: 101-130. ISSN 1667-4154.
- Pietro Sanchís, L. 2001. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial". En: *Ley, principios, derechos*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Dykinson, 1998, pp. 69-116.
- PNUD. 2005. *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia*. Buenos Aires: Instituto Talcahuano.
- Ruiz, A. E. 2008. "Asumir la vulnerabilidad". En: *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia, III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensoría Pública*, 37-46. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa.
- Santos, B. de S. 2003. "Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia". En: *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, capítulo 5, 125-165. Bogotá: Ilsa/Universidad Nacional de Colombia.
- 2001. "Derecho y democracia: la reforma global de la justicia". En: Sousa Santos y García Villegas. *El calidoscopio de las justicias en Colombia*, capítulo III. Bogotá: Siglo del hombre Editores y Universidad de los Andes.
- 1991. *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).
- Schuster, F. 1995. "Exposición". En: AA.VV. *El oficio de investigador*, 11-51. Buenos Aires: Homo Sapiens Ediciones, Instituto de Investigaciones en Ciencias de la Educación, Facultad de Filosofía y Letras, UBA.
- Wacquant, L. 2009. *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.

“Al resguardo de la seguridad nacional”. Criminalización y militarización de la frontera La Quiaca (Argentina) - Villazón (Bolivia)*

Andrea López

Doctora en Comunicación por la Universidad Nacional de La Plata y Licenciada en Comunicación Social por la Universidad Nacional de Jujuy. Actualmente es Becaria Posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y Docente e investigadora de la Universidad Nacional de Jujuy. Participa de proyectos de investigación SECTER-UNJu y CEHCME-UNQ. Publicó en 2013 –en coautoría con Melina Gaona- el libro Género, comunicación y cultura: En dos organizaciones de San Salvador de Jujuy, como así también distintos artículos en revistas académicas y capítulos de libros.

I. Introducción

En los últimos 30 años, se desarrolló en buena parte de Latinoamérica, con diversos momentos de surgimiento, ritmos e intensidades en los distintos contextos, un giro punitivo (Hallsworth 2006 y Garland 2005). Hablamos de un crecimiento generalizado de políticas penales basadas en estrategias excluyentes y estigmatizadoras que apuntaron a anclar la multiplicación de estereotipos de alteridad radical y profundizar movimientos sociales y políticos ligados a la vigilancia.

El presente trabajo está contextualizado en la frontera argentino-boliviana en el límite La Quiaca-Villazón, y tiene como objetivo reflexionar sobre diferentes procesos que tuvieron lugar en estos espacios y que modificaron la vida de las y los pobladores de la zona. Específicamente, nos referiremos a las transformaciones que enfrentan las mujeres bagayeras, mujeres que trabajan cruzando mercadería desde Bolivia hasta Argentina por circuitos que evitan el control aduanero y de gendarmería¹.

* Gran parte de las reflexiones de este trabajo se enmarcan en la tesis doctoral “Esto no es droga ni coca, es solo ropa. Experiencias de mujeres bagayeras en dos fronteras argentino-bolivianas. Configuraciones del Estado, espacialidades y corporalidades”, presentada en la Universidad Nacional de La Plata.

1 Otras fronteras del país, e incluso en los mismos espacios analizados, figuras semejantes reciben el nombre de

Para ello, trabajamos con un método de investigación abierto (Guber 2014) que consistió, principalmente, en reflexiones del estar allí, en ambas ciudades fronterizas, fundamentalmente en cada uno de los espacios que requiere la presencia de las mujeres para completar su trabajo, a fin de dar cuenta de cómo la criminalización, ficcionalización y militarización de estos espacios agudizó la crudeza y conflictividad (físicas y simbólicas) de las fronteras y de su “atravesamiento”.

II. La frontera argentino-bolivianas en el límite La Quiaca-Villazón

Usar la palabra “frontera” sin contextualización alguna, para pensar en cualquier tipo de situación en la que la idea de límite esté presente, tiende a homogeneizar las experiencias de cruce de hombres y mujeres que suelen ser muy distintas. Resulta revelador adoptar una perspectiva que permita ver las desigualdades estructurantes de poder entre las y los pobladores y los Estados, así como las identificaciones fuertemente distintivas. El estudio de fronteras requiere, entonces, escapar a las versiones estáticas y homogéneas de culturas unívocas. Por ello, en este apartado comenzaremos exponiendo nuestra concepción de las fronteras como algunas especificaciones de los espacios en los que se ancla dicho trabajo.

Cuando hablamos de frontera, no hacemos referencia a un concepto abstracto, no se refiere a una línea, sino, por el contrario, designa un área que forma parte de una totalidad; las orillas de la región interior de un país. Esas fronteras no son naturales ni esenciales, son productos de acuerdos históricos que surgieron de las relaciones entre los Estados y su vínculo con las y los pobladores locales (Albuquerque 2010). Las fronteras son de origen social, no geográfico. Únicamente

después que haya surgido el concepto de una frontera, la comunidad que lo concibió puede ligarlo a una configuración geográfica. Solo existen aquellos límites que se buscan establecer en determinados lugares geográficos y en determinados momentos de la historia (Hansen 2007). Esta diferenciación entre distintos territorios suele avanzar en la medida en que la sociedad se vuelve más estructurada. Así, las fronteras son producto de evoluciones históricas que pueden tener sus períodos conflictivos y dolorosos.

Entonces, las fronteras y sus ciudades fronterizas son creaciones de los Estados nación en pos de la soberanía territorial que esgrimen el límite material de la ficción espacial de las naciones concebidas como puerta de entrada o salida al territorio nacional, márgenes de la ciudadanía en su articulación espacial. Son los bordes que delimitan el alcance espacial del sistema de derechos, deberes y garantías de un Estado para sí, pero además son la escritura que crea esa misma espacialidad. El borde fronterizo crea la cartografía oficial del Estado, vigente cada vez que se piensa la frontera como lugar inmóvil, límite de la nación y su territorio. No obstante, esta ficción protocolizada en el cuerpo de la ley que configura la espacialidad hegemónica –las fronteras– es también tránsito, movimiento, pasaje, circulación. Espacios no agotados por la cartografía oficial y, por tanto, lugar de germinación de irreverencias de la ciudadanía y la reinvencción constante de sus límites materiales.

Cuando el Estado nacional argentino inició el lento proceso para definir los límites de su territorio, empezó una ardua transformación de demarcación espacial. En el caso de la frontera argentino-boliviana, las discusiones diplomáticas por los límites comenzaron en 1881 mediante el primer tratado, que fue modificado en 1891 y, finalmente, culminó con un tratado complementario, en 1925. Así, se crearon tres pasos fronterizos “legales” con

“paseras”, “pilotas”, entre otras denominaciones.

Bolivia: La Quiaca y Villazón, Aguas Blancas y Bermejo y Profesor Salvador Mazza y Yacuiba, la primera ubicada en la provincia de Jujuy, y las dos últimas localizadas en los bordes de la provincia de Salta². En este artículo nos centraremos en la primera de las fronteras enumeradas.

El paso internacional La Quiaca-Villazón pone en contacto a la provincia de Jujuy (Argentina) y el departamento de Potosí (Bolivia). El pueblo de La Quiaca se creó en 1907, cuando finalizó el tendido de las vías del Ferrocarril Central Norte Argentino. Luego siguieron acciones concretas de ampliación estatal. A poco de fundarse, La Quiaca ya contaba con todas las autoridades que requiere un pueblo moderno y fronterizo (policía, escuela, agentes del gobierno, etc.). Al mismo tiempo, en terrenos ubicados al otro lado del río se fundó el pueblo boliviano que sería cabecera del ferrocarril Tupiza, que en 1913 recibirá el nombre de Villazón en honor al presidente fundador de la ciudad.

Ambas fundaciones se realizaron casi de forma simultánea, impulsadas por los beneficios económicos que generaba la actividad ferroviaria. El florecimiento de las dos ciudades fronterizas se extendió al trazado de las líneas ferroviarias Villazón-Atocha en 1925, visible no solo en la cantidad de población, sino también en la organización de las instituciones y las redes de vinculación que se generaron en las localidades. Sin embargo, las reformas de la década de 1990 en Argentina dieron lugar a una reestructuración productiva de la economía con un fuerte impacto sobre el mercado de trabajo. La privatización o cierre de empresas públicas afectó a grandes grupos

² La frontera con Bolivia tiene 773 kilómetros en total, pero solo se han instalado tres pasos “legales”, sin embargo, por otros lugares el cruce también es posible. Por ejemplo, a 10 kilómetros de la frontera se encuentra el paraje Agua Chica, por allí se puede cruzar “al frente” sin presencia de la Gendarmería.

de trabajadores y trabajadoras que hasta ese momento habían gozado de estabilidad laboral. Este proceso afectó a una parte de la población de La Quiaca como consecuencia del cierre de la estación de tren y desmanteló gran parte de la estructura férrea³.

Desde entonces, las actividades económicas en la ciudad están basadas casi exclusivamente en el comercio fronterizo. Parte importante de ello deriva de las posibilidades comerciales que inauguran las diferencias de cambio y la oferta diferencial de productos para las y los pobladores. Comercios minoristas para el viajero y mayoristas para la exportación, negocios de comida y hotelería son algunas de las actividades que generan empleos en estos espacios, así como la administración pública en general y el paso fronterizo (Karasik 2000).

Si bien este paso está lejos de tener la importancia económica de otras fronteras, representa más densamente en términos históricos y simbólicos la frontera con Bolivia, por ser considerado como ‘el punto de entrada de la población boliviana (ibid.). Históricamente se relacionó a las y los migrantes bolivianos como los responsables directos de muchos de los problemas sociales en Argentina como por ejemplo la desocupación, la crisis en el sistema de salud y al crecimiento de la inseguridad (Caggiano 2007; Grimson 2011; Sadir 2009). Y es en el paso La Quiaca-Villazón donde parece estar jugándose el destino de la población boliviana en Argentina (Karasik, 2000).

III. La construcción de un peligro y la ficcionalización de las fronteras

En los últimos años, pueden observarse dos procesos casi simultáneos, que pusieron a la frontera argentina-boliviana en el centro

³ Para un análisis más exhaustivo sobre la pérdida de puestos de trabajo a raíz de las privatizaciones en los años 90 en la provincia de Jujuy, ver Bergesio y Golovanevsky (2010).

de atención: hablamos de la *construcción de un peligro y la ficcionalización de las fronteras*. En ambos procesos, los medios de comunicación, en todos sus formatos, resultaron fundamentales. Como se sabe, los medios masivos no pueden considerarse como intermediarios transparentes de acontecimientos, sino como constructores activos de sentido (García Vargas S/D). Ellos “fabrican y emiten” –más allá de las informaciones de actualidad– los imaginarios sociales, las representaciones globales de la vida social, de sus agentes, instancias y autoridades, los mitos políticos, etc. Las informaciones que emiten estimulan la imaginación social, y los imaginarios estimulan la información, en un proceso de circulación continua, en la que los fenómenos se contaminan permanentemente unos con otros, en “una amalgama extremadamente activa a través de la cual se ejerce el poder simbólico” (Baczko 1991, 32). Así, el espacio mediático resulta co-constitutivo del espacio que no se limita a dar forma a algo previo y ya existente, sino que es parte del proceso de formación, estabilización, crítica o ruptura de la mayor parte de las figuras que se presentan al debate social (García Vargas 2010).

La prensa gráfica de los años noventa, enmarcada en un proyecto neoliberal, se caracterizó por un incremento de noticias referidas a delitos como sitio de discusión de los actores y las acciones que implican inseguridad, característica que se sostuvo en el periodo pos-menemista (García Vargas, Arrueta y Brunet 2009). En este contexto, se inscriben buena parte de los hechos noticiables acerca de las zonas fronterizas argentino-bolivianas: “Descontrol en el límite”, “Denuncian tráfico de menores en la frontera norte de la Argentina”⁴, “Conflicto en La Quiaca”⁵, “La Quiaca-Villazón, un paso fronterizo populo-

so y de controles laxos”⁶, son algunas de las noticias publicadas en los medios de referencia dominante nacional y local⁷.

No es la intención de este apartado ni del artículo hacer un análisis particular de cada una de las noticias enumeradas, solo las exponemos a modo de ejemplo de cómo se construye y se perciben los espacios trabajados. Así, los espacios fronterizos se reproducen solo como los espacios sociales del peligro, contrabando y la mafia, relegando y hasta omitiendo la vida social de sus pobladores. Las representaciones “muestran” a los habitantes fronterizos como los encargados de poner en peligro la pretendida integridad social, siempre deseada, y hasta a veces forzada e impuesta por diversas políticas estatales (Cebrelli 2011).

Por su parte, el narcotráfico ha crecido en los últimos años como tópico en los medios argentinos. Desde episodios de sicarios o la muerte dudosa de empresarios vinculados a la efedrina, pasando por un sinfín de denuncias de la connivencia entre la política y las drogas, o las pastillas diseñadas y las fiestas electrónicas, las noticias acerca del narcotráfico circulan cada vez más. En pocos años, la narración del narcotráfico y las drogas se instaló transversalmente en la sociedad argentina. La producción audiovisual no se quedó fuera de esta tendencia y la narco-ficción ha inundado las pantallas locales: *Sin tetas no hay paraíso* (Colombia, 2006), *Escobar, el patrón del mal* (Colombia, 2009), *El señor de los cielos* (Méjico-EE.UU., 2014) transmitidas por Canal 9, ocuparon el *prime time* contán-

6 Noticia publicada en diario *La Nación* 1/03/2018

7 Vidal Baneyto (1986) define a los diarios referencia dominante a aquellos medios imprescindibles para otros medios de comunicación, tanto escritos como audiovisuales, que no producirían sus propias opiniones y juicios sobre un tema sin tener conocimiento de las de estos diarios –se refieran o no de modo explícito a ellas–.

4 Noticias publicadas en diario *La Nación* 23/12/2016.

5 Noticia publicada en diario *El tribuno* 15/08/2015.

donos las vicisitudes del mundo del narcotráfico y sus exóticos personajes, siempre con relación a otros países.

“Incautaron casi 37 kilos de cocaína”, “Incautaron 300 kilos de cocaína”, “Jujeño detenido por llevar 310 kilos de coca”, “Reunión de la comisión contra el narcotráfico”, “Cayó una banda narco con 350 kilos de drogas”, “Detuvieron a 6 personas con 300 kilos de cocaína”⁸, son noticias que ponen al narcotráfico como problema central de la frontera. En tiempos en que se agudiza la preocupación por el narcotráfico, ya no se trata de las narcoficciones, sino de una ficcionalización de lo fronterizo como peligroso (López 2018), promoviendo el pánico moral⁹ (Thompson 2014) y la regulación de lo que allí acontece.

Como puede verse, cuando se construye un peligro y se agudiza la preocupación por el narcotráfico, los medios de comunicación cristalizan la vigencia de narrativas y coadyuvan a entramar al narcotráfico con las fronteras como áreas de peligro y la criminalidad. Las noticias enumeradas sobre las ciudades fronterizas actualizan las narrativas de lo nacional como administración biopolítica del territorio y promueven la implementación de políticas de regulación, vigilancia y control (López 2016). En este contexto, asistimos al planteamiento del control de las fronteras como una política imprescindible para la erradicación del narcotráfico y, por ende, de la drogadicción como problemática social endémica.

⁸ Las noticias fueron recogidas durante noviembre de 2015 en los diarios *El pregón* y *El tribuno* de San Salvador de Jujuy.

⁹ Thompson define el pánico moral como una expresión directa y espontánea frente a la preocupación y a la ansiedad extendidas y vinculadas a la percepción de una amenaza del mal. Ante estos pánicos, el sistema penal y policial tienen el deber de dar respuesta inmediata al miedo y al sentimiento de inseguridad.

IV. Fronteras amuralladas

Como consecuencia de los procesos de criminalización y ficcionalización de las fronteras, dichos espacios se transformaron en “áreas de peligro”, razón por la que se implementaron una serie de operativos con el propósito de “militarizar” la frontera. Históricamente, la frontera argentino-boliviana en el límite La Quiaca-Villazón estuvo custodiada por el Escuadrón N° 21 de la Gendarmería Nacional, una fuerza de seguridad de inscripción territorial ubicada entre la policía y el ejército a la que se le confirió el control del tráfico de drogas.

En 2011, la entonces presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, llevó adelante el operativo Escudo Norte, un plan para “combatir el narcotráfico, la trata de personas y el contrabando en el norte del país”. Un programa para reforzar la seguridad nacional que complementó el Operativo Centinela –operativo que agregó 6000 gendarmes al conurbano bonaerense–, y el Plan Unidad Cinturón Sur, que integró 2500 gendarmes y prefectos en el distrito porteño¹⁰.

Con el propósito de “combatir el delito y la violencia asociados al narcotráfico en el norte del país”, el gobierno nacional diseñó una estrategia que echó mano a los recursos del Estado, desde agentes suplementarios de Gendarmería y Prefectura hasta modernos radares militares, helicópteros, aviones y embarcaciones de los sistemas de Seguridad y Defensa que se pusieron al servicio de la “lucha contra el crimen organizado”. En términos de recursos humanos, Gendarmería Nacional (GNA) y la Prefectura Naval (PNA) aportaron 6 mil efectivos para combatir el narcotráfico, la trata de personas y el contrabando en las zonas del NOA y NEA. También se sumaron 800

¹⁰ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/gcomenz%C3%B3-el-operativo-escudo-norte>.

nuevos efectivos de Fuerzas Especiales y Antidrogas pertenecientes al Escuadrón Alacrán de Gendarmería y a la Agrupación Albatros de Prefectura. En relación con los recursos materiales, el operativo sumó seis helicópteros para realizar tareas de observación, reconocimiento y transporte, 200 vehículos, camiones, camionetas, motos y cuadriciclos desplegados en las zonas de fronteras.

Como parte de este proceso, en 2015, el entonces fiscal federal, José Luis Bruno, dispuso la construcción de una delimitación mediante alambrados metálicos tejidos de 2,50 metros de alto y poco más de 500 metros de extensión en la frontera de La Quiaca-Villazón. La extensión abarca desde las vías del desaparecido ferrocarril Belgrano hasta la Avenida Bolívar en la ciudad fronteriza, y tuvo “finalidad brindar mayor seguridad a la zona, desalentar el paso por lugares no habilitados y encauzar el paso de personas” por el puente internacional Horacio Guzmán¹¹.

Los operativos de militarización de las fronteras continuaron con el Operativo Integración Norte. En agosto de 2018, el actual presidente de la Argentina, Mauricio Macri, llevó adelante acciones con la Armada Argentina, mediante la Resolución 860/18 del Ministerio de Defensa, para incrementar la presencia del gobierno argentino en la frontera norte del país. Este operativo tuvo por objeto fortalecer la presencia del Estado en la frontera norte del país a partir de 3 ejes fundamentales: el adiestramiento operacional que realiza el Ejército Argentino con sus unidades desplegadas entre las localidades fronterizas del NOA y NEA, el apoyo logístico a las Fuerzas de Seguridad, a través de los medios y la capacitación específica de que disponen los efectivos de las Fuerzas Armadas y, por último, la asistencia a la población a través de diversas tareas de apoyo a

la comunidad: campañas de sanidad y alimentarias, refacciones en establecimientos educativos, zanjeo de caminos, mantenimiento de estructuras y rutas¹².

Específicamente, para la frontera La Quiaca-Villazón, el operativo significó la llegada de 60 militares del plan de reestructuración de las Fuerzas Armadas, casi todos varones, y 5 camiones militares para reforzar la logística en la circulación entre países limítrofes que hasta ese momento estaba custodiada solo por personal del Escuadrón N° 21 de Gendarmería Nacional.

Autores como Brown (2015) han reflexionado sobre cómo la militarización de la frontera y la construcción de muros hacen poco por detener la inmigración ilegal, el tráfico de drogas –fenómenos que animan su construcción y la legitiman–, y cómo en realidad su finalidad se puede vincular a un rechazo más violento y agresivo del *otro* peligroso. Para ello, se utilizan máquinas complejas o aparatos humano-materiales que combinan los obstáculos técnicos con una inflación de las fuerzas de seguridad, constituidas sobre todo por escuadrones de vigilancia, cuya función completa su acción contra el enemigo. Los muros, continúa Brown, exhiben una función y realizan otra, vinculada con la fantasía como un mecanismo de defensa inconsciente que al tiempo que se interioriza profundamente –lo que es esencial para la sensación de seguridad de una identidad “narcisista”–, se exterioriza en una forma teatral en las representaciones, los gestos, las construcciones del Estado y su programa militarizados.

El deseo del Estado nación argentino por militarizar y levantar muros en la frontera de La Quiaca-Villazón alberga los discursos xenófobos con relación a los migrantes bolivianos¹³

11 “Construyen un Vallado”. El tribuno de Jujuy 25/11/2015.

12 <https://www.argentina.gob.ar/noticias/operativo-integracion-norte>.

13 Para un análisis más profundo de la relación conflic-

y a otros enemigos peligrosos. La importancia de los procesos no reside tanto en su eficacia –al menos, dudosa– como en su ostentosa visibilidad. Es sabido que las acciones vinculadas al control de las drogas y la inmigración producen una economía de contrabando cada vez más sofisticada, que aúna de forma creciente el tráfico ilícito de drogas e inmigrantes. Las drogas se ocultan en lo profundo de los cargamentos difíciles de inspeccionar o se transportan a través de complejos circuitos.

Entonces, la intensificación de los controles y la respuesta a dichos controles convierten a la zona fronteriza en un espacio cada vez más violento. La militarización de la frontera funciona como escenificaciones teatrales (Brown 2015), proyectando un poder y una eficacia que en realidad no ejercen ni pueden ejercer y que se contradicen performativamente. Estos procedimientos generan una imagen tranquilizadora del mundo en una época en la que se resalta la falta de seguridad y la contención. Sin embargo, las diversas acciones enmarcadas en la militarización de la frontera argentino-boliviana en el límite La Quiaca-Villazón son esencialmente ineficaces para la función que tienen oficialmente: bloquear las migraciones y los cruces de frontera, aunque, por supuesto, lo hagan más difícil, más peligroso o letal en algunos casos (Brown 2015).

V. La cotidianidad militarizada

Todos los procesos descriptos hasta aquí: la construcción de las fronteras argentino-bolivianas como peligrosas, la ficcionalización, la militarización y la delimitación mediante alambrados metálicos de estos espacios, tuvieron consecuencias en la vida de las personas que habitan y trabajan en la zona fronteriza. Un ejemplo de ello son las violencias

tiva entre Argentina y Bolivia, ver Karasik 2005 y Cagiano, 2007 y 2012.

vividas por las mujeres bagayeras, mujeres que se dedican a cruzar mercaderías desde la ciudad de Villazón hasta la ciudad argentina de La Quiaca por circuitos que evitan el control aduanero y de gendarmería¹⁴. A continuación, describiremos la labor de las mujeres bagayeras, para enriquecer nuestros análisis posteriores.

V.1. Un oficio de frontera

A las fronteras La Quiaca (Jujuy)-Villazón, llegan decenas de compradoras y compradores motivados por una economía favorable, poniendo en circulación diferentes tipos de mercadería¹⁵. En este lugar, las modalidades de tránsito están controladas, del lado argentino, por los escuadrones de Gendarmería Nacional y por la Dirección General de Aduanas (DGA) de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP). Estas formas de articulación y control estatal son las que fiscalizan las formas de circulación tanto de las personas como de las mercancías. Sin embargo, la conducta tipificada de pasajes es flexibilizada por otras prácticas de tránsito: las “paseras”, “las carreras” y el “bagayeo”, cada una con características propias. La última modalidad de circulación es objeto de investigación y reflexión para este artículo.

Las mujeres bagayeras se dedican a “cruzar” mercaderías a través de circuitos que evi-

14 El trabajo del bagayeo es una actividad realizada por hombres y mujeres. Por una decisión académica, pero sobre todo personal y política, en esta oportunidad los espacios y el trabajo solo serán narrados desde la participación de mujeres.

15 A pesar de la constante devaluación del peso argentino en relación con el boliviano –moneda oficial del país vecino–, en las ciudades fronterizas todavía se pueden encontrar productos textiles y electrónicos a un costo menor. Si bien estas prácticas aumentan o disminuyen de acuerdo a las distintas temporadas del año, el cruce de mercadería nunca se interrumpe.

tan el control aduanero y de Gendarmería, ya que los volúmenes que transportan son mayores que los permitidos¹⁶. Este trabajo implica recorrer desde Villazón hasta La Quiaca. Así, en la ciudad boliviana, se hace un pacto informal entre un revendedor y una bagayera, y el final de su recorrido es en la ciudad argentina, donde se devuelven los bienes consignados.

Las mujeres bagayeras esperan a las y los clientes en el triángulo de las calles República Argentina, coronel Araya y Max Churaga, en la ciudad boliviana. Los bienes y mercancías que se transportan van desde ropas y calzados hasta bazar y electrodomésticos de uso particular (pavas eléctricas, telefonía, juegos de video, etc.), entre otros. Estos objetos provienen del interior de Bolivia, pero no son de producción nacional, sino que se importan de otros países y varían de acuerdo a la temporada del año, por ejemplo, al inicio del calendario escolar, mochilas y útiles resaltan sobre otros.

A medida que las y los vendedores les dejan sus bolsas repletas de mercadería, las mujeres anotan cada producto y los acomodan, para luego cargarlas sobre sus espaldas. Cuando las trabajadoras recolectaron y acomodaron los bienes consignados, caminan hasta el borde del río. El trayecto del cruce alternativo se realiza por algunos de los tramos del Río La Quiaca, que no superan una distancia mayor a 400 metros del paso oficial. El río tiene poco caudal durante la mayor parte del año, pero el agua es muy fría. Allí, a sus espaldas, en aguayos, las mujeres transportan los diferentes artículos.

Si bien hacen este recorrido para sortear el control de aduana –ubicado sobre el Puente Internacional Dr. Horacio Guzmán–, este trayecto alternativo también es sometido, circunstancialmente, a controles arbitrarios. Sorpresivamente, las trabajadoras encuentran

gendarmes y/o militares predispuestos a decomisar la mercadería. Si lo que se transporta son ropas o juguetes, comienza una “negociación” entre ellos y las bagayeras. Allí convergen dos actitudes: la pericia de la bagayera para establecer acuerdos y la predisposición del gendarme para aceptarlos o viceversa. Es en este “acuerdo” espontáneo que se define el destino total o parcial de la mercadería transportada.

Una vez que las mujeres cruzan el río, ya en la ciudad argentina, caminan unos 200 metros, donde las esperan remises que las acercan hasta la terminal de la ciudad, lugar donde finaliza su trabajo. En el lugar de destino, se realiza el pago del servicio de traslado y, si corresponde, se rearma la mercadería distribuida en distintas personas.

El bagayeo puede ser definido como un trabajo que tiene una clara correlación con la economía vulnerable de las ciudades que lo cobijan. Sin embargo, también encontramos aquí rasgos culturales y sociales que se corresponden con el hecho de que muchas de las mujeres han pasado la mayor parte de sus vidas vinculadas de una u otra manera con esta labor, no solo porque su madre o algunos de sus familiares se dedica a cruzar mercadería desde hace muchos años, sino, fundamentalmente, por el contacto permanente que implica una cotidianidad desarrollada en una zona de frontera donde el bagayeo se realiza desde los inicios del poblado. Un oficio cuyas habilidades y conocimiento se transmiten de adulta a niña, de madre a hija, en forma casi silenciosa, casi gestual, cotidiana.

V.2. Vigilancia violenta

Al entender a las mujeres como *outsiders* (Becker 2012), mujeres que realizan una actividad fuera de la ley, en cada intento por cruzar las mercaderías, las bagayeras son perseguidas, maltratadas y humilladas por los gendarmes. El argumento que subyace a este

16 El límite de compra estipulado por la Aduana Nacional de 150 dólares por persona por mes.

rechazo es el contrabando: las bagayeras han sido construidas como sus agentes más concretas y visibles. La supuesta ilegalidad que rodea a su trabajo tiñe de desprecio todo lo vinculado a ella, razón que sustenta el repudio (Schiavoni 1993).

Si bien las mujeres bagayeras han sido históricamente perseguidas y violentadas; desde que la zona se militarizó, ser insultadas, humilladas y golpeadas al atravesar los puestos de controles y cruzarse con gendarmes en función de patrullaje se convirtió en una postal que está emplazada en la vida cotidiana de las pobladoras. Allí pudimos observar cómo los gendarmes no escatiman malos tratos verbales, miradas y gestos humillantes al cruzarse con las mujeres. La fiscalización de los objetos que transportan las bagayeras no se percibe como un acto agresivo por parte de la Gendarmería, sino como un acto de control, de protección; un acto de defensa de la nación donde se pone en juego el Estado y su seguridad.

Es cierto que las políticas enumeradas en los apartados anteriores no pudieron terminar con este trabajo, pero sí lograron controlar a las mujeres que se dedican a la actividad para evitar el cruce de drogas, hojas de coca¹⁷ o electrodomésticos en grandes cantidades. El bagayeo, como gran parte de los “ilegalismos” populares es tolerado porque resulta difícil de detener, ya que muchas personas se favorecen económicamente con él: comerciantes, vendedores, taxistas. La actividad de control no trata de expulsar a las mujeres bagayeras, sino, por el contrario, intenta establecer, fijar, dar su lugar, asignar sitios. Lo que desde afuera de la institución de la fuerza puede entenderse

como una falla o incompetencia por no frenar el llamado “contrabando”, es, en realidad, una condición necesaria para el ejercicio legítimo de un tipo de violencia simbólica que posibilita la re-institución cíclica del poder.

El bagayeo se da, entonces, en esta frontera, bajo una vigilancia casi siempre violenta. Las mujeres viven, en cada una de las instancias de su trabajo, diferentes tipos de violencias por parte de los gendarmes y, todos varones, que remarcaban una subalternidad de clase, etnia y también de género. Así, el personal de las fuerzas de seguridad permite el bagayeo, pero se sienten con potestad de humillar y maltratar a las mujeres. Abusos que se intensifican en las mujeres campesinas y las cholitas bolivianas, lo que acentúa la marcación étnica de la subalternidad.

El accionar del personal de la Gendarmería y militares en estos espacios es, ante todo, una discriminación moralista entre lo que está bien y lo que –se supone– está mal (Rodríguez Alzueta 2014), basados en una “moralina pacata” de Seguridad Nacional que ha exigido, durante más de un siglo, fronteras largas y bien definidas. El control que ejerce el Estado nacional sobre las mujeres bagayeras no es una entelequia que se aprende en los libros o en “una situación excepcional”, sino que las trabajadoras la conocen desde la infancia y a lo largo de su vida. Cotidianamente, tienen la experiencia directa de controles, maltratos y forcejeos múltiples (Camblong 2014).

VI. Reflexiones finales

Desde hace unos años, la frontera argentina-boliviana en el límite La Quiaca-Villazón ha sido foco de atención de muchos medios de comunicación nacionales y provinciales dominantes, que apuntaron a una espectacularización de estos espacios a partir de noticias que combinaron información, ficcionalización y entretenimiento. En estos relatos, la frontera

¹⁷ La hoja de coca crece en las tierras cálidas y húmedas de los Andes (región Yungas o Selva alta), en un rango de altitud que va desde los 800 hasta los 2.500 m. La planta de coca tuvo y tiene un papel importante en las culturas andinas, tanto para fines rituales, como energético para el trabajo, como digestivo, y con fines analgésicos y curativos en intervenciones médicas.

solo es nombrada en términos de estructuras de poder, infracción, delito, contrabando, violación de leyes o lugar de prácticas que ponen en peligro un ordenamiento administrativo.

Estas lecturas, desde una visión hegemónica, actualizan las narrativas de lo nacional como administración biopolítica del territorio y promueven la implementación de políticas de regulación, vigilancia y control más duras. La militarización de los espacios como la “construcción de muros”, producto de todo lo descripto aquí, modificó la vida y el trabajo de las y los pobladores agudizando la crudeza y conflictividad a la hora del cruce, desconociendo todas las relaciones de familiaridad, solidaridad y parentesco que conviven en la zona.

Estos espacios se habitan desde una relación particular con el lugar, el ambiente, la cultura, el territorio y los paisajes sociales. Son espacios de formulación experiencial corporal, donde la experiencia sugiere para sí interpretaciones distintas de lo que allí acontece. Son, entonces, fronteras porosas, dinámicas. Espacios caracterizados por su heterogeneidad y compleja movilidad fragmentaria, fluida, donde la experiencia de las y los habitantes, en ciertas ocasiones, transcurre alterada por los golpes arbitrarios del Estado, pero, a la vez, persiste entramada en una continuidad displicente, cuya fuerza defensiva, sabia y memoriosa los ampara (Camblong 2009).

El trabajo bagayeo debe interpretarse comprendiendo los régímenes de sentido en los cuales se encuentra situado. Los hábitos culturales sólo pueden ser entendidos en el marco de un universo específico de sentido. Entendemos a las mujeres bagayeras como un emergente sociocultural que implica redes complejas y agencias no previstas para ellas como sujetas, que solo pueden ser entendidas *con, bajo, en, desde* las condiciones en las que viven. No se trata de hechos aislados, sino de prácticas sociales que forman

parte de zonas donde existen sistemas *otros* de normas que reconocen y completan “la legalidad” que define el Estado y que legitiman los medios de comunicación.

Bibliografía

Albuquerque, Lindomar. 2010. “Fronteras y movimientos: Los Brasiguayos en la región de la Triple Frontera”. En: Verónica Giménez Béliceau y Silvia Montenegro. *La triple frontera. Dinámicas culturales y procesos transnacionales*, 191-218. Buenos Aires: Espacio.

Baczko, Bronislaw. 1991. *Los imaginarios sociales. Memorias y esperanzas colectivas*. Buenos Aires: Nueva Visión.

Becker, Howard. 2012. *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Bergesio, Liliana y Golovanevsky, Laura. 2010. “Ferroviarios y zapleros en Jujuy: de la seguridad social a la inestabilidad laboral”. En: *Revista de Estudios Regionales y Mercado de Trabajo*, 6: 7-41.

Brown, Wendy. 2015. *Estados amurallados, soberanía en declive*. Barcelona: Herder.

Caggiano, Sergio (2012). El sentido común visual. Disputas en torno a género, “raza” y clase en imágenes de circulación pública. Buenos Aires: Miño y Dávila.

Caggiano, Sergio. 2007. “Madres en la frontera: género, nación y los peligros de la reproducción”. En: *Iconos*, 28: 93-106.

Camblong, Ana. 2014. *Habitar las fronteras*. Posadas: EDUNAM.

Cebrelli Alejandra y Arancibia Víctor.

2011. "Las representaciones y sus márgenes. Identidades y territorios en situación de frontera". En: *Reflexiones marginales*, 10: 5-9.

García Vargas, Alejandra (MS) 2008. En CD Memorias de Jornadas. 3º Jornadas de Comunicación y Diseño. "Entre medios y mediaciones". Jujuy: Universidad Católica de Santiago del Estero. Departamento Académico San Salvador.

-----2010. "Sentidos de ciudad: espacio físico, espacio social y espacio mediático en San Salvador de Jujuy". Ponencia presentada en el VI Congreso de Ciudades y pueblos del interior. Identidades, tensiones, conflictos y consensos en la construcción de la Nación. Universidad Nacional de Catamarca. Catamarca.

García Vargas, Alejandra; Arrueta, Cesar y Brunet, Marcelo. 2009: "Medios masivos: tramas y complicidades en Jujuy. Una mirada desde la década del 90". En: Marcelo Lagos (dir.). *Jujuy bajo el signo neoliberal. Política sociedad y cultura en la década del noventa*. San Salvador de Jujuy: EDIUNJu.

Garland, David. 2005. *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa

Gaona, Melina y López, Andrea Noelia 2013. *Género, comunicación y cultura. En dos organizaciones de San Salvador de Jujuy*. San Salvador de Jujuy: EDIUNJu.

Grimson, Alejandro. 2011. "Doce equívocos sobre las migraciones". En: *Nueva sociedad*, 233: 34-43.

Guber, Rosana. 2014. *La etnografía. Método, campo y reflexividad*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Hallsworth, Simón. 2006. "Repensar el giro punitivo. Economía del exceso y criminología del otro". En: *Delito y sociedad. Revista de ciencias sociales*, 22: 57-74.

Hansen Taylor, Lawrence. 2007. "El concepto histórico de la frontera". En: Olmos Aguilera, Miguel. *Antropología de las fronteras. Alteridad, historia e identidad más allá de las líneas*, 231-262. México: El Colegio de la Frontera.

Karasik, Gabriela 2005. "Etnicidad, cultura y clases sociales. Procesos de formación histórica de la conciencia colectiva en Jujuy, 1970-2003". (Tesis doctoral no publicada). Facultad de Filosofía, Universidad Nacional de Tucumán.

Karasik, Gabriela. 2000. "Tras la genealogía del diablo. Discusiones sobre la nación y el Estado en la frontera argentino-boliviano". En: Grimson, Alejandro (comp.). *Fronteras, naciones e identidades. La periferia como centro*, 152-184. Buenos Aires: La Crujía.

López, Andrea Noelia. 2018. "Dinámicas otras de tránsito en una frontera argentino-boliviana. Cartografiar los espacios desde el bagayeo". En: *Cuadernos de Humanidades*, 28: 55-72.

-----2016. "Esto no es droga ni coca, es solo ropa. Experiencias de mujeres bagayeras en dos fronteras argentino-bolivianas. Configuraciones del Estado, espacialidades y corporalidades. Tesis presentada en el Doctorado de la Universidad Nacional de la Plata. Mimeo.

Rodríguez Alzueta, Esteban. 2014. *Temor y control: La gestión de la inseguridad como forma de gobierno*. Buenos Aires: Futuro anterior.

Sadir, Marcelo. 2009. "Interacciones entre argentinos y bolivianos en espacios fronterizos: procesos de estigmatización y discri-

minación, entre jujeños y bolivianos en la frontera argentino-boliviana". Ponencia presentada en las x jornadas argentinas de estudios de población Catamarca.

Schiavoni, Lidia. 1993. *Pesadas cargas, frágiles pasos*. Misiones: Los tesistas Universidad Nacional de Misiones.

Thompson, Kenneth. 2014. *Pánicos morales*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes Editorial.

Vidal Beneyto, José. 1986. "El espacio público de referencia dominante". En: Imbert, Gerard y Vidal Beneyto, José. *El País o la referencia dominante*, 17-24. Barcelona: Mitre.

Noticias citadas

"Conflicto en La Quiaca". *El tribuno* 15/08/2015.

"Incautaron casi 37 kilos de cocaína". *El tribuno* 4/11/2015.

"Incautaron 300 kilos de cocaína". *El tribuno* 10/11/2015.

"Detuvieron a 6 personas con 300 kilos de cocaína". *El pregón* 10/11/2015.

"Jujeño detenido por llevar 310 kilos de coca". *El tribuno* 11/11/2015.

"Cayó una banda narco con 350 kilos de drogas". *El pregón* 11/11/2015.

"Reunión de la comisión contra el narco-tráfico". *El pregón* 22/11/2015.

"Construyen un Vallado". *El tribuno* de Jujuy 25/11/2015.

"Denuncian tráfico de menores en la frontera norte de la Argentina". *La Nación* 23/12/2016.

"La Quiaca-Villazón, un paso fronterizo populoso y de controles laxos. *La Nación* 1/03/2018.

La compleja relación entre el derecho penal y los derechos sociales*

Gustavo A. Beade

Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires), Docente-Investigador (Instituto A. Gioja, Facultad de Derecho-UBA).

I. Introducción

En apariencia, los derechos sociales y el derecho penal no tienen ningún vínculo concreto. Por un lado, quienes se encargan de pensar los problemas del derecho penal no se han introducido en las discusiones que los teóricos del derecho constitucional tienen desde hace bastante tiempo en nuestro país. Por el otro, quienes se preocupan por los problemas de los derechos sociales difícilmente piensen que el derecho penal pueda ser de utilidad para resolver los problemas que presentan los derechos sociales. En este breve comentario, quiero mostrar dos posibles vinculaciones que existen entre el derecho penal y los derechos sociales. Una conexión que considero problemática sucede cuando el Estado aparece por primera vez en la vida de ciudadanos que exigen el cumplimiento de un derecho social y responde con la amenaza del castigo y la aplicación del derecho penal. Sin embargo, hay otro vínculo que me parece plausible, el que se presenta cuando queremos asegurar el cumplimiento de los derechos sociales en casos particulares. En los casos en los que el Estado incumple con determinadas obligaciones, el derecho penal

* Quisiera agradecer por los comentarios y discusiones a Andrea Schuster.

se presenta como una opción para efectivizar su cumplimiento.

II. Defender la seguridad jurídica

En trabajos anteriores, me dediqué a explorar los problemas morales que tiene el Estado para inculpar y castigar a personas que pertenecen a grupos desventajados (Beade 2019), a señalar el rol político que deben tener jueces y fiscales al momento de analizar casos de usurpación (Beade 2017), y los distintos modos en los que es posible pensar este tipo de casos (Beade 2015 y 2016). En este apartado, me interesa mostrar los problemas que existen cuando el Estado aparece por primera vez en la vida de una comunidad como la nuestra, en la que hay grados insostenibles de desigualdad, solo para dar un castigo penal. El argumento que desarrollo aquí es que el castigo de estas conductas se basa en mantener un ideal de seguridad jurídica. Este criterio consistiría en sostener que existen ciertas conductas que no serán admitidas nunca dentro del Estado de derecho. Creo que sostener un criterio con esa fundamentación es demasiado débil para ser aceptable. Desarrollo esta idea con un poco más de profundidad en lo que sigue.

Es posible encontrar formas de uso del derecho para limitar ciertos derechos sociales, como el derecho a la vivienda. Me interesa centrarme en el derecho penal y en el concepto de sobrecriminalización para referirme a este problema. Si bien la discusión en torno a la sobrecriminalización en Europa y en Estados Unidos se basa en el debate acerca de la profusión de normas penales, sería posible pensar el problema en nuestros propios términos¹.

En nuestro contexto, el problema de la sobrecriminalización debería ser pensado en otros términos. Es probable que no exista la

cantidad de normas establecidas en países como Inglaterra y Estados Unidos, dos de los lugares donde se dictaron las mayores cantidades de regulaciones penales, que limitaron severamente derechos civiles². Aquí, el problema con el derecho penal no debe analizarse por su “expansión”, sino por su “concentración” sobre ciertos grupos puntuales de la comunidad. Se ha desarrollado una forma de interpretar el derecho penal que, en muchos casos, perjudica notablemente a grupos desventajados en nuestra comunidad³. Es probable que muchas consecuencias de las protestas sociales produzcan conductas que puedan ser interpretadas como delitos. Sin embargo, no pretendo aquí ser exhaustivo en esta descripción. En cambio, quiero ejemplificar la cuestión con los problemas que surgen en los casos en los que grupos de personas le exigen al Estado el cumplimiento del derecho a la vivienda y toman espacios públicos para intentar suplir esta falta de respuesta estatal.

Como he señalado, pensemos en casos en donde haya ciudadanos que reclamen el cumplimiento del derecho constitucional a la vivienda digna. Para conseguir ese objetivo, deciden usurpar un terreno público abandonado. La acción se origina en el incumplimiento de las obligaciones estatales como un modo para forzar el diálogo, pero también como una forma genuina de suplir la omisión del Estado. Concretamente, el acto de usurpar un terreno es un delito previsto en el art. 181 del Código Penal de la Nación y, además, es un delito de acción pública. En esta configuración, las acciones de fiscales y jueces siempre se orientan a la aplicación del tipo penal establecido para la acción en concreto. En estos casos, es posible que quienes omiten cumplir con el derecho a la vivienda

2 Ver sobre esto, A. Ashworth (2015).

3 En esta línea, Gargarella (2005). Su posición varió recientemente, ver el prólogo en Beade y Vita 2015.

1 Ver, entre otros, R.A. Duff (2018).

(en general, el Poder Ejecutivo) señalen que no se puede aceptar la usurpación y que no se puede atender el reclamo. Podrían decir que los usurpantes toman una ventaja por sobre el resto de los ciudadanos que esperan que le asignen una vivienda y que, por tal razón, han perdido su derecho⁴. Así, quienes accionaron usurpando el terreno se transforman en delincuentes que pierden su derecho a reclamar y obtener una vivienda. Esto los transforma automáticamente en personas merecedoras de un castigo penal. Además, los inhabilita para estar en igualdad de condiciones respecto de aquellos que, en iguales condiciones, “respetan la ley”. Esta circunstancia parece curiosa en contextos de desigualdad como el que vivimos en nuestro país.

En este punto, quiero retomar el modo en que se inician las investigaciones penales. Es posible señalar que estas acciones de los funcionarios públicos se encuentran reguladas por un presupuesto muy elemental de seguridad jurídica: el respeto irrestricto por el principio de legalidad constitucional (arts. 4, 14 y 19 CN, y art. 9 CADH). El argumento que utilizan estos funcionarios públicos sería el siguiente: el delito está previsto y castigado por el Código Penal, y no es posible revisar ni las circunstancias particulares de quienes actuaron ni las circunstancias relacionadas con la falta de respuesta política al problema. Sobre el primer supuesto, solo cabría analizar la posibilidad de considerar que la acción no sea antijurídica porque se encuentra incluida dentro de una causa de justificación⁵. En sentido contrario, el segundo supuesto se resuelve señalando que así se trate de un problema político, ese no sería un problema del derecho ni resulta un argumento para no cumplir con

4 Un argumento en esta línea se puede ver en R. Dagger (2018).

5 Creo que esta alternativa no funciona como parece. Con más detalles, ver Beade (2019).

la aplicación de las normas jurídicas. En todo caso, si se quiere regular el incumplimiento del Estado de su obligación de proveer acceso a una vivienda digna como motivo para cancelar la persecución penal dentro de la legislación, debería trasladarse el problema al legislador, pero no al juez o al fiscal, cuya única tarea es la aplicación del derecho.

Los funcionarios judiciales, en estos casos, utilizan este criterio perteneciente a una imprecisa idea de seguridad jurídica para limitar el acceso de este grupo particular de personas a su derecho a la vivienda. El criterio que defienden sería el siguiente: no es posible permitir que un grupo de personas tomen un terreno para construir sus viviendas porque eso habilitaría que cualquier ciudadano hiciera lo mismo. Existe la idea de que la propiedad privada tiene sus propios dueños y que la propiedad pública pertenece a toda la comunidad. Castigar estas conductas tiene como finalidad mantener la seguridad jurídica de que esas propiedades siguen perteneciendo a sus legítimos dueños.

La labor de los funcionarios miembros, sobre todo, del Ministerio Público Fiscal, colabora en afirmar dos cuestiones: por un lado, *la regularidad y eficacia del Poder Judicial y el desarrollo de la confianza en las instituciones públicas* y, por el otro, *la claridad y la coherencia del sistema legalidad*.

El rol del Ministerio Público Fiscal está condicionado por el principio de legalidad procesal, que obligaría a los fiscales perseguir todos los delitos de los que reciban denuncia, lo cual colaboraría con un cierto principio de eficacia, además de transmitir confianza en perseguir la violación de una norma jurídica. Así, la eficacia y la regularidad del accionar del Ministerio Público Fiscal serían dos condiciones centrales que caracterizarían la importancia de las instituciones públicas en estos contextos. Esta construcción diría que las instituciones funcionan cuando actúan

eficazmente. Perseguir todos los delitos, independientemente de las posibilidades reales de llevarlos a juicio, sería la base de esta idea.

La claridad y coherencia del sistema legal podría derivarse de este mandato de actuar investigando sin discreción todas las denuncias para impedir la propagación de desobediencias diversas que invalidarían el derecho vigente. En esta hipótesis, si se permitiera el incumplimiento de una norma (sin considerar las razones de este incumplimiento) no habría motivos para obedecer el resto del sistema jurídico. Las normas penales, en estos casos, castigan claramente la usurpación de terrenos, y no existen en el tipo penal concreto excepciones taxativas o tratos diferentes para situaciones particulares. Entonces, si aceptamos que usurpan terrenos: ¿por qué no deberíamos aceptar la comisión de otros delitos?

El problema es que la defensa de un principio como el de legalidad procesal, que impide seleccionar los casos que un fiscal debe investigar, no elimina la posibilidad de admitir, al menos, la evaluación de diversas circunstancias tales como la responsabilidad política de fiscales o jueces. Desconocer esta atribución y escudarse en un modo de entender la función que desempeñan, desconectados de ciertos factores importantes de cada caso, no contribuye a discutir y evaluar posibles soluciones alternativas. Esta posibilidad contradiría directamente la idea de eficacia como forma de aplicar la ley en forma inmediata, pero, a su vez, lograría ampliar el concepto de eficacia con circunstancias que permitan ser expedito en la solución del conflicto. Esta posibilidad incluiría, sin embargo, la certeza de que el derecho penal no puede intervenir en ningún modo en determinados casos, debido a la hipótesis de que se trata de un problema político.

Por otra parte, la alternativa de considerar que ciertos problemas requieren la necesidad de dejar de lado el derecho penal tampoco resolvería la necesidad de castigar para refirmar

la validez de la norma que prohíbe la usurpación. Habría que pensar en la posibilidad de evaluar un poco más en detalle la conducta en concreto y los peligros que genera en relación con la autoridad del derecho, esto es, si existen razones para considerar que todas las normas son equivalentemente válidas en todo momento y en todo lugar. Me refiero a sostener que aplicar una solución de otra índole, y no de una norma jurídica, implica afectar a un determinado sistema jurídico (cfr. R. Dagger 2018).

Dejar de lado la aplicación del derecho penal en estos casos es posible siempre y cuando los funcionarios judiciales interpreten la usurpación como el reclamo de un derecho y no como la comisión de un delito penal. Esto es perfectamente posible e implica tener en claro que reclamar por el cumplimiento de un derecho puede tener consecuencias jurídicas no deseadas, pero que de ningún modo superan el reclamo que las origina. Veamos, en lo que sigue, de qué modo es posible utilizar el derecho penal en casos que involucran reclamos por derechos sociales.

III. El derecho penal para asegurar derechos

Si bien es importante reconocer las violaciones a los derechos sociales en las que incurre el Estado, también es importante trabajar sobre las formas de hacer efectivas las sentencias de los jueces. Me refiero al modo en que los jueces exigen el cumplimiento de sus resoluciones. Considero importante buscar la forma de culpar al Estado cuando incumple no solo con la satisfacción de derechos fundamentales, sino también con una sentencia que lo obliga a garantizar esos derechos. Por esta razón, voy a sugerir algunas alternativas para lograr la efectiva materialización de una sentencia y explorar las posibilidades de exigir que los jueces actúen de este modo.

Pensemos en un caso en el que un gobier-

no X decide eliminar o recortar los cupos alimentarios de la escuela pública Y. Pensemos que, al resolver el caso, el juez que interviene dispone su restitución, pero no incluyó ningún plazo, tampoco un apercibimiento en caso de que se incumpla con su sentencia. Por un lado, de acuerdo a la gravedad del hecho denunciado, es necesario que la resolución sea precisa con los plazos que tiene el gobierno X para restituir los programas que quitó. El hecho de que un número importante de niños, niñas y adolescentes perdieran la posibilidad de recibir, en algunos casos, tres de las cuatro comidas diarias los expone a una situación de peligro concreto que requiere acciones urgentes. Así, en muchos casos, es probable que estos niños y niñas ni siquiera tengan una cuarta comida fuera de la escuela. También hay que tener en cuenta que, pese a su gravedad, el tiempo que transcurre entre la eliminación del programa y la adopción de la decisión judicial es un tiempo que deja sin alimentos a muchos afectados. Por esta razón, la restitución de programas como estos debe ordenarse en plazos muy breves, que no excedan las 24 horas.

Además, estas sentencias deben incluir un apercibimiento en caso de incumplimiento, quizás, mediante la denuncia por violación a los deberes de funcionario público (art. 249 del Código Penal de la Nación). Es importante asegurar, por los medios disponibles, que se cumplan las medidas que ordenan los jueces. Más allá de las discusiones que se presentan a menudo sobre los límites de la actividad de los jueces –el llamado “activismo judicial”– las sentencias del Poder Judicial tienen una autoridad y una fuerza ejecutiva que es necesario respaldar en casos como estos, incluso mediante el uso del derecho penal.

Por otra parte, el juez puede solicitar la restitución del programa anterior o la presentación de un nuevo programa que mejore el anterior. También puede exigir al gobierno X que

informe detalladamente en qué consistirá el programa de alimentación del nuevo programa o del programa restituido. Para ello, sería necesario requerir información acerca de las comidas que se van a proveer en los comedores, el criterio seguido para establecer ciertas comidas y el aval de personal calificado para tomar esta decisión, los productos que se van a utilizar para elaborar los platos, detalles sobre el personal que va a trabajar allí, entre otros elementos. Esto podría ser de utilidad para evaluar, concretamente, la finalidad de los programas y su adecuación a lo que establecen la Constitución Nacional y los tratados internacionales. El control de los contenidos tiene que ver con la verificación de que los programas, efectivamente, cumplan con el derecho a la alimentación. Esta sería una forma de corroborar que las políticas públicas que se implementen no sean un modo de evitar problemas legales, sino de cumplir, acabadamente, con las obligaciones asumidas.

Hay otro punto adicional que incluye el uso del derecho penal. Si entre la decisión del gobierno X y la decisión del juez transcurren varios días, creo que en la decisión se debería denunciar penalmente al gobernador de X por la comisión del delito de abandono de personas (art. 106 del Código Penal de la Nación)⁶. La configuración del delito parece ser poco discutible. La decisión del gobierno X, evidentemente, puso en peligro la salud de niños y niñas al eliminar un programa que les brinda, en algunos casos, las únicas comidas diarias. Los coloca en una situación de desprotección de una manera muy particular: fue el propio gobierno X el que creó el programa que ahora decide retirar. Esta circuns-

6 Dice el artículo 106: “El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en una situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años”.

tancia lo obliga, entonces, a responder por aquello que pudiera ocurrir con los afectados. Además, esos niños y niñas que concurren a la escuela, probablemente, carecen de otras posibilidades para satisfacer sus necesidades alimentarias básicas por otro medio. Concurrir a los comedores les brinda la posibilidad de tener una buena y completa alimentación que, de otro modo, no tendrían.

Si el gobierno crea un programa por el cual niñas y niños tienen la posibilidad de alimentarse en la escuela, retirar el programa lo obliga a actuar para neutralizar el peligro al que están expuestos esos menores de edad que no pueden valerse por sí mismos. El peligro al que están expuestos los afectados es concreto. La salud de un niño o niña en pleno desarrollo se ve muy afectada si tiene una alimentación deficiente o si no se alimenta durante varios días. De nuevo, si el gobierno asumió esa responsabilidad creando el programa, retirarlo implica inmediatamente su responsabilidad por aquello que pueda ocurrirles. El representante del poder ejecutivo de la provincia es el gobernador, por eso, debería ser denunciado penalmente. Pero también sería posible denunciar a los funcionarios responsables de los programas.

Por otra parte, si el juez interpreta esta omisión en el sentido que aquí lo propongo, está obligado a denunciar al gobernador de X y al resto de los funcionarios que intervinieron en la decisión que originó el caso, dado que los funcionarios públicos que conozcan la comisión de un delito durante el ejercicio de sus funciones tienen la obligación de denunciarlo. A partir del inicio del expediente, el juez conoce la situación en la que se encuentran muchos niños, niñas y adolescentes y no necesita más elementos para, al menos, denunciar esta conducta del gobierno X. Si no lo hace, quien debería ser denunciado penalmente sería el juez por incumplir con su obligación pública.

El juez tendría la obligación de denunciar al gobernador y los demás funcionarios por la comisión del delito de abandono de persona y, al mismo tiempo, debería resolver la denuncia de la forma en que aquí sugiero. Adicionalmente, como señalé antes, debería haber intimando al gobierno X para que restituya o cree un nuevo programa en un plazo breve, además de pedir información detallada sobre el contenido del programa e incluir el apercibimiento a los funcionarios públicos.

Es necesario defender a los jueces que interpretan las normas jurídicas siguiendo los ideales igualitarios que están en la Constitución. Debemos colaborar con ellos acercando argumentos que pueden ser útiles para ejecutar las obligaciones que el Estado incumple al violar derechos fundamentales básicos. En esta oportunidad, la violación a los derechos sociales de niños, niñas y adolescentes me llevan a pensar en apelar a una medida grave que implique, como en este caso, amenazar con la imposición de un castigo. Si bien debemos comprometernos a utilizar al derecho penal como el último recurso, tenemos que considerar que el peligro al que se somete arbitrariamente a niños, niñas y adolescentes nos da una razón para pensarla como la última posibilidad de garantizar el cumplimiento de sus derechos sociales.

IV. La primera aparición del Estado en una comunidad desigual

El debut del Estado en la vida de un ciudadano no puede ser a través de la imposición del derecho penal⁷. En los casos de usurpación, como también en los casos de protesta social, el reclamo que lleva a los ciudadanos a estas conductas que, en este caso, también constituyen delito es la omisión del Estado respecto de sus obligaciones constitucionales.

⁷ En este sentido, Ramallo y Petrone (2017).

Si estamos ante un Estado que no cumple con sus deberes y, además, tiene poco interés en tratar a todos los ciudadanos con igual consideración y respeto, las posibles (y razonables) respuestas son estas. De este modo, si ante un reclamo, el Estado va a actuar con la amenaza del derecho penal y tratando a los ciudadanos como si estuvieran aprovechando una ventaja por sobre el resto, es posible cuestionar su legitimidad. El Estado debió estar presente mucho antes y su aparición con la amenaza de un castigo penal es cuestionable. Este planteo demuestra un modo de entender los derechos de los ciudadanos y también la función que tiene el derecho penal. Los ciudadanos de una comunidad tienen que tener sus derechos garantizados y deben estar obligados a cumplir con sus deberes. Entre sus deberes como ciudadanos, por supuesto, está la obligación de no cometer delitos. Sin embargo, es posible decir que, en determinados casos y ante delitos concretos, no se puede exigir esta obligación a costa de sufrir un daño peor que el que produce un delito en particular.

Si el Estado tiene como primera alternativa para aparecer en la vida de las personas el uso del derecho penal, debemos cuestionar su legitimidad. Como señalé en la sección anterior, es posible usar el derecho penal, pero para obligar al Estado a cumplir con sus obligaciones constitucionales. Este modo de usar el derecho penal tiene otra finalidad y, además, se dirige contra funcionarios públicos, no contra ciudadanos afectados que reclaman. Esta diferencia me parece crucial para enfatizar y defender su utilización.

V. Comentario final

En este breve trabajo quise mostrar dos modos en los que el derecho penal se vincula con los derechos sociales. En la primera parte del trabajo, mi intención fue mostrar la manera en la que no debería apelarse al uso de

la coerción penal ante el reclamo de un derecho, en particular de un derecho social. En la segunda parte, defiendo una posible utilización del derecho penal para asegurar el cumplimiento de obligaciones incumplidas por el Estado vinculadas, también, con los derechos sociales. Mi objetivo fue mostrar que existen posibilidades de encontrar relaciones entre los derechos sociales y el derecho penal. Una relación debe ser rechazada, mientras que la otra puede ser defendida en determinados casos. No se trata de encarcelar funcionarios públicos ni amenazar con hacerlo, sino de usar el derecho penal para cosas importantes: exigir la igualdad en nuestra comunidad.

Bibliografía

- Ashworth, Andrew. 2015. *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing.
- Beade, Gustavo A. 2019. "Who Can Blame Whom? Moral Standing to Blame and Punish Deprived Citizen". *Criminal Law, Philosophy* 13: 271–281.
- 2017. "El rol político de los funcionarios judiciales. Un argumento contra la lealtad a la ley positiva". En: Zysman, Diego (ed.), *Castigo y democracia*, Buenos Aires: Didot.
- 2016. "Usurpación, reclamos sociales y soluciones penales". *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, 24: p. 1-12.
- 2015. "Desigualdad y castigo: el problema de las usurpaciones". En: Beade, Gustavo A. y Vita, Leticia (coord.), *Criminalización de la protesta. La respuesta del Estado frente a los reclamos ciudadanos*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

GUSTAVO A. BEADE

Dagger, Richard. 2018. *Playing Fair, Political Obligation and the Problems of Punishment*. Oxford: Oxford University Press.

Duff, R.A. 2018. *The Realm of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.

Gargarella, Roberto. 2005. *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Ramallo, María de los Ángeles y Petrone, Camila. 2017. “Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del derecho penal de Gustavo Beade”. *En Letra Penal* 5.

Venta ambulante: desafíos para la defensa pública frente a la criminalización de la pobreza

Sabrina Paula Vecchioni

Abogada, Universidad de Buenos Aires (2008). Magíster y Diplomada en Ciencias Sociales con mención en Género, Sociedad y Políticas Públicas Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales y Programa Regional en Políticas Públicas de Género (FLACSO – PRIGEPP). Trabajó en la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación entre los años 2012 y 2018, en la actualidad presta funciones en la Coordinación General de Programas y Comisiones de la Defensoría General de la Nación.

“Llegará el día en que los pobres sean protegidos como una especie en extinción. Habrá zonas de veda, parques turísticos y hasta aldeas más o menos auténticas que ilustren cómo vivían. Quizá los visitantes admiren la inteligencia y dignidad con que se puede vivir estrechamente. Pero será difícil explicarles cómo pudo haber pobres en medio de la abundancia”.

Gabriel Zaid¹

I. Introducción

Desde tiempos inmemoriales, la necesidad de dividir en estratos sociales como forma de promover un sistema que permitiera diferenciar entre quienes tenían derecho, acceso y goce a bienes y quienes no, ha llevado al diseño e implementación de modelos económicos que, lejos de mantenerse en el mero plano de lo económico, han llevado a la modificación de sistemas políticos, sociales, culturales y religiosos.

Los ordenamientos jurídicos no han que-

¹ Zaid, Gabriel, “Pobreza y desigualdad”, 31/05/2008, disponible en: <https://www.letraslibres.com/mexico/pobreza-y-desigualdad>.

dado exentos de las influencias del mercado, por el contrario, han contribuido mediante la adopción de sistemas punitivos de aquellas conductas consideradas como violatorias de derechos de quienes eran los legítimos poseedores de bienes, en aras de resguardar el derecho de propiedad, sin cuestionarse los contextos de quienes no poseen ni se encuentran legitimados.

En las últimas décadas, la proliferación de los modelos económicos neoliberales, sumada a la precarización de las condiciones laborales y al desmantelamiento de las políticas públicas de los Estados de bienestar, han llevado a que grandes segmentos de la población mundial se vieran marginados en el acceso y goce a derechos básicos como ser: alimentación, vivienda, saneamiento, trabajo y educación, acrecentando así las cifras de quienes viven en condiciones de pobreza y extrema pobreza y, contribuyendo a la existencia de mayor desigualdad.

Como corolario, se encuentran vigentes y se aplican normas del derecho penal que persiguen y penalizan las conductas contrarias al derecho de propiedad intelectual y marcario, en tanto afectaciones al bien jurídico de propiedad cometidas por personas marginadas en el acceso a derechos humanos básicos, las que, además de sufrir los estigmas de la desigualdad social, se ven sujetas al régimen punitivo penal del Estado.

El presente trabajo busca analizar, desde un enfoque multidimensional, el fenómeno de la pobreza y la desigualdad, y su impacto en quienes practican la venta ambulante como forma de subsistencia; buscando establecer los estándares vigentes en el sistema universal e interamericano de protección de los derechos humanos y las posibles estrategias de defensa frente a la aplicación con fines de criminalización de la pobreza del derecho penal.

II. Pobreza y desigualdad. Situación económica como orden social establecido

Antes de comenzar el análisis propuesto, conviene establecer a qué nos referimos cuando argumentamos que la pobreza y la desigualdad constituyen la causa por la que determinadas conductas son consideradas delitos y otras no. Así, los Estados han reconocido que la pobreza es una condición humana compleja, caracterizada por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales².

La pobreza no es una elección autónoma, sino una situación multidimensional en la que el sujeto puede verse forzado a permanecer cuando no media la asistencia de las autoridades. Este fenómeno escapa a la noción de causa-consecuencia, por lo que las personas que viven en situación de pobreza no tienen la culpa de vivir así. Los Estados no pueden ni deben castigarlas o penalizarlas por ello, al contrario, su obligación es adoptar medidas y políticas de amplio alcance para eliminar las condiciones que son causa de la pobreza; como también asegurar la realización de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de quienes viven en situación de pobreza³.

Desde un análisis interdisciplinario de la pobreza, la sociología reflexiona que se tra-

2 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2001/10,10 de mayo de 2001, párr. 8.

3 ONU, Asamblea General, “La extrema pobreza y los derechos humanos”, 4 de agosto de 2011, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/A-66-265_sp.pdf.

ta de un fenómeno propio del orden social, entendido como un mundo de relaciones de poder en el que la asignación, apropiación y perpetuación de la propiedad de recursos económicos, que se traducen en elementos de poder dentro de esas relaciones, sostiene un determinado orden que busca perpetuarse a partir de herramientas como la aplicación de los sistemas penales contra quienes se encuentran en los márgenes de ese diseño relacional de poder⁴.

Esta asignación de posiciones permite identificar a determinados grupos y estigmatizarlos, dado que se ubican en los márgenes de un sistema diseñado para su perpetua exclusión. En este punto, cabe destacar el concepto de *marginalidad avanzada* de Loïc Wacquant, según el cual el papel del sistema penal en las últimas tres décadas de giro neoliberal ha ido adquiriendo un destacado protagonismo como método o dispositivo de gestión y gobernabilidad de la pobreza –complementado por el sistema asistencial–. Se percibe aquí cómo la labor del Estado es uno de los determinantes en la configuración de las posiciones subordinadas del espacio social (Wacquant 2005), y el dilema entre, por un lado, las obligaciones asumidas en el plano internacional en la defensa y promoción de los derechos humanos y, por otro lado, la aplicación de las normas penales del ordenamiento interno⁵.

4 Siguiendo la propuesta de Pierre Bourdieu, la idea de espacio social se presenta como superación del pensamiento sustancialista, el que tiende a ver y privilegiar las propiedades o atributos a modo de esencias, así como a los grupos sociales en tanto que unidades. La idea contraria es la concepción del espacio social que pretende mostrar y resaltar las relaciones, entendiendo que estas son la parte constitutiva y ontológica de lo social (Bourdieu 1990).

5 Como prueba, puede mencionarse la Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2016, en la que luego de establecer los numerosos esfuerzos para la erradicar la pobreza a nivel mundial, los Es-

III. Derechos humanos, pobreza y venta ambulante

Si bien los Estados asumieron compromisos internacionales para la protección de las personas en situación de vulnerabilidad, también es cierto que en las últimas décadas se ha visto el incremento de leyes y reglamentaciones que penalizan las formas en las que se manifiesta la pobreza. La más significativa en términos de criminalización es la persecución penal de la venta ambulante, es decir, la constitución de esta conducta como un delito por concebirla como afectación del bien jurídico propiedad –intelectual y/o marca– de otro individuo y/o corporación.

Las investigaciones revelan que los vendedores ambulantes optan por esta actividad porque no tienen otra forma de percibir ingresos, su nivel de instrucción es bajo y carecen de oportunidades de empleo (cfr. Kusakabe 2006). Para los más pobres y vulnerables, la venta ambulante es un medio de ganar dinero para mantener a sus familias. Cuando los Estados imponen prohibiciones, licencias caras o fuertes restricciones a los vendedores ambulantes, menoscaban gravemente el derecho de ganarse la vida de las personas que viven en la pobreza⁶.

Aunque los Estados puedan adoptar reglamentaciones razonables, suelen otorgar a las

tados asumen que ella constituye un fenómeno multidimensional que requiere de su activa participación para el acceso y goce efectivo de derechos por parte de todas las personas, y resulta indispensable el diseño e implementación de instrumentos de políticas públicas inclusivas para desarticular la vigencia de sistemas penales que buscan la criminalización de las personas en situación de pobreza. ONU, Asamblea General, Resolución 71/186. Los derechos humanos y la extrema pobreza, 2 de febrero de 2017, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documents/BDL/2017/10982.pdf>.

6 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 6.

fuerzas del orden una amplia discreción para determinar las zonas, los días y los horarios en que las actividades de venta ambulante están prohibidas o restringidas. Esto hace que los vendedores ambulantes sean más vulnerables a los abusos de los agentes estatales, personas a título privado o pandillas. Además, reciben amenazas contra su vida e integridad física, son víctimas de soborno, extorsión y confiscación ilícita de sus mercancías.

Si los vendedores ambulantes son objeto de acoso o soborno, o si sus mercancías son destruidas, les resulta casi imposible presentar una denuncia ante la policía porque enfrentan profundas desigualdades estructurales y desequilibrios de poder, obstáculos en la comunicación y la información, y no tienen una representación legal. Esta situación es particularmente grave con respecto a los vendedores ambulantes que pertenecen a grupos vulnerables y discriminados, y que históricamente han sido maltratados por la policía y las autoridades, como las mujeres, los migrantes y las minorías étnicas⁷.

Entonces, la pobreza constituye un fenóme-

no cuya responsabilidad recae en los Estados, que deben adoptar medidas tendientes a erradicarla y que podrían traducirse en la aprobación de actividades económicas de subsistencia socialmente marginalizadas, como la venta ambulante de productos diversos. En este sentido, la CIDH en su “Informe Preliminar sobre pobreza, pobreza extrema y Derechos Humanos en las Américas”, consideró que:

[...] la pobreza constituye un problema de derechos humanos que se traduce en obstáculos para el goce y ejercicio de los derechos humanos en condiciones de igualdad real por parte de las personas, grupos y colectividades que viven en dicha situación. En determinados supuestos, implica además violaciones de derechos humanos que pueden ser atribuidas a la responsabilidad internacional del Estado. Por otra parte, la pobreza extrema constituye un grave problema de derechos humanos por la intensidad en la afectación al goce y ejercicio de derechos humanos.

Asimismo,

[...] la Comisión ha observado que los altos niveles de discriminación estructural y exclusión social a que están sometidos ciertos grupos en situación de pobreza, hacen ilusoria su participación ciudadana, su acceso a la justicia y disfrute efectivo de derechos⁸.

Y agrega que el principal problema está dado por la invisibilidad a la que es sometida la pobreza:

La Comisión considera que, si bien usualmente la pobreza está relacionada con la

⁷ Así lo señaló el Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes de Naciones Unidas en su informe preliminar sobre la situación de los derechos humanos de este colectivo en Argentina. Allí se enfatizó que, en Buenos Aires y en otras ciudades, existe un accionar desproporcionado de las fuerzas policiales contra los vendedores ambulantes de descendencia africana, en su mayoría senegaleses, y se tomó conocimiento de que son acusados de contravenciones como resistencia a la autoridad o vulneración de la ley de marcas, sufren violencia policial, detención arbitraria e incautación de su mercadería. También advierten que en todos los casos, después de su arresto y detención sin orden judicial, los vendedores ambulantes son liberados por el fiscal o el juez, y que esta práctica se repite como una herramienta de acoso sin ninguna necesidad de rendir cuentas. ACNUDH, Informe preliminar del Grupo de Expertos ONU sobre afrodescendientes en visita de investigación a Argentina, 8 de marzo de 2019, disponible en: <http://acnudh.org/grupo-de-expertos-onu-sobre-afrodescendientes-en-visita-de-investigacion-a-argentina/>.

⁸ CIDH, *Informe preliminar sobre pobreza, pobreza extrema y derechos humanos en las Américas*, enero 2017, disponible en: <http://www.refworld.org.es/docid/586ca7e44.html>, párr. 2-3, el resaltado nos pertenece.

insuficiencia de recursos económicos, ello no implicaría forzosamente que los factores económicos sean los únicos causantes de la pobreza. El crecimiento económico no se plasma automáticamente en una mejora del nivel de vida de las personas y grupos excluidos y marginados, a menos que se adopten medidas o políticas públicas adecuadas –con enfoque en derechos humanos– para generar condiciones de igualdad real. De igual modo, *sin perjuicio de la estrecha relación existente entre democracia, estado de derecho y derechos humanos, ello no significa que la democracia per se y el estado de derecho se traduzcan en la plena efectividad de los derechos humanos de las personas viviendo en situación de pobreza*⁹.

En igual sentido opinó la CEPAL al considerar a la pobreza como “una situación de *falta de acceso a derechos básicos y de negación de la ciudadanía*”¹⁰. Esta postura encuentra sustento doctrinario en autores como Amartya Sen, quien considera que la pobreza representa uno de los principales retos para el ejercicio pleno de las libertades individuales entendidas como capacidades. El autor critica el estudio, análisis y mediciones de la pobreza, realizadas por los propios Estados y organizaciones internacionales, centrados en la cantidad de recursos con que cuenta una persona para establecer su pertenencia o no al grupo denominado “*población en situación de pobreza*” (cfr. Kuklys 2005; Sen 1984, 1992 y 2003).

Este fenómeno debe ser analizado mediante un enfoque multidimensional para establecer las causas y consecuencias de la

pobreza a partir del análisis de desarrollo de capacidades, y no, simplemente, a partir de la verificación de estadísticas de acceso a recursos, renta percibida, consumos, etc. De esta manera, podemos establecer que:

*Una persona está en situación de *pobreza multidimensional* cuando no tiene garantizado el ejercicio de al menos uno de sus derechos para su desarrollo personal, social, cultural y económico, y que tampoco tiene acceso a los bienes y servicios públicos para satisfacer sus necesidades básicas [...]. Lo que implica la obligación del Estado de acompañar en el desarrollo de esas capacidades* (Delice 2010: 87. El resaltado nos pertenece).

En este sentido, la CIDH concluyó que “la pobreza es una de las situaciones generales de derechos humanos más preocupantes en el hemisferio”¹¹, y que constituye “una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales”¹².

IV. Análisis de la pobreza con un enfoque de derechos humanos desde el marco normativo universal y regional

El sistema universal ha reconocido que la pobreza es un problema relacionado con los derechos humanos y que existe un vínculo entre el goce integral de todos los derechos humanos y la reducción de la pobreza. El preámbulo común de los dos tratados vin-

11 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. OEA/Ser.L/VII.110 doc. 52, 9 marzo 2001, párr. 5.

12 CIDH, 2001: 17; CIDH, *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*; OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 59, 3 de noviembre de 2011, párr. 1, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeresdesc2011.pdf>, el resaltado nos pertenece.

9 CIDH, 2017: 4, el resaltado nos pertenece.

10 CEPAL, La medición multidimensional de la pobreza, Duodécima reunión del Comité Ejecutivo de la Conferencia Estadística de las Américas de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Pucón (Chile), 24 a 26 abril de 2013, LC/L.3615(CE.12/5), 17 de abril de 2013, p.4.

culantes aprobados por las Naciones Unidas en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); establecen:

[...] con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de 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 políticos¹³.

La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos fueron reafirmadas en la Conferencia Internacional de Viena de 1993, donde se enfatizó que la pobreza es también una cuestión pertinente a las determinaciones de otros tratados del sistema universal¹⁴.

Para el Comité DESC, que monitorea el cumplimiento del PIDESC, la pobreza ha sido uno de los temas centrales y ha constituido una de sus principales preocupaciones, indicando que el derecho al trabajo, el derecho a un nivel de vida adecuado¹⁵, el derecho a una

13 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cuestiones Sustantivas que se Plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: La pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 1.

14 Entre ellos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Adicionalmente, entre otros instrumentos relevantes, se encuentran la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

15 El artículo 11 del PIDESC y el artículo 25 de la De-

vivienda adecuada, el derecho a la salud y el derecho a la educación constituyen la base del Pacto, y guardan una relación directa e inmediata con la erradicación de la pobreza¹⁶.

En cuanto a las obligaciones especificadas en el Pacto, el Comité DESC ha establecido, a través de sus observaciones generales, que cabe a los Estados “la obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos” enunciados en el instrumento. Sin esta obligación mínima, el Pacto “carecería en gran medida de su razón de ser”¹⁷.

Por su parte, en el ámbito regional –interamericano de protección y defensa de los derechos humanos–, el tratamiento de la pobreza y sus consecuencias no ha sido ajeno. El artículo 2 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), indica que uno de los propósitos de la Organización es promover el desarrollo económico, social y cultural de sus Estados Miembros y erradicar la pobreza crítica. Mientras que el artículo 3 asevera que eliminar la pobreza crítica es par-

claración Universal consagran el derecho a un nivel de vida adecuado, que comprende el acceso a la alimentación, vestido y vivienda adecuados, así como el derecho al agua y la mejora continua de las condiciones de existencia. Ver ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cuestiones Sustantivas que se Plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: La pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 10. Además, Comité DESC, Observación general N° 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 3.

16 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cuestiones Sustantivas que se Plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: La pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 1.

17 ONU, Comité DESC, Observación general N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Parte” (párr. 1 y 2 del Pacto), párr. 10.

te esencial de la promoción y consolidación de la democracia, y el artículo 34 dispone que los Estados Miembros convienen, en pos del desarrollo integral, dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de una serie de metas básicas, entre las que se pueden mencionar: la nutrición adecuada y condiciones que hagan posible una vida sana, productiva y digna. La consecución de dichas metas en condiciones de igualdad real para la satisfacción de los derechos humanos constituye el punto de partida de un desarrollo integral.

En este sentido, existen, además, los derechos establecidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Por su parte, desde 1994, los jefes de Estado del hemisferio occidental se han reunido periódicamente en las Cumbres de las Américas para discutir preocupaciones comunes, buscar soluciones y desarrollar una visión compartida para el desarrollo de la región. Entre los mandatos establecidos, han existido consideraciones en relación con la adopción de medidas para mejorar la calidad de vida de todos los pueblos de las Américas. En el Plan de Acción de Santiago (1998), los jefes de Estado reconocieron que la “extrema pobreza y la discriminación continúan afligiendo las vidas de muchas de nuestras familias e impidiendo su potencial contribución al progreso de nuestras naciones”¹⁸.

En la Reunión de Alto Nivel sobre Pobreza, Equidad e Inclusión Social en la Isla de Margarita (Venezuela), se adoptó la Declaración de Margarita (2003), que incorpora elementos innovadores en la discusión en torno al combate contra la pobreza y la desigualdad¹⁹. La Declaración de Margarita *indica explícitamente la necesidad de una visión multidimensional para lograr resultados efectivos para el mejoramiento del nivel de vida de todos los habitantes de las Américas*.

Por su parte, en la Declaración de Mar del Plata, adoptada en la Cuarta Cumbre de las Américas, los Estados del hemisferio reconocieron que:

[...] uno de los principales desafíos a la estabilidad democrática es generar empleos productivos y de calidad con el interés de asegurar que nuestros pueblos se beneficien de la prosperidad económica. [Y se comprometieron a] implementar políticas activas que generen trabajo decente, dirigidas a crear las condiciones de empleo de calidad, que doten a las políticas económicas y a la globalización de un fuerte contenido ético y humano poniendo a la persona en el centro del trabajo, la empresa y la economía²⁰.

La asunción de compromisos regionales continuó con la adopción de la Carta Social de las Américas, que en su artículo 3 señala:

[los] Estados Miembros, en su determinación y compromiso de combatir los graves problemas de la pobreza, la exclusión social

19 OEA, Comunicado de Prensa No C-197/03: Declaración de Margarita Afirma compromiso del Hemisferio en el Combate a la Pobreza; OEA, Aportes desde la Red Interamericana de Protección Social (RIPSO) del Departamento de Inclusión Social (DIS) de la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad (SADyE). Respuesta al Cuestionario de la CIDH sobre Pobreza y Derechos Humanos.

20 OEA, Declaración y Plan de Acción de Mar del Plata, 2005, disponible en: http://www.summit-americas.org/iv_summit_iv_summit_poa_sp.html, consultado por última vez en fecha 24 de abril de 2017.

18 OEA, Plan de Acción de Santiago, 1998, disponible en: http://www.summit-americas.org/ii_summit_ii_summit_poa_sp.pdf, consultado por última vez en fecha 24 de abril de 2017, el resaltado nos pertenece.

y la inequidad y de enfrentar las causas que los generan y sus consecuencias, tienen la responsabilidad de crear las condiciones favorables para alcanzar el desarrollo con justicia social para sus pueblos y contribuir así a fortalecer la gobernabilidad democrática.

Asimismo, dispone que los “Estados Miembros fortalecerán y promoverán las políticas y los programas dirigidos al logro de sociedades que ofrezcan a todas las personas oportunidades para beneficiarse del desarrollo sostenible con equidad e inclusión social”²¹.

Dicho instrumento señala que la pobreza crítica constituye un obstáculo para el desarrollo y, en particular, para el pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio. Establece que la promoción y la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad, así como a la consolidación de la democracia y el Estado de derecho.

La Carta Democrática Interamericana establece con mayor detalle aún el vínculo entre el combate a la pobreza y la estabilidad y consolidación de la democracia. Se centra en la relación entre “[d]emocracia, desarrollo integral y combate a la pobreza”, y precisa que “la democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente” (artículo 11), y que “la pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano son factores que inciden negativamente en la consolidación de la democracia” (artículo 12)²². En este punto, es

importante indicar que la CIDH ha destacado el vínculo entre la democracia sólida y la fortaleza de su poder judicial, en particular, en la protección de grupos, colectividades y sectores en riesgo de violaciones de derechos humanos, y las personas afectadas por la pobreza y en situaciones de exclusión²³.

V. Venta ambulante en Argentina. Figuras penales que promueven la criminalización de la pobreza

La venta en la vía pública de productos diversos, como ser CD, ropa, anteojos, artículos de bisutería y marroquinería, constituye una forma socialmente aceptada de trabajo precarizado que permite que numerosos segmentos de la población, imposibilitados de obtener un empleo formal, puedan subsistir²⁴. Sin embargo, el ordenamiento jurídico argentino penaliza la forma en la que esta actividad se efectiviza, es decir, se persigue penalmente a quienes la practican porque afecta a derechos asociados a la propiedad privada protegidos legalmente.

El régimen legal de protección menciona-

la universalidad, indivisibilidad, e interdependencia de los derechos humanos, como fundamental para el funcionamiento de las sociedades democráticas. Quinta Cumbre de las Américas, Puerto España, Trinidad y Tobago, Declaración de Compromiso de Puerto España, 17-19 de abril del 2009, párr. 82; Tercera Cumbre de las Américas, Ciudad de Quebec, Canadá, 20-22 de abril de 2001, Plan de Acción, página 5.

23 CIDH, Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos, párr. 10.

24 Los factores estructurales que influyen en el sector informal giran alrededor de un sistema socioeconómico que fomenta condiciones de pobreza, falta de oportunidades e impotencia entre aquellas personas que trabajan en este sector. Los trabajadores del sector urbano informal tienen poco o ningún acceso a mercados organizados, instituciones de crédito, centros educativos y servicios públicos. Cfr. OIT, “Informal Employment in Latin America”, 2005, disponible en: www.ilo.org.

21 OEA, Carta Social de las Américas, Aprobada en la segunda sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA en Cochabamba, celebrada el 4 de junio de 2012. Artículo 3.

22 OEA, Carta de la Organización de los Estados Americanos. Carta Democrática Interamericana. Asimismo, resulta importante destacar que, en el marco de las Cumbres de las Américas, los Estados han reconocido

do es la Ley N°11.723, de propiedad intelectual, cuyo artículo 1º establece que:

[...] las 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.

Lo que se complementa al establecer las penalidades en el artículo 71, en el que se reprime con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal, al que defraude de cualquier forma los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta ley.

La tipificación de conductas continúa a partir de lo establecido en el artículo 31 de la Ley N° 22.362 –Ley de Marcas–, en tanto penaliza:

[...] con prisión de tres (3) meses a dos (2) años pudiendo aplicarse además una multa de un millón (\$ 1.000.000) a ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000): a) el que falsifique o imite fraudulentamente una marca registrada o una designación; b) el que use una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización; c) el que ponga en venta o venda una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización; d) el que ponga en venta, venda o

de otra manera comercialice productos o servicios con marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada.

Debe entenderse que lo se busca penalizar es el ofrecimiento público, la comercialización de productos o marcas falsificadas o fraudulentamente imitadas, y es necesaria para la configuración del tipo penal la afectación, es decir, la producción de un daño concreto al titular de la marca, quien habrá perdido una venta, además es posible el daño al comprador que adquiere un producto mediante engaño²⁵.

Las normas citadas posibilitan su aplicación –con la consiguiente persecución de personas en extrema vulnerabilidad– bajo la *supuesta afectación del derecho de propiedad y la defraudación del comprador*, aunque sea *ajena al fenómeno de la venta ambulante*.

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido la atipicidad de estas conductas basada en un análisis constitucional de las normas a la luz de la realidad actual en la que se busca su vigencia y el contexto histórico que llevó a su adopción, para garantizar la legalidad y la proporcionalidad en su aplicación. Zaffaroni señala respecto a la Ley N° 11.723 que:

[E]n 1933, solo era posible reproducir con los mismos recursos técnicos con que se producía. No se consideraba reproducción a la copia manual de una página o de un capítulo de un libro ni de todo un libro. La tecnología permite hoy la copia íntegra de un libro o de cualquiera de sus partes a costo inferior al precio comercial. La conducta se ha generalizado y no sería posible criminalizar a todos los que copian páginas de li-

25 Turano, Pablo, “Delitos contra la propiedad científica, literaria y artística, ley 11723 y contra el derecho de marcas y otras designaciones, ley 22.362”, febrero de 2011, Ministerio Público Fiscal de la República Argentina, Unidad Fiscal de Investigación de delitos tributario y contrabando, p. 10.

etros para uso personal. Si a ello se suma los que los que registran o graban emisiones radiofónicas o televisivas, prácticamente la mitad de la población –incluyendo a todos los investigadores– estaría incurriendo en delitos conforme al texto y cualquiera de ellos podría ser criminalizado arbitrariamente (Zaffaroni et ál. 2002: 119-120).

De esta forma, el autor, siguiendo a Ferrajoli, sostiene la postura a favor de la evolución en la interpretación de la norma para adecuarla a los constantes cambios de los contextos sociales y políticos, y posibilitar su vigencia en un ámbito de legalidad, en lugar de aplicarla de manera inerte y contraria a los derechos constitucionales por los que se sancionó²⁶.

Respecto de la Ley N° 22.362, sancionada en 2011, el argumento de la temporalidad se suplantó por la falta, en la mayoría de los casos, de los elementos que conforman el tipo penal en cuestión y que buscan preservar la buena fe en las prácticas comerciales, las que no se ven afectadas cuando para el dueño de la marca no son perjudiciales, ni tampoco media engaño en la persona de quien adquiere dichos bienes porque tiene pleno conocimiento de las características del producto adquirido²⁷.

Lo expuesto permite observar que debe erigirse la “atipicidad”, es decir, la falta de configuración del tipo penal porque no se afecta el bien jurídico protegido, cuando hay un argumento de punición de una actividad informal estrechamente relacionada con segmentos de la población en situación de vulnerabilidad.

Como fundamento, debe tenerse presente el principio de “utilidad penal” del que deriva una doble limitación a la potestad prohibitiva del Estado. Por un lado, el principio de necesi-

dad, con su correlato de la máxima economía en la configuración de los delitos y, por el otro, el principio de lesividad, dado que no existiría afectación en los términos concebidos por el legislador (cfr. Ferrajoli 2011: 464 y ss.).

Si bien existe numerosa jurisprudencia en sentido contrario al desarrollo expuesto, algunos precedentes de la Cámara Federal de Casación Penal, receptan lo señalado. Así, la Sala IV resolvió que no existía “afectación o amenaza hacia el bien jurídico tutelado por la ley 22.362 en los casos en que la calidad visiblemente apócrifa y ciertas circunstancias que hacen al contexto de la venta, tornan inidónea a la comercialización cuestionada para causar confusión en el público consumidor”²⁸. Mientras que, en su voto en disidencia, el Dr. Madueño sostuvo que:

[...] la conducta realizada [...] no constituye una infracción a la ley de marcas, pues para dar acreditada la comisión del delito, se requiere que se ponga en venta, venda o de otra manera se comercialice, productos o servicios con una marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada, y la figura requiere una imitación idónea, es decir, que haya alcanzado un grado de réplica suficiente para que un número indeterminado de personas la acepte como verdadera²⁹.

VI. Reflexiones finales

A lo largo del presente trabajo se pudo observar la dicotomía entre, por una parte, la normativa penal y su aplicación punitiva respecto de la venta ambulante, y, por la otra, la necesidad del cambio de paradigma en su abordaje para promover el Estado de derecho.

26 Véase también Bretone (1999) y Ferrajoli (2011, t.1: 415).

27 PJN, Expediente FLP 91003363/2012/TO1, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Plata Nro. 1.

28 CFCP, Sala IV, Causa N° 15209, “Robles Estacio, Juan Antonio s/ recurso de casación”, 13 de noviembre de 2012.

29 CFCP, Sala III, Causa N° 13.552, “Ba, Ipraima s/recurso de casación”, 2 de noviembre de 2011.

La falta de interpretación armónica de los marcos normativos, sumada a la necesidad de tipificar conductas para proteger la propiedad privada, ya sea intelectual y/o marcaria, en la actualidad presenta un desafío insoslayable frente al reconocimiento de obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino respecto de segmentos de la población en situación de extrema vulnerabilidad producto de la pobreza.

La necesidad de cambios en la aplicación de las normas penales constituye una obligación de los operadores jurídicos ya que, en su estado actual, implica una barrera para quienes defienden los derechos de estos sectores de la población marginados del sistema. Si bien existen desarrollos jurisprudenciales que promueven las reflexiones expresadas en los acápite anteriores, no es menos cierto que el desafío se mantiene vigente y nos obliga a una constante labor de adecuación social de los textos normativos para mantener su legalidad y legitimidad, y promover que su vigencia no sea utilizada para perpetuar los márgenes, sino para defender la inclusión.

Bibliografía

Bourdieu, Pierre. 1990. "Espacio social y génesis de la clase". En: *Sociología y cultura*, 281-309. México: Grijalbo.

Bretone, Mario. 1999. *Derecho y tiempo en la tradición europea*. Traducido por Isidro Rosas Alvarado. México: Fondo de Cultura Económica.

Delice, P.A. 2010. "Un análisis multidimensional de la pobreza en Haití", Tesis de Maestría, FLACSO - México.

Ferrajoli, Luigi. 2011. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchos y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta.

Kuklys, W. 2005. *Amartya Sen's Capability Approach*, Berlin: Springer.

Kusakabe, Kyoko. 2006. *Policy Issues on Street Vending: An Overview of Studies in Thailand, Cambodia and Mongolia*. Bangkok, International Labour Office.

Sen, Amartya. 1984. *The Living Standard*. Oxford: Oxford University Press.

----- 1992. "Sobre conceptos y medidas de pobreza". *Comercio exterior*, 42 (4): 310-322.

----- 2003. "La economía política de la focalización". *Comercio exterior*, 53 (6): 555-562.

Wacquant, Loïc. 2005. *El misterio del ministerio. Pierre Bourdieu y la política democrática*. Barcelona: Gedisa.

Zaffaroni, E. Raúl; Alejandro Alagia, Alejandro W. Slokar. 2002. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Documentos de organismos nacionales

Turano, Pablo. 2011. "Delitos contra la propiedad científica, literaria y artística, ley 11723 y contra el derecho de marcas y otras designaciones, ley 22.362". Ministerio Público Fiscal de la República Argentina, Unidad Fiscal de Investigación de delitos tributario y contrabando.

Documentos de organismos internacionales

CEPAL, "La medición multidimensional de la pobreza", Duodécima reunión del Comité Ejecutivo de la Conferencia Estadística de las Américas de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Pucón (Chile), 24

SABRINA PAULA VECCHIONI

a 26 abril de 2013, LC/L.3615(CE.12/5), 17 de abril de 2013.

CIDH. 2001. *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52.

----- 2011. *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*; OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 59, 3 de noviembre de 2011, párr. 1, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeresdesc2011.pdf>.

----- 2014. *Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.152, disponible en : <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Universalizacion-sistema-interamericano.pdf>.

----- 2017. *Informe preliminar sobre pobreza, pobreza extrema y derechos humanos en las Américas*, disponible en: <http://www.refworld.org.es/docid/586ca7e44.html>.

OEA. 1998. *Plan de Acción de Santiago*, disponible en: http://www.summit-americas.org/ii_summit/ii_summit_poa_sp.pdf.

----- 2003. Comunicado de Prensa No C-197/03: Declaración de Margarita Afirma compromiso Del Hemisferio en el Combate a la Pobreza; OEA, Aportes desde la Red Interamericana de Protección Social (RIPSO) del Departamento de Inclusión Social (DIS) de la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad (SADyE). Respuesta al Cuestionario de la CIDH sobre Pobreza y Derechos Humanos.

----- 2005. Declaración y Plan de Acción de Mar del Plata, disponible en: http://www.summit-americas.org/iv_summit_sp.html.

----- 2012. Carta Social de las Américas, Aprobada en la segunda sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA en Cochabamba, celebrada el 4 de junio de 2012.

ACNUDH. 2019. "Informe preliminar del Grupo de Expertos ONU sobre afrodescendientes en visita de investigación a Argentina", 8 de marzo de 2019, disponible en: <http://acnudh.org/grupo-de-expertos-onu-sobre-afrodescendientes-en-visita-de-investigacion-a-argentina/>.

ONU. 2011. Asamblea General, La extrema pobreza y los derechos humanos, 4 de agosto de 2011, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/A-66-265_sp.pdf.

----- 2017. Asamblea General, Resolución 71/186. "Los derechos humanos y la extrema pobreza", 2 de febrero de 2017, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10982.pdf>.

----- 2001. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2001/10,10 de mayo de 2001.

----- Comité DESC, Observación general N° 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Parte" (párrafo 1 y 2 del Pacto).

El principio de insignificancia y los métodos alternativos de resolución de conflictos. Su inserción en la dogmática penal y el derecho procesal

Leonardo Fillia

Abogado (UBA), especialista en Derecho Penal (Posgrado UBA), en proceso de admisibilidad como doctorando (UBA), profesor adjunto (int.) Facultad de Derecho (UBA), defensor público coadyuvante (DGN), autor de variadas publicaciones, disertante en diferentes congresos y jornadas de la especialidad.

I. Introducción

En el presente trabajo se abordará una cuestión que empieza a instalarse en nuestro sistema penal: la aplicación de métodos alternativos para la resolución de conflictos. Nos referiremos específicamente a la conciliación y la reparación integral.

Sin embargo, a diferencia de trabajos anteriores en los que nos hemos ocupado puntualmente de los acuerdos compositacionales a la hora de resolver un caso penal como herramienta en sí (receptada en el art. 59.6 del CP desde la reciente ley 27.147), aquí nos ocuparemos de analizar su relación con un principio proveniente de la dogmática penal, el de insignificancia, lo que, a su vez, nos obligará a analizar su conexión con un principio de alcance procesal, el de oportunidad, también incluido en la reforma sustantiva de la ley citada y reprendida en el inciso 5 del propio art. 59 CP.

Ello así, ya que tanto los acuerdos compositacionales como los dos principios señalados (insignificancia y oportunidad) nacen de un lugar común, esto es, la poca trascendencia o entidad lesiva del caso más allá de que posea, a priori, significación legal desde la subsunción típica.

Para ello, delinearemos conceptualmente los

institutos introducidos en el art. 59 con la reciente reforma (conciliación o reparación integral, por un lado, y principio de oportunidad, por el otro), como supuestos de insubstancia de la acción penal, para luego hacer lo propio con el principio de insignificancia en tanto vector de atipicidad objetiva (en su faz conglobante).

Finalmente, intentaremos determinar la existencia de algún puente conector para establecer si ante un hecho insignificante aplica el principio de oportunidad o la conciliación, si uno es subespecie del otro o se trata de institutos diferentes y autónomos, e incluso si la composición de un conflicto puede tener dimensiones de dogmática penal para cancelar la configuración del delito como ha ocurrido con la insignificancia (cuyo reflejo procesal puede ser el principio de oportunidad).

Inspirados en el eje de esta obra colectiva, al ensayar conclusiones, abordaremos si son mecanismos válidamente vinculados con la necesidad de racionalizar el poder punitivo ante sectores más vulnerables captables y captados por el poder punitivo, desde su conocida selectividad instrumental.

II. El principio de insignificancia

El principio de insignificancia supone la inserción en la dogmática penal de un concepto configurado en la doctrina y receptado progresivamente en la jurisprudencia, que se enlaza claramente con el principio de lesividad de origen constitucional (art. 19).

En efecto, si las acciones no lesivas del derecho de terceros son ajenas a la autoridad de los magistrados, como establece la carta magna; también podría negársele algún efecto a los supuestos donde esa lesividad es casi inexistente por su escasa entidad (insignificante).

Por supuesto que si un hecho es totalmente inocuo o no lesivo, será de absoluta irrelevancia jurídica y penal (atipicidad), pero el caso se vuelve más complejo cuando técnicamente no pueda asegurarse una nula lesión al bien jurídico tutelado, sino una lesión de escasa relevancia y trascendencia más allá de los protagonistas del conflicto.

Esa asimilación a lo casi inocuo pero no inexistente, supo despertar una intuitiva reacción de conservación de relevancia penal. Así, por ejemplo, los tribunales conferían igual entidad típica configurativa del delito de robo del art. 164 CP tanto a la sustracción de un vehículo como a la sustracción de escasas monedas. Sostenían que el bien jurídico no se encuentra graduado en el tipo objetivo sistemático y que, por ende, la realización del tipo penal no depende de la cuantificación, que queda reservada a la extensión del daño como pauta para mensurar la pena (art. 40 y 41 CP).

Con el correr del tiempo, esta pauta de corte político-criminal comenzó a crecer como parámetro de razonabilidad del poder punitivo, en permanente tensión con el derecho penal que intenta contener sus exabruptos persecutorios (y selectivos). Es allí cuando, como derivación de aquel principio constitucional de lesividad, la dogmática del hecho punible logró que un criterio de política criminal, esto es, reservar la persecución penal a los hechos de mayor relevancia, ingresara en el análisis de la teoría del delito, determinando su atipicidad (en la función conglobante del tipo objetivo del profesor Zaffaroni, por ejemplo, o como correctivo de imputación objetiva de corte limitante en otros doctrinarios).

La tesis implica que, ante una afectación de escasísima relevancia, la afrenta al bien jurídico se considera insignificante. Por un lado, desde el paradigma político criminal de *ultima ratio* que reserva el poder penal para los casos más graves y, por otro lado, a partir del principio de lesividad, comenzó a sostenerse que en esos casos no se encuentra satisfecho el tipo penal (ni siquiera a modo de tentativa, porque no se pone en peligro serio el bien jurídico), lo que deriva en la atipicidad del hecho.

Con contundencia, la prestigiosa doctrina sostiene la base de la lesividad como requisito para alcanzar entidad típica un suceso, al afirmar:

[...] la construcción de la tipicidad objetiva no debe perseguir sólo la función de establecer el pragma típico sino también la de excluir su tipicidad cuando no media conflictividad, como requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad del poder punitivo, toda vez que de no existir la conflictividad como carácter del pragma típico no sería tolerable ningún ejercicio del poder punitivo (art. 19 CN).

[...]

Por decirlo de otro modo: mediante la función conglobante del tipo objetivo se establece la existencia misma del conflicto, que para ser tal requiere comprobar tanto su lesividad como su pertenencia a un agente. Los conflictos penales sólo son concebibles cuando importan lesiones a otro (art. 19 N) [...]. La lesividad se comprueba constatando la afectación (por daño o por peligro) del bien jurídico en forma significativa [...] (Zaffaroni et ál. 2002, 483-484).

Sobre este último punto, la doctrina reconoce su vinculación procesal a través del principio de oportunidad que luego analizaremos, pero, a sabiendas de que su ejercicio puede darse de modo arbitrario, es acertado insertarlo a nivel de dogmática penal como correctivo limitante de la imputación.

Se ha dicho: “En casi todos los tipos en que los bienes jurídicos admitan lesiones graduables, es posible concebir actos que sean insignificantes. Lo mismo cabe decir de los tipos de peligro, por ser éste un concepto eminentemente graduable” (Zaffaroni et ál. 2002, 495).

En definitiva, cualquiera sea el modo de abordaje, se parte de la idea de una irracionalidad inaceptable que se produciría en caso

de aplicar poder punitivo ante hechos de afectación casi inocua o de bagatela (principio de proporcionalidad).

Vemos, entonces, una evolución de pensamiento que empieza en criterios de política criminal (subsidiariedad del poder punitivo o *ultima ratio*), se ancla en principios constitucionales (legalidad del art. 18, y lesividad del 19) para la verdadera configuración del tipo penal, y se inserta en la dogmática a través de la irrelevancia jurídico penal del caso (atipicidad), y no en una simple reducción de pena en un delito configurado, pero de poca monta.

De eso se trata el principio de insignificancia colocado en la función conglobante del tipo objetivo a los efectos de despejar el caso, hacia la irrelevancia jurídico penal cuando no se verifica una lesividad significativa del bien jurídico.

Se aprecia, allí, una mirada integral de las disciplinas que componen la ciencia penal, que alcanza su punto culminante al insertarse ahora en las prácticas procesales, esto es, como un supuesto expreso donde ya no será el juez quien dicte un sobreseimiento ante la acusación por un hecho insignificante en su nivel de lesividad, sino que directamente el fiscal (como ejecutor de esta política criminal y avalado por el Poder Legislativo) podrá abstenerse de impulsar cualquier persecución penal.

Esto es lo que se plasma en el principio de oportunidad, ya aludido, que a continuación describiremos en sus notas distintivas, previsto expresamente –y esta es la novedad– como pauta de derecho sustantivo (art. 59.5 CP) y desarrollado en el nuevo cuerpo ritual de inminente operatividad (art. 31 en función del art. 30.a del CPPF según la ley 27.063).

III. El principio de oportunidad (art. 59.5 del CP)

Este principio se erige como herramienta de neto corte procesal, en tanto excepción al principio de legalidad procesal que opera

como regla en delitos de acción pública, donde el órgano encargado de impulsar la persecución penal, por principio, se ve impuesto de esa carga (art. 71 CP). Incluso podría subsumirse una inacción en ese sentido, en el tipo penal previsto en el art. 274 CP.

De este modo, cualquier normativa que legitime la no obligatoriedad de esa persecución penal será considerada una dispensa en el ejercicio de la acción penal, en tanto supuesto de disponibilidad. Derivado de ello, debe considerarse como una expresión de política criminal del Estado y, por ende, es acertado introducir esas pautas como norma de derecho sustantivo. Así lo entendió el legislador en la reciente reforma introducida en el art. 59 del CP por ley 27.147, que implicó el agregado del inciso 5º.

Su correspondencia con leyes procesales es algo que ha traído más dudas que certezas y sobre lo que ya me he explayado en otras ocasiones en las que me referí al método compositivo introducido en el inciso 6º del mismo artículo (Fillia 2017; 2019).

Sucintamente diré que, dado que representan el modo en que la acción penal se sustancia y que se erigen como métodos alternativos a la aplicación de pena material como regla, deben ser considerados patrimonio legislativo del Parlamento Nacional (art. 75.12 CN), más allá de tener consecuencias procesales. Por este motivo, resulta acertada y constitucional su reforma en el cuerpo sustantivo, y deja a las provincias su instrumentación, que no podrán contradecir ni vaciar de sentido la reforma del legislador nacional, sino tomarla como umbral de derechos, y luego matizarla o mejorarla.

Entonces, la reforma no puede subordinarse para operar, en el plano de lo real, lo que las legislaturas provinciales deseen, con el riesgo de convertir en letra muerta la innovación legislativa o configurar una política criminal distinta para cada Estado provincial, lo que violaría la igualdad ante la ley (art. 16 CN).

El nuevo CPPF, ley 27.063, establece expresamente el principio de oportunidad como potestad de los fiscales de abstenerse de impulsar la acción penal (art. 30.a) sin consecuencias ni sanciones, al advertir determinados supuestos concretos y claramente establecidos por el legislador.

Así, en el art. 31 del nuevo ordenamiento se lee:

Artículo 31.- Criterios de oportunidad. Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: a) Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público; b) Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional; c) Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena; d) Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

Es evidente, entonces, que el principio de oportunidad guarda relación con la idea de escasa relevancia del hecho o aporte del imputado, o la innecesidad del reproche estatal (vgr., pena natural), lo que se presenta como una clara realización del principio de subsidiariedad y proporcionalidad del derecho penal y, desde allí, impresiona como un modo alternativo de solución del caso, sin aplicación de sanción (importando conceptos

de la dogmática penal). Este es el vector que atraviesa el presente trabajo.

La doctrina ha ampliado este concepto al decir:

Indudablemente, gran parte de los casos de insignificancia, como de adecuación social, e incluso vinculados con otro tipo de eximiente, deberían recibir una propuesta de salida inmediata del sistema de enjuiciamiento o modelo procesal [...]. En gran parte esa salida viene contenida en la relativización de la idea del principio de legalidad procesal y el mismo nacimiento normativo de los supuestos de oportunidad que regulan la mayor parte de los sistemas de enjuiciamiento moderno. De nada serviría proponer estos correctivos de imputación, si ellos recién se manifiestan en el juicio oral (Rusconi 2016, 447).

La cita es por demás elocuente dado que pone en evidencia la corrección de la innovación legislativa y su connotación político criminal, que se realiza procesalmente en el digesto de pronta implementación, pero también realza aquella vinculación que expusimos más arriba respecto de que la escasa relevancia penal no solo se presenta en esas dos dimensiones, sino en una tercera arista interrelacionada como componente de la cuestión penal, esto es, la dogmática del hecho punible.

Así, una misma decisión político-crímenal impactará en la teoría del delito como correctivo de la imputación, y en la faz procesal, como supuesto de apartamiento de la pena convencional bajo la herramienta del principio de oportunidad, para la pronta cancelación de la perseguidabilidad y la salida del sistema de enjuiciamiento. Siempre, claro está, ante aquellos casos que, por sus características, no merecen poner a funcionar la jurisdicción penal pensada para casos severos subsidiaria y razonablemente aplicada.

IV. La conciliación o reparación integral (art. 59.6 del CP)

Esta herramienta comparte con la que se desarrolló en el punto anterior muchas de las cuestiones expuestas. Se trata de un método alternativo de resolución del conflicto inserto en el digesto sustantivo por la misma reforma y con la misma criticable técnica legislativa de remitirse a normas procesales, con lo que se hacen extensivas aquí las apreciaciones previas.

Implica, sin más, un nuevo paradigma de resolución horizontal de conflictos en detrimento de la convencional decisión vertical de casos, humaniza la relación procesal, sale de la histórica expropiación del conflicto y racionaliza la reacción estatal habilitando un contexto propicio para que los protagonistas del conflicto se encuentren a fin de solucionarlo de un modo dialógico, intersubjetivo y amplio.

Así lo apunta la doctrina desde un discurso crítico del poder punitivo, que debe ser contenido, al manifestar:

Dado que la pena es un concepto que se obtiene por exclusión, es necesario distinguirlo muy precisamente de las otras dos grandes formas de coerción estatal, que son a) la reparadora o restitutiva y b) la coacción directa o policial [...]. La diferencia entre ambas coerciones proviene de la dispar naturaleza abstracta de los modelos a que responden: en tanto que el modelo reparador o restitutivo es de solución de conflictos, el punitivo es de decisión de conflictos que no resuelve sino que, como se ha dicho, los suspende en el tiempo. La extensión del primero amplía el número de conflictos resueltos y mejora la coexistencia; la del segundo extiende el margen de puros actos unilaterales del poder, deja más conflictos sin resolver y deteriora la coexistencia (Zaffaroni et ál. 2002, 47).

Se aprecia, entonces, un auténtico cambio de paradigma o modelo de reacción estatal frente al conflicto a partir de las recientes y saludables modificaciones legales, en aras de dotar de razonabilidad y medida al poder punitivo de pulsiones permanentes.

El éxito de la herramienta de la composición vía conciliación o reparación integral (art. 59.6 CP y 30.c del CPPF) supondrá el cese de la persecución penal al tornar viable la abstención de persecución pública como dispensa al fiscal, sin que ello implique su absoluto control de las riendas de este instituto que, a diferencia del principio de oportunidad controlado efectivamente por la fiscalía, es comandado y perfeccionado por el imputado y la víctima.

De esta forma, se lee expresamente en el nuevo digesto ritual según la ley 27.063 ya citada:

Artículo 34.- Conciliación. Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si corresponde, en audiencia con la presencia de todas las partes. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal; hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del Ministerio Público Fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación.

Aquí ya no se trata de supuestos de innecesaria reacción penal como en el apartado anterior, sino de una sospecha de escasa relevancia, matices patrimoniales, un daño resar-

cible sin mayor impacto o entidad, basándose en una posibilidad predisposta desde el Estado para que los protagonistas del conflicto encuentren el modo de resolverlo.

Si no se cumple, tendrá paso la persecución penal convencional, a menos que mute hacia la aplicación de la fiscalía del principio de oportunidad –por ese denominador común de escasa entidad o conflictividad–, y sea la víctima –no dispuesta a conciliar– la que asuma la acusación por vía del instituto de la conversión, integrante de este nuevo paradigma legal (art. 73 CP y arts. 30.b y 33 del nuevo CPPF).

Este método alternativo evidencia un punto de partida común con el principio de oportunidad, en la medida en que en ambos se aprecia poca conflictividad, pero no impacta en una salida directa del enjuiciamiento, sino solo en caso de prosperar un acuerdo en el que el Estado (mediante el fiscal) no resulta protagonista como para sellarlo (véase que el art. 34 transcripto alude expresamente a un acuerdo entre imputado y víctima).

Ese paso lateral del Estado en su presunto *jus puniendi* es lo novedoso de esta herramienta, bien recibida por gran parte de la doctrina y repelida por otro tanto (aún abrazados a una supuesta esencia penal incompatible con acuerdos de partes).

En suma, comparte con el principio de oportunidad la idea de racionalizar la respuesta estatal y permitir escenarios de no persecución debido a la escasa entidad o trascendencia del caso. Se rige por miradas político criminales comunes y se inserta en el derecho sustantivo, común a todo el territorio, pero con consecuencias procesales en punto a la insubstancialidad de la acción penal (art. 59 CP).

Restará preguntarnos si también pueden coincidir en la faceta dogmática, y si, tal como la insignificancia se refleja en lo procesal a través del principio de oportunidad pero también como principio correctivo en materia de imputación objetiva de dogmática pe-

nal; puede hablarse igualmente de esa doble dimensión ensayando alguna idea (todavía muy experimental o embrionaria) por la que los casos de escasa relevancia –que no es sinónimo de insignificancia– que derivan en un conflicto resuelto pueden impactar también en la teoría del delito como correctivo de imputación o alguna otra fase.

De eso se tratará el punto siguiente, sin olvidar, claro está, que todo el trabajo se inspira en la idea de racionalizar la respuesta punitiva ante situaciones cuestionables de selectividad de sectores vulnerables, que es lo que orienta la obra colectiva en la que se insertan estas líneas.

V. Un daño reparado o un conflicto resuelto, ¿desconfiguran el delito?¹

A partir de lo dicho hasta aquí, se puede afirmar que ante el avance del poder punitivo, aplicado de modo selectivo a los sectores más vulnerables, surge la necesidad de que el derecho penal ofrezca herramientas de contención con anclaje en el discurso crítico que proviene de la criminología y la política criminal, como expresión de medidas de Estado concretas.

Ello se ha visto realizado por diversas reformas legales que han insertado en el digesto sustantivo y adjetivo novedosos mecanismos alternativos en la decisión del caso, lo que favorece un paso lateral de la pena pública, impacta en la insubstancia de la acción u obsta su prosecución como relativización del principio de legalidad procesal.

La reflexión final que nos ocupa en este acápite es ensayar la posibilidad de que esas aristas impacten en la dogmática penal a la hora, por caso, de determinar la tipicidad de una conducta.

1 Ideas embrionarias que surgieron en ocasión de presentar el libro antes mencionado de autoría del suscriptor sobre la temática, en el marco de un seminario de cátedra propiciado y conducido generosamente por el profesor Dr. Alejandro Alagia, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Ya hemos dicho que, en los casos de afectación insignificante, el principio de lesividad ha permitido determinar su irrelevancia jurídico-penal en la tipicidad objetiva (función conglobante) o como correctivo de imputación objetiva. Ello se refleja, a nivel procesal, en el principio de oportunidad.

El mayor desafío es determinar *si en casos no insignificantes*, pero sí de daños muy focalizados en el agraviado puntual, sin trascendencia a terceros ni en lo social, que admiten la composición del conflicto por medio de la conciliación o reparación integral, *puede elaborarse también una herramienta dogmática que cancele la imputación*.

El entusiasmo por la idea viene dado, como se expuso, porque ambos vectores nacen de un lugar común, que es aquel disparador político-criminal de racionalizar el poder punitivo y ofrecer mecanismos alternativos a la pena convencional, generalmente aplicada de modo selectivo a los más vulnerables.

También hay simetría a nivel de reforma sustantiva, pues un principio se recepta en el art. 59.5 y el otro, en el inciso siguiente.

Luego, esa relación espejada se aprecia a nivel procesal, ya que el nuevo CPPF según la ley 27.063 habilita ambos institutos bajo herramientas procesales, principio de oportunidad por un lado (art. 30.a y 31) y conciliación por el otro (art. 30.c y 34). Todo ello inspirado por el paradigma de resolver conflictos pacificando el caso desde los protagonistas hacia la sociedad (art. 22). Resta examinar si ese paralelismo entre los casos de afectación insignificante y los casos no insignificantes pero que, por su baja significación y trascendencia, admiten su composición, también se respeta a nivel dogmático cancelando el juicio de imputación o tipicidad.

Respecto de cuál sería el interés por estas reflexiones, insisto, muy embrionarias, teniendo en cuenta que ya existe una respuesta a nivel instrumental, debo remitirme a las razones por las que los casos de insignificancia o ausencia

de lesividad no se limitaron a su expresión procesal por medio del principio de oportunidad, impactando también a nivel dogmático.

Si esa duplicidad de recepción de un mismo principio no es cuestionable, sino bienvenida, podría alentarse un pensamiento análogo para aquellos casos no iguales pero con puntos de contacto, ahora que el Estado ha convalidado auténticas herramientas procesales y mensajes político-criminales admitiendo el nuevo paradigma de componer conflictos para resolverlos horizontalmente, en lugar de solo decidirlos de modo vertical.

Fue la doctrina la que, a sabiendas de que el principio de oportunidad de raigambre procesal muchas veces será de aplicación discrecional o arbitraria de parte de las agencias estatales correspondientes, insistió en penetrar en la teoría del hecho punible para recortar la imputación desde un componente dogmático, a partir del cual el propio juzgador puede pronunciarse por la atipicidad con independencia de lo que el agente fiscal decida en cuanto a aplicar o no el principio procesal y no sostener la acusación.

En efecto, respecto del principio de insignificancia se ha dicho:

Se lo ha criticado como un criterio de tipicidad material [...] y, por ende, se lo rechazó proponiendo su reemplazo por vía de interpretación restrictiva o resolverlo de *lege ferenda* mediante el principio de oportunidad procesal [...] siempre exige cierto criterio, que no puede ser otro que el de este principio, toda vez que sería inaceptable la oportunidad ejercida arbitrariamente [...] (Zaffaroni et ál. 2002, 494).

Se visibiliza, entonces, el interés por indagar si podría ocurrir lo mismo con los casos de hechos no insignificantes, pero de baja entidad y que, por ende, dadas sus características (de corte patrimonial, sin intereses públicos en juego,

sin resultado muerte ni grave violencia, etc.) admiten un modo alternativo de resolución.

La idea podría sintetizarse en las siguientes preguntas:

Si un hecho de afectación insignificante no configura pragma conflictivo y desde su no lesividad deja de ser típico, ¿podría decirse que un hecho que causa un daño de baja significación y, por ende, deviene reparable, también deja de ser típico cuando el conflicto se disipa por satisfacer a la víctima reparada?

¿O, por el contrario, debería decirse que, al depender de la voluntad de la víctima, el hecho nunca pierde tipicidad, sino que simplemente deja de ser persegurable?

Y, luego, ¿el principio de insignificancia se advierte siempre *ex ante*, sin consulta a la víctima puntual y nunca *ex post*, como se daría en la reparación del daño?

Si la respuesta es negativa, porque existen casos donde esa insignificancia se dirime *ex post* analizando un caso puntual y una víctima puntual, ¿podría darse lo mismo para los casos de baja significación reparable?

Podría erigirse, en paralelo al principio de insignificancia que elimina el pragma conflictivo abstracto, un *principio de reparabilidad o no conflictividad presunta* que elimina el conflicto en concreto? ¿Esta cancelación siempre es abstracta o se nutre también de información del caso concreto?

Si se da esa cancelación de conflictividad, ¿necesariamente el principio de insignificancia opera a nivel de juicio de tipicidad mientras que el *principio de reparabilidad o no conflictividad presunta* solo operaría como remedio procesal en el expediente concreto en el que se selle el acuerdo?

El camino se presenta atractivo por las bondades que aporta delinear una herramienta dogmática no subordinada a la aplicación arbitraria o discrecional de agentes estatales de persecución penal, sin que haya que contentarse solo con su dimensión procesal.

Cuando el principio de insignificancia bajó del art. 19 CN para insertarse en la teoría del delito independizándose de criterios procesales, también supo generar ciertas resistencias, dado que, semánticamente, la afectación mínima de un bien jurídico sigue siendo afectación de un bien jurídico. Por lo que hubo que introducir el componente político del objetivo racionalizador del poder punitivo.

Ocurre lo mismo aquí. Alguien dirá que es más aceptable afirmar que no hay técnicamente un hecho típico si la conducta es adecuada socialmente o de afectación insignificante, pues es casi lo mismo que no afectación o no antinormatividad, y que ello no puede trasladarse a nuestro supuesto, pues en él sí hay afectación significativa (aunque de baja intensidad) y solo ante el acuerdo de voluntades con la víctima, el poder punitivo acepta su autolimitación.

Pero en verdad no es tan distinta una cosa y la otra. Un hecho insignificante es asimilable a no lesivo, un hecho de baja lesividad pasible de composición que efectivamente se compone, también.

Alcanzaría con determinar *ex ante* los supuestos y condiciones pasibles de esa composición (por eso proponemos la formulación *reparabilidad o no conflictividad presunta*, como admisión previa del escenario propicio para este recorte político-criminal que se llenará *ex post* con el efectivo acuerdo de partes para satisfacer a la víctima. Esto confirma la presunción legal de no conflictividad.

Allí, en esas dos fases, se cerrará el criterio eficaz de contención del poder punitivo que perfectamente puede impactar en el juicio de imputación afirmando: un evento de exigua lesividad que admite una reparación que efectivamente se concreta, se convierte en penalmente irrelevante, pues el pragma carece de conflictividad, y lo que ese tipo penal, de ese tipo de delitos que admiten este mecanismo, espera para perfeccionarse no se hallaría presente en el caso. Y eso se llama atipicidad.

Esta es la osada propuesta, pues creemos que supera la de, simplemente, considerar que nos hallamos ante un hecho típico en tanto lesividad y antinormatividad, que presupone un pragma conflictivo indiciario de su antijuridicidad para la configuración de un injusto y que solo como remedio procesal no es perseguible.

Si el tipo es de los que admite composición y esta efectivamente se concreta (con acuerdo sellado, homologado y satisfecho), entonces pasa a convertirse en un evento irrelevante para el derecho penal y que no depende de la voluntad de disposición de la acción penal.

Este cambio de mirada y traslado de lo procesal a lo dogmático tiene una contribución práctica concreta que le otorga sentido a la idea. Y es que, si se mantiene en la esfera procesal como ejercicio de disponibilidad de la acción, muchos seguirán exigiendo la voluntariedad del agente fiscal, incluso la reclaman para aceptar el acuerdo como supuesto de insubstancialidad de la acción de lo que consideran *prima facie* un delito. Cambiando el enfoque, aun con pretensiones impulsoras, el juez podrá libremente sentenciar su atipicidad, pues no puede entenderse superador de un juicio de tipicidad o imputación en términos de relevancia jurídico-penal a un acto no conflictivo que parte de una mínima significancia, que en sí no es sinónimo de insignificancia, pero que pasa a serlo al admitir una composición en abstracto que se perfecciona en lo concreto.

De este modo, el *principio de reparabilidad o no conflictividad presunta* opera como si el hecho no se tiene por verdaderamente cometido en términos típicos hasta tanto se agote la vía de la composición previamente aceptada como posible en ese tipo de sucesos (por sus características comisivas apuntadas, tal como establece el art. 34 del nuevo rito).

Lo que tal vez genera algún cuestionamiento es que deba esperarse a verificar la existencia de la propuesta de acuerdo y su aceptación como comportamiento procesal

de las partes que no hacen al hecho mismo, sino a la dimensión que los protagonistas le otorgan y que el juzgador analiza.

Pero esto, que implicaría desdoblar el análisis en dos tiempos y que nos podría generar algún resquemor, no es algo que sea totalmente ajeno al principio de insignificancia, cuya aceptación e inserción dogmática ya es indiscutible (más allá de que felizmente, además, se prevea a nivel procesal como dos caras de una misma moneda).

En efecto, existen casos donde, solo indagando en los pormenores del suceso y conociendo la realidad de la víctima en un hecho específico, el juez y los acusadores pueden convencerse de que el episodio ingresa en lo insignificante y, por ende, resulta no lesivo.

La doctrina lo ha expresado con firmeza:

Como los bienes jurídicos no se distribuyen igualitariamente en ninguna sociedad, podría sostenerse el criterio de valoración relativa al sujeto. No obstante, el derecho admite estas desigualdades, de modo que una lesión escasa sigue siendo una lesión para quien la sufre, aunque su existencia no se altere por ello. Se trataría de un criterio válido para graduar la penalidad pero no para determinar la insignificancia. Con todo el caso contrario debe tenerse en cuenta, a efectos de no agudizar la victimización selectiva: una lesión usualmente insignificante puede ser significativa para el sujeto pasivo concreto cuando alguna circunstancia particular de éste o de su situación le haga cobrar significación para su existencia (vgr. un vaso de gaseosa en el desierto no es lo mismo que un café en París) (Zaffaroni et ál. 2002, 495).

De modo que no es cierto que la insignificancia o falta de lesividad sea intrínseca al hecho como para no depender de un proceder ritual. Al menos, no necesariamente, y desde

allí se moverían algunos obstáculos para la asimilación que proponemos, persiguiendo el mismo útil y práctico objetivo de darle una doble dimensión a una misma decisión político-criminal que, desde la carta magna, se realiza a nivel procesal y a nivel dogmático, ampliando la frontera con un nuevo componente normativo de recorte, entre lo típico y lo atípico, entre lo que interesa y no interesa al poder penal.

En definitiva, en los casos de insignificancia, la falta de lesividad puede evidenciarla el hecho en sí ni bien es conocido, o bien, configurarse al ponerla en relación con la realidad de la víctima y el modo en que se presentaba como defendible y valioso el bien jurídico en cuestión a nivel coyuntural.

Tal vez en los casos de hechos mínimamente lesivos, pero recomuestos, esa ausencia de afectación la aporte siempre la consulta al caso concreto y a los protagonistas concretos. Pero no podría repudiarse la iniciativa por el hecho de que con insignificancia esto ocurre a veces, y con la composición esto opera siempre.

No vemos objeciones en que la consulta a los protagonistas aporte información directamente para cerrar el tipo, pues, en definitiva, el modelo de Estado con un derecho penal liberal siempre atiende a las consecuencias de sus decisiones, y nada más útil que informarse con los que soportarían los efectos de esas decisiones. De hecho, en los casos de sobreseimiento por atipicidad en supuestos de insignificancia de la lesión al bien jurídico por falta de lesividad también hay un análisis jurisdiccional desde los tribunales, lo único que cambiaría es el motivo del cierre de la pesquisa, sea por auto de mérito jurisdiccional, sea por abstención persecutoria como excepción a la regla de legalidad procesal.

Retomando al ejemplo de la cita doctrinaria, así como un caso que *ex ante* aparece como un café en París (insignificancia que lleva a la atipicidad), se puede convertir *ex post* en un vaso de bebida en el desierto (adquiere significancia

por el contexto del caso concreto y se mantiene en la tipicidad); del mismo modo puede ocurrir el análisis inverso. Es decir, lo que *ex ante* presente significancia y, por ende, relevancia típica, puede, *ex post*, dada sus características predeterminadas y analizado el caso atendiendo a la postura de las partes, convertirse en un no conflictivo y, en consecuencia, jurídico-penalmente irrelevante (atipicidad).

La inserción de ese factor normativo a nivel de teoría del hecho punible, garantizaría adelantarnos a ese análisis y definir su relevancia o irrelevancia penal. Decimos factor normativo de imputación, puesto que esa categorización como hecho reparable o conflicto pasible de resolución (por eso propusimos el *principio de reparabilidad, conflictividad relativa o no conflictividad presunta* como modo de sintetizar una idea simplemente) emana de la ley sustantiva y/o adjetiva que establece las características de los hechos pasibles de esa composición.

El principio se integra con el análisis posterior del juzgador posterior, tal como ocurriría para aplicar el principio de insignificancia luego de escuchar a la víctima para conocer el nivel de importancia de ese bien jurídico en el escenario concreto y el nivel de intensidad relativa de la afectación.

Aquí se completaría con un análisis de *conflictividad relativa* no solo oyendo a la víctima e indagando sobre el escenario fáctico, sino sumando un componente más que es el diálogo con el victimario para sellar o no un acuerdo composicional (conciliación o reparación integral).

A partir de allí, así como algo que parece insignificante puede no serlo al analizar las circunstancias del caso, algo que a priori puede poseer significancia relativa, se convertirá en insignificante o irrelevante a partir de su composición.

Si ese análisis no permite sellar tal acuerdo y declarar no conflictivo el pragma por la sa-

tisfacción de reparado por parte del reparador, la imputación progresaría como progresaría la persecución penal y cualquier gesto compendor del imputado conservará efectos valiosos a nivel de ejecución de una eventual pena (arts. 26 y 27 CP), o de determinación del reproche (arts. 40 y 41 CP), como ocurre actualmente.

Si una herramienta de contención del poder punitivo, inspirada en los principios de lesividad, proporcionalidad y subsidiariedad no se conforma con su versión procesal (con las limitaciones de procedencia que ello implica), sino que se inserta discursivamente en la dogmática penal (como ya ocurrió con el tandem principio de oportunidad y principio de insignificancia), las posibilidades de racionalizar el poder punitivo, siempre selectivo en su aplicación, serán mayores. Y eso, creo, nunca puede ser, a priori, mal visto (como iniciativa al menos).

La iniciativa tendrá mayor aceptación si podemos afirmar que la idea de un principio de reparabilidad o de baja conflictividad presumida por el legislador posee también basamento legal, de esta manera, quien establece el tipo penal sienta las bases para salir de él, admitiendo un acuerdo composicional entre protagonistas que desconfigure el tipo por ausencia de lesividad.

Esa base legal no solo viene dada por las herramientas introducidas en el art. 59 CP por la ley 27.147 o su definición procesal, sino que tiene anclaje en principios generales de ese ordenamiento ritual mucho antes de definir las herramientas procesales novedosas o alternativas.

En efecto, el art. 22 del CPPF según la ley 27.063 establece un nuevo paradigma político-criminal que autoriza a la configuración de nuevas herramientas rituales, pero, a su vez, confiesa la nueva mirada del Estado que posibilita rediseñar esas herramientas para su inserción dogmática.

Allí, se lee:

Artículo 22.- Solución de conflictos. Los jueces y los representantes del Ministerio

Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social.

La norma aludida coloca como norte la solución de conflictos, de lo que podemos inferir que el legislador no solo tipifica conductas, sino que asume la posibilidad de que estas se desarrollen en una baja significación o lesividad de baja intensidad, como para propiciar un mecanismo componedor que considera superador y más adecuado (de hecho, lo marca como preferencia). Agregamos aquí que el caso se aproxima a la no lesividad, y podría merecer el mismo tratamiento con la desvinculación del encausado y el cierre del caso incluso si por deficiencias instrumentales o ausencia de conformidad fiscal (si se considera indispensable) no cese la persecución pública. Conflicto reparado es conflicto resuelto, y ello dota de irrelevancia jurídico-penal al asunto (art. 336.3 del CPPN) como decisión jurisdiccional oficiosa.

Ese artículo 22 admite la pacificación del caso con los fines públicos asociados a una pena ya no necesaria, y la resocialización del infractor desde la reflexión intersubjetiva, y no bajo la ejecución unilateral de un castigo, apoyado en la armonía entre las partes.

Esto es mucho más que un deseo, y posibilita pensar que una vez alcanzado ese objetivo en un caso concreto, podríamos estar frente a algo mucho mayor que simplemente un obstáculo de perseguitibilidad por insubstancialidad de la acción. Bien podríamos pensar, insisto, aun en estado embrionario o approximativo, en un no conflicto, en la conversión de un caso que parecía penalmente relevante en irrelevante, a partir de ubicarlo en el catálogo de casos pasibles de la alternativa para realizar ese fin proclamado en el art. 22.

La norma establece que la solución de un conflicto no solo es posible, sino deseable, y

permite determinar casos donde no solo se anticipa su tipicidad, sino también la chance de su atipicidad, una vez desconfigurado el delito por la reparación de lo que se proclama reparable. Estas pautas legislativas reaparecen en la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (LOMPF) 27.148, art. 9, y la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa (LOMPD) 27.149, art. 42, como un objetivo esperable de fiscales y defensores públicos, reafirmando el ánimo de repensar la cuestión penal.

En otro orden de ideas, además de vincular nuestra propuesta con el principio de insignificancia, existen otros dos correctivos de un juicio de imputación o tipicidad que pueden intuitivamente acercarnos a la misma idea. Uno es el de adecuación social y el otro, el del acuerdo o consentimiento (o *acquiescencia* en palabras del profesor Zaffaroni).

Recorreremos ambos para delinear sus ideas centrales y ver si se ajustan a la propuesta, o basta con aquella primera aproximación al principio de insignificancia o no lesividad del bien jurídico, como la más aconsejable o apropiada.

Respecto del primer supuesto de *adecuación social*, la doctrina lo considera inserto en la dogmática finalista desde sus orígenes:

Hans Welzel lo había incorporado a los análisis de teoría del delito como criterio regulativo como “falsilla de los tipos penales”, aunque más de una vez dudó sobre la ubicación sistemática del concepto. Básicamente se trata de que en ocasiones los tipos penales incorporan, desde su interpretación exclusivamente gramatical, conductas que, sin embargo, se encuentran absolutamente adecuadas a los parámetros ético-sociales [...] mantener la vigencia de la prohibición o el mandato para el caso individual no tiene ningún sentido [...]. No se trata de una justificación en situaciones de conflicto, sino de que el derecho penal no puede considerar antinormativas conduc-

tas que son favorablemente valoradas por la comunidad (Rusconi 2016, 446-447).

Vemos un claro fortalecimiento de nuestro postulado aquí, ya que si el nuevo paradigma apunta a solucionar conflictos y, desde allí, armonizar la relación de las partes, pero procurando, a su vez, la pacificación social, es posible afirmar que cuando el legislador establece condiciones para componer el daño en un conflicto, lo desconfigura como tal de antemano, adecuándolo socialmente una vez operada la condición que ya prevé al legislar, ya que esa sociedad que asiste a la composición entre partes recibe ese mensaje pacificador.

Insistir en llenar el tipo gramatical (o función sistemática) cuando ya no hay conflicto y, por ende, no hay, como dijimos, antinormatividad (por eso se trata en el tipo y no como justificante), pierde legitimidad. Y el hecho de que el legislador ya lo establezca de antemano fijando criterios de delitos reparables, en los que componer el daño es descomponer el conflicto, es anticipar que, operada una condición *ex post*, el caso pierde conflictividad y, entonces, también relevancia típica.

Esa valoración social que se da en el criterio de adecuación social por sucesos ya naturalizados éticamente es similar, conceptualmente, a la valoración social del acto componedor como motivo de paz que quita, por ello, desvalorización ética al suceso pacificado.

No desarrollaremos aquí, por razones de extensión, qué pasa con el uso sistemático de este recurso para un autor persistente del mismo tipo de delito con distintas víctimas que va reparando, que bien podría generar desaprobación social y hacer caer el postulado. Lo mismo podría decirse en los casos de un autor empedernido de hechos adecuados o naturalizados socialmente, de modo aislado, pero tal vez no como actividad habitual. O en casos de pequeñas afectaciones con apariencia insignificante, pero que en su reiteración y acumula-

ción confluyen en una lesión significativa. Nos conformamos con una primera aproximación, suponiendo sucesos individuales.

Por su parte, también cabe revisar lo atinente al *consentimiento* como correctivo de imputación.

La doctrina lo trata como un caso central de competencia de la víctima o imputación a la víctima, es decir, en escenarios donde el resultado se explica por la conducta del propio agraviado como dominador del curso casual lesivo, desplazando cualquier imputación posible hacia el que se presenta como autor.

Se suele diferenciar entre dos escenarios respecto de tipos penales diferentes. Por un lado, aquellos en los que el verbo típico supone transgredir la voluntad del titular del bien (apoderarse ilegítimamente en el hurto o la violación de domicilio). En tales casos, la conformidad o asentimiento de la víctima elimina el verbo típico en la función sistemática del tipo objetivo, derivando en total ausencia de lesividad por convertirse en una conducta inocua: “En la dogmática alemana se los ha denominado acuerdo” (Rusconi 2016, 427).

Por otro lado, existen tipos penales en donde la lesión no solo supone traspasar la disponibilidad del bien jurídico en su voluntariedad:

[...] sino que, por el contrario, el objeto de la acción experimenta alguna degradación. Por ejemplo, la integridad física en el tipo de lesiones [...] es posible independizar voluntad del sujeto pasivo por un lado, y el objeto mismo de la acción por el otro, ya que ese objeto tiene un significado por sí mismo para la comunidad [...] presente la voluntad del afectado la acción no se transforma sin más en un proceso normal de la vida social. La violación a la libre disposición no constituye todo lo ilícito, por lo que se considera imprescindible limitar el efecto excusante del asentimiento. Este grupo de casos, con el fin de distinguirlo

del anterior, en la dogmática alemana se lo denomina como consentimiento stricto sensu o simplemente consentimiento. Hay un parcial acuerdo en tratarlo como causa de justificación (Rusconi, 2016, 427-428)².

La discusión dogmática, entonces, es si ambos escenarios se ubican a nivel tipicidad (con los efectos propios del error de tipo) o si allí solo reside el caso de acuerdo, dejando el consentimiento para la antijuridicidad.

Sobre la base de que la voluntariedad de la víctima debe excluirla de tal consideración, derivando en la irrelevancia penal del caso y, por ende, la atipicidad, existe otra formulación teórica que resuelve el caso de ese modo. Esta formulación trata lo anterior como supuestos de aquiescencia, subdivididos en acuerdo (a nivel de tipicidad sistemática) y consentimiento (a nivel de tipicidad conglobante) (Zaffaroni et ál. 2002, 500-501). Adherimos a ella, pues siempre que esté presente el asentimiento en el ejercicio de disponibilidad de un ámbito de libertad y bienes jurídicos propios, el caso debe salir de la antinormatividad, sin que resulte suficiente considerarlo típico pero justificado (además de no tener previsión legal como causal de justificación ni ser análoga a ninguna existente), más allá del modo en que se resuelva un supuesto de error en cada uno de esos caos (de tipo o de prohibición).

Entonces, cualquiera sea la subespecie, si el caso de voluntad del sujeto pasivo remueve la tipicidad e impacta en ese nivel de la teoría del delito, bien puede ensayarse un paralelismo con nuestro postulado.

En efecto, si la esencia de la exclusión de tipicidad de la aquiescencia es, justamente, la no conflictividad, desde una mirada de derecho penal liberal que se basa en la protección de bienes jurídicos y la relación de disponibilidad

de ellos por parte de su titular, la presencia de una afectación a priori no consentida ni aceptada podría dar paso a la configuración de un tipo penal, en tanto pragma conflictivo. Pero, después, a partir de la enmienda en tiempo y forma, y de la voluntaria aceptación del dañado en su composición satisfactoria y eficaz, ese conflicto es removido (siempre, claro está, dentro de los delitos previamente catalogados como posibles de esta herramienta).

Podría decirse con cierto ingenio que si no operó el consentimiento a nivel de realización de la conducta por el infractor, sí pudo surgir después, diálogo procesal mediante. Entonces, cabe preguntarse, ¿por qué razón el juzgador que advierte un no consentimiento *ex ante*, pero un consentimiento *ex post*, podría insistir con la punición del caso como penalmente relevante?

En definitiva, también se escucha a la víctima para verificar que no operó ni acuerdo ni aquiescencia cuando concurre a realizar o ratificar su denuncia judicialmente. Si en lugar de ello acompañara la evidencia de su debida composición, no estará disponiendo de su bien jurídico al momento del suceso, pero sí estará disponiendo de su derecho a la protección judicial *ex post* de ese bien jurídico afectado, a través de una pena a su agresor que habrá devenido innecesaria.

Lo que aparece en el caso para trazar este puente conceptual es un argumento basal de política criminal: ¿Cuál es el fin de la pena?

Si se busca la resocialización y la paz social, el consentimiento de la víctima no en la ejecución del hecho, pero sí en el momento de su interpretación jurisdiccional, podría tener los mismos efectos de irrelevancia penal (atipicidad), pues ya se ha alcanzado un gesto resocializador en la enmienda y la paz social desde esa armonía entre las partes (art. 22 CPPF).

Si, en cambio, se le quitara todo efecto a ese consentimiento por considerarlo tardío, la pena representaría otros objetivos o intereses.

2 Rusconi concluye, de todos modos, en ubicar ambos casos a nivel de tipicidad.

La doctrina lo explica con claridad:

[...] la posterior tarea de demolición del derecho penal liberal volvió a la carga con el principio imperial, argumentando que el interés público no podía quedar sometido a la voluntad de un particular, lo que llevó a rechazar la relevancia de la aquiescencia. Esta reacción antiliberal implicaba la confiscación o estatización de todos los bienes jurídicos, es decir, todos tendrían un único titular que sería el Estado que, a su vez, se proclamaba titular de un pretendido derecho subjetivo o *jus puniendi* y, en último análisis, el mentado *jus puniendi* se erigiría en único bien jurídico [...] es claro paternalismo autoritario, pues cuando el poder punitivo no reconoce la relevancia del eximiente del consentimiento, desconoce a la víctima o solo la admite con un signo que habilita la confiscación. El argumento por el que se impone la eficacia eximiente de la aquiescencia es constitucional: no hay lesividad cuando un hecho no afecta a otro por daño o por peligro ni tampoco cuando el habitante consiente ciertos cursos de acciones que pueden ser dañinos o peligrosos para el ente con el que se relaciona [...]. La pretendida tutela de un bien jurídico más allá de la voluntad de su titular es un pretexto para penal un pragma no conflictivo y, por ende, es violatoria del art. 19 constitucional (Zaffaroni et ál. 2002, 498-499).

La cita evidencia con claridad que, en definitiva, todos los postulados como correctivos de la imputación tienen una matriz común, que es la racionalización propia de un derecho penal liberal y el descenso de la cláusula del art. 19 CN al juicio de tipicidad.

Claramente, si la herramienta de conciliación o reparación integral implica una decisión de política criminal como conten-

ción a la histórica expropiación del conflicto, que propicia la humanización de la relación procesal oyendo a la víctima, será por demás posible inferir que así como existe un consentimiento en la configuración sistemática y conglobante del tipo, podrá haber otro en esta segunda dimensión, como derivación de un acuerdo entre partes.

Del *acuerdo intersubjetivo material* (en el suceso que pierde connotación penal) se inferirá un *acuerdo intersubjetivo formal* con igual desenlace.

Si es posible, como expresión liberal repensar la cuestión penal abandonando la sacralización de la idea del *jus puniendi* como derecho del Estado en tanto los delitos serían una ofensa a su autoridad (lesa majestad o *crimen majestis*), y partimos de la protección a bienes jurídicos que tienen titulares a los que se les reconoce una relación de disponibilidad (art. 19 CN), pues entonces también será viable pensar que quien dispone de su derecho al restablecimiento del bien jurídico o su vigencia, a través de la pena resignándola por composición particular, habrá de ofrecer buenas razones para relajar y contener esa potencia punitiva. Se trata de una racionalización *ex post* del poder punitivo del Estado.

Vemos, entonces, que entre la insignificancia, la adecuación social (que, con la composición ulterior, daría forma a una idea de *readecuación social de la conducta*) y la aquiescencia, se presenta un denominador común de no lesividad, que bien podría sumar una expresión con los mismos punto de partida, fines y alcances, a partir de presumir la posibilidad de reparar y disponer de la relación procesal ante una ofensa que ya habrá dejado de ser tal, desde su enmienda satisfactoria.

Concluimos en lo innecesario de insistir con aplicación de poder punitivo, tornando el conflicto en un caso resuelto y no solo decidido, sin re establecer el orden a través del cas-

tigo vertical sino del diálogo horizontal, con fines públicos y privados satisfechos.

Todos estos vectores dogmáticos, en definitiva, nacen del mismo lugar, los guían los mismos fines, y focalizan en el mismo horizonte: racionalizar la cuestión penal.

VI. Conclusión

El punto de partida del presente trabajo fue presentar la idea de insignificancia como principio multidimensional aplicable en casos que no ameritan –por desproporcionalidad– la aplicación de poder punitivo, generalmente, a los sectores más vulnerables de la sociedad (subsidiariedad del poder punitivo por su histórica selectividad).

Ello fue conectado luego con su correlato procesal a través del principio de oportunidad e integrado con la conciliación como alternativa novedosa de resolución de conflictos, que parte de un lugar común de poco impacto lesvivo en el evento.

El desafío, si se quiere, más presente en este trabajo, insisto, en modo embrionario o como idea incipiente, ha sido analizar si existe la posibilidad de que los hechos que dan paso a la conciliación también tengan un correlato como correctivo dogmático de imputación, que es lo que ocurre con el binomio insignificancia-oportunidad.

Para ello, nos nutrimos de otros correctivos al juicio de imputación o de tipicidad, como la adecuación social y la aquiescencia (con sus subespecies de acuerdo y consentimiento), ensayando una *atipicidad por conversión* en no conflictivo de aquello que se presenta al inicio como relevante.

Intentamos verificar puentes conectores y acercar nuestra propuesta según los principios asociados más arriba, como iniciativa.

Todo ello inspirado en sucesos que transitan entre lo insignificante y la baja significación que, en definitiva, nos podrían conducir

a la no conflictividad y, desde allí, a su posible irrelevancia jurídico-penal a la luz del principio de lesividad (art. 19 CN).

De eso se ha tratado, como inquietud o aporte, por supuesto perfectible.

Bibliografía

Fillia, Leonardo C. 2017. *Derecho penal reparador. Fundamentos, naturaleza jurídica y alcances de la Reparación del Daño en el ordenamiento punitivo*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor.

----- 2019. “Reflexiones actuales sobre la reparación del daño en el sistema penal argentino”. *Revista de derecho procesal penal. Nuevas dimensiones del principio de legalidad en el proceso penal. Justicia restaurativa*, I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. Editores.

Rusconi, Maximiliano. 2016. *Derecho penal. Parte general* (tercera edición, actualizada y ampliada). Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. 2002. *Derecho penal. Parte general* (segunda edición). Buenos Aires: Editorial Ediar.

Derecho a la vivienda. ¿Obligación nacional, local o concurrente?*

María Roberta Sansone

Abogada (UBA), maestranda en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP), Prosecretaria coadyuvante en la Dirección de Orientación al Habitante, Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

I. Introducción

Este artículo se propone analizar la problemática de la distribución de competencias entre el Estado nacional y el Estado local en relación con la garantía del derecho a la vivienda. Se toma como punto de partida el debate que se planteó en el fuero contencioso porteño, en el marco de los procesos de amparo por acceso a la vivienda, cuando el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA), parte demandada en los procesos, comenzó a implementar la estrategia de solicitar la citación como tercero obligado al Estado nacional. En primer lugar, repasaremos muy brevemente el concepto de derecho a la vivienda adecuada. En segundo término, analizaremos el esquema de atribución de competencias dispuesto en la Constitución Nacional. En tercer lugar, se intentará describir el origen y desarrollo de los procesos de amparo por acceso a la vivienda en el fuero contencioso, administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA o Ciudad) y, en ese marco, la estrategia planteada por la Administración de solicitar la intervención del Estado nacional. En este punto, relataremos los argumentos a favor y en contra de dicha intervención y

*Este artículo es una reedición del artículo original publicado en *Revista ADA* N° 9 *Igualdad, autonomía personal y derechos sociales*. ISSN 2545-8388. Abril de 2019. Disponible en <https://drive.google.com/file/d/11hTRz-Hvi7O1U3rHESyd4THGFnwx7hZF/view>.

Agradezco los comentarios de Viviana Reinoso a la versión preliminar.

señalaremos la jurisprudencia en la materia. Finalmente, se harán algunas consideraciones sobre la problemática analizada, haciendo hincapié en el mandato que surge de la Constitución porteña sancionada en 1996.

II. Derecho a la vivienda

Este contenido del concepto de “vivienda adecuada” ha sido ampliamente definido a partir de las observaciones generales N° 4 y N° 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC). Según ellas, el derecho a la vivienda no puede interpretarse de manera restrictiva, como si solo comprendiera el derecho a un techo, o como si el derecho a un hogar pudiera ser tratado como una mercancía, sino que debería ser concebido como el derecho a vivir en un sitio seguro, con paz y dignidad. El concepto de “adecuación” es de gran importancia para el Comité. Aunque reconoce que se trata de una noción dinámica y evolutiva condicionada por factores sociales, económicos, culturales, climáticos o ecológicos, de todos modos identifica siete aspectos que pueden ser considerados como inescindibles del derecho a una vivienda digna: seguridad jurídica en la tenencia, infraestructura, gastos soportables, habitabilidad, accesibilidad, ubicación, y adecuación cultural. La Observación General N° 7, por su parte, se refiere a los desalojos forzados y los define como actos mediante los que se echa a personas, familias y comunidades de los hogares y tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles acceder a ellos. El Comité considera que estos desalojos constituyen violaciones al derecho a la vivienda.

Aunque pueda parecer evidente o sobrerebundante, viene al caso aclarar que el derecho a una vivienda no implica, como resalta Gerardo Pisarello (2007, 76-77), el deber au-

tomático e incondicional de los poderes públicos de proporcionar una casa a todas las personas en cualquier circunstancia. No implica la propiedad de un inmueble¹, sino que apunta a la igualdad de oportunidades para el acceso al derecho, no a los resultados. La exigibilidad de los DESC, en general, y del derecho a la vivienda, en particular, suele ser caricaturizada con afirmaciones de este orden, pero en realidad se trata de un derecho complejo, como muchos otros derechos fundamentales, en parte positivos, en parte negativos, en parte costosos, en parte no costosos, en parte individuales, en parte colectivos, en parte universales y en parte específicos.

En el *ámbito nacional*, el derecho a la vivienda fue primeramente introducido en la Constitución de 1949². Al derogarse en 1957, el derecho quedó reducido a lo que expresa el artículo 14 bis. Allí, se habla de la obligación del Estado en materia de seguridad social y se prevé en especial que la ley establecerá “el acceso a una vivienda digna”. Tras la reforma de 1994, este derecho se reforzó por medio del artículo 75 inciso 22 (Aldao et ál. 2013, 33-74), que otorga rango constitucional a tratados de derechos humanos que lo contemplan³.

1 Incluso, en ocasiones, no resulta conveniente otorgar la propiedad de la tierra a sus ocupantes, como un modo de evitar que –especialmente en el marco de procesos de urbanización de barrios informales– el sector inmobiliario desplace a las poblaciones empobrecidas. El fenómeno que los urbanistas y sociólogos denominan *gentrificación* excede ampliamente este artículo, pero vale la pena mencionarlo.

2 El artículo 37, parte I, inciso 6, que garantizaba el derecho de los trabajadores al bienestar “cuya expresión mínima se concreta en la posibilidad de disponer de vivienda”, y también, en el mismo artículo, parte III, inciso 2, en donde se afirmaba que “el derecho a un albergue higiénico, con un mínimo de comodidades hogareñas es inherente a la condición humana para la tercera edad”.

3 La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25, inc. 1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante PIDESC (Ar-

En el *ámbito local*, la Constitución de la Ciudad (CCABA), sancionada en 1996, consagra un principio de organización y distribución de las políticas públicas de inequívoco sentido igualitario. El artículo 11, 2º párrafo, de la CCABA establece la obligación de la Ciudad de promover “la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”. De esta forma, incorpora el principio de igualdad material, que contiene una dimensión territorial en la política constitucional al garantizar un hábitat adecuado y el derecho a la vivienda.

El artículo 17 compromete a la Ciudad a desarrollar “políticas sociales” coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades.

El artículo 18 declara que la Ciudad debe promover el desarrollo humano y económico equilibrado que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio.

Asimismo, reconoce el derecho colectivo al ambiente natural y urbano (art. 26) en la planificación y gestión urbana como una función indelegable del Estado integrada a la política de desarrollo económico (art. 27), y condiciona la actividad económica privada a un sistema que asegure el bienestar social (art. 48). Por su parte, el art. 10⁴, de gran rele-

tículo 11.1.), la Declaración Americana de Derechos Humanos (artículo 11); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14, párrafo 2); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27, párrafo 3), entre otros.

⁴ Art. 10 CCABA: “Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que

vancia, consagra el principio de operatividad de los derechos y, finalmente, el artículo 31⁵ reconoce implícitamente el principio de la función social de la propiedad cuando auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos y cuando promueve los procesos autogestivos en la producción de la vivienda, diluyendo la lógica liberal de la propiedad absoluta y de la producción mercantil de la vivienda.

III. Facultades delegadas, reservadas y concurrentes

Según María Angélica Gelli (2009, 594-595), la distribución de atribuciones entre el Estado federal y los Estados locales emerge de varias normas de la CN. Las *competencias delegadas* se encuentran en los artículos 75 y 99 referidos, respectivamente, a las atribuciones del Congreso Nacional y del presidente de la Nación. A su vez, los artículos 116 y 117 establecen la competencia originaria y derivada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Las cuestiones relacionadas con la aduana, los derechos de exportación e importación, empréstitos, uso y disposición de tierras nacionales, emisión de moneda, puertos, códigos de fondo, cuestiones de nacionalidad y naturaliza-

se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos.”

⁵ Art. 31 CCABA: “La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: 1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos. 2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva. 3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones”.

ción, regular comercio con otros países y entre provincias, correos, límites y fronteras del territorio nacional, ferrocarriles, canales navegables, fuerzas armadas, entre otras, constituyen facultades delegadas al Estado nacional.

Las *competencias reservadas*, según la autora, se encuentran previstas en el artículo 5, donde quedan reservadas a las provincias las prerrogativas de asegurar su administración de justicia, su régimen municipal y su educación primaria; y el artículo 122 las faculta para darse sus propias instituciones y regirse por ellas. El artículo 129 hace lo propio respecto de la CABA asegurándole un gobierno autónomo, con facultades de legislación y jurisdicción.

En cuanto a las *competencias concurrentes*, Gelli refiere que la reforma constitucional de 1994 estableció de modo expreso varias competencias concurrentes, y cita el caso del art. 41, de protección del ambiente. Con respecto al art. 125, considera que se replican las atribuciones delegadas en el art. 75, inc. 18, en orden al poder de policía de bienestar. A su vez, respecto del art. 75, inc. 19, afirma que la reforma de 1994 ensanchó notablemente los bordes de la llamada “cláusula para el progreso, el bienestar y la justicia social” y, con ello, el eventual ejercicio del poder de policía de bienestar establecido en el inciso anterior.

Por su parte, Gustavo Arballo (2013, 1622-1652) entiende –apelando a una suerte de trasvase del principio de proporcionalidad– que la federalización exclusiva de una competencia es necesaria cuando el fin de la norma no se puede alcanzar con otra medida igualmente adecuada en el ámbito local. En forma recíproca, la localización exclusiva de una competencia tendrá sentido cuando el fin de la norma no se puede alcanzar con otra medida igualmente adecuada en el ámbito federal. Si ninguna de estas condiciones se verifica, estaremos ante una competencia concurrente.

Entonces, y siguiendo el esquema propuesto por los autores citados, podemos deducir

que el derecho a una vivienda digna, al encontrarse previsto en el art. 14 bis de la CN, no se trata de una competencia reservada ni de una competencia delegada. A su vez, se advierte que el fin de la norma se podría alcanzar adecuadamente tanto en el ámbito local como federal, por lo tanto, resultaría encuadrada dentro de las competencias concurrentes.

IV. Los amparos habitacionales

La política de subsidios a la emergencia habitacional fue diseñada por las autoridades de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires a mediados de los años 80, como una respuesta transitoria que administraba el área de Desarrollo Social. El programa consistía en la entrega de un subsidio individual para pagar una habitación de hotel por un plazo máximo de 15 días, y se encuadraba en una situación excepcional. A medida que el déficit habitacional se fue agravando en los años 90, las autoridades locales comenzaron a utilizar este programa en forma recurrente para hacer frente a una demanda para la que no había políticas consistentes, forzando su marco normativo (Arcidiácono y Gamallo 2015, 212-213).

Así, el Poder Judicial porteño comenzó a intervenir en reclamos relacionados con el derecho a la vivienda en el año 2001, poco después de la creación del fuero Contencioso, Administrativo y Tributario (CAyT). Hubo un cambio en la implementación del programa que consistía en que, a partir de ese momento, la Administración le pagaba el subsidio directamente a cada beneficiario, quien podía elegir en cuál de los hoteles alojarse, mientras que el área de Desarrollo Social se desentendía del trato directo con los hoteleiros. Alrededor de 500 familias afectadas por este cambio acudieron al Ministerio Público de la Defensa de la CABA para buscar patrocinio, y se iniciaron amparos mediante los que se reclamaba la permanencia de las fami-

lias en los hoteles, cuestión que recibió una respuesta favorable y mejoró la calidad de las soluciones habitacionales (Arcidiácono y Gamallo 2014, 193-225).

A partir de ese momento, la presentación de amparos habitacionales individuales en los tribunales de la Ciudad ha venido incrementándose sin pausa y se ha convertido en un reclamo habitual, dado que los programas de subsidios se siguen basando en fundamentos de emergencia transitoria y aún consisten en la entrega de un número determinado de cuotas mensuales⁶. En consecuencia, para evitar ser desalojadas y quedar en situación de calle al cumplirse los plazos administrativos, las familias acuden al Poder Judicial local y solicitan la extensión de los subsidios hasta que logren superar su situación de vulnerabilidad y, así, puedan satisfacer su derecho a la vivienda adecuada por sus propios medios. En suma, quien entiende vulnerados sus derechos fundamentales reclama –por medio de los mecanismos disponibles– su satisfacción plena y acabada. Frente a ello, lo habitual es que la Administración argumente que no existen partidas presupuestarias disponibles para solventar el reclamo, o que no existe una reglamentación suficiente que lo posibilite (Ahumada y Genta 2018, 42).

IV.1. Argumentos de las partes respecto de la intervención del Estado nacional

Alrededor de 2014, el GCBA implementó una nueva estrategia que consiste en solicitar sistemáticamente la intervención del Estado nacional como tercero obligado, arguyendo que es una controversia común porque la

⁶ Actualmente, rige el Decreto N° 108-GCABA-2019 que actualiza el monto máximo del subsidio a otorgar a los beneficiarios, facultando a la Administración para otorgar cuotas mensuales de hasta \$8000, y para extender la cobertura habitacional por plazos de 6 meses.

materia vinculada con el déficit habitacional y el acceso a una vivienda digna es también de su incumbencia. En lo sustancial, basa su petición en lo dispuesto en la cláusula federal del art. 28 y demás artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷.

A su turno, los amparistas se oponen a la incorporación del Estado nacional por distintas razones. Como explica en detalle Josefina Pazos (2018), ellos parten de la idea de que garantizar el acceso a la vivienda de los porteños constituye una *responsabilidad exclusiva del Estado local*, ya que se encuentra en discusión el alcance de obligaciones que surgen de normas locales dictadas por la CABA, las que no fueron impuestas en la normativa constitucional como corresponsabilidades con el Estado nacional. En el mismo sentido, alegan que se encuentra en *riesgo la autonomía* de la CABA, que incluye las facultades para legislar y ejecutar su mandato constitucional en su territorio de forma exclusiva y excluyente, sin intromisión del Estado nacional. A su vez, refieren que la incorporación de la Nación al pleito implicaría una renuncia a las facultades de jurisdicción, que constituyen el pilar fundamental de dicha autonomía (conforme al art. 129 de la CN).

⁷ Artículo 28. Cláusula Federal: “1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención. 3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención”.

La determinación y desarrollo de las políticas públicas en materia de vivienda son obligaciones del Estado porteño, y deben definirse en su ámbito, con su propia normativa y sus propios recursos, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6º, 7º, 8º, 10, 11, 14, 17, 18, 20, 22 y 31 de la Constitución porteña; más las leyes 1251, 3706, 4036 y 4042 locales, su decreto 690/06 y modificatorias. Esto se mantiene más allá de si el Gobierno Nacional emite o no una reglamentación del art. 14 bis de la CN, la que, eventualmente, debería establecer un piso y no un techo a la política pública. La CCABA prohíbe delegar atribuciones al Estado nacional. Existe un mandato normativo expreso por el que el GCBA asume compromisos improrrogables para resolver el déficit habitacional, y cuenta con un presupuesto específico para ello.

Además, los amparistas advierten sobre el peligro de que se produzca una *cesión de las competencias del fuero local* ya que si los planteos del GCBA prosperan, se generaría un precedente que podría dar lugar a la pérdida de jurisdicción en otras materias, y el fuero federal se convertiría en el encargado de dirimir causas en las que sean parte las autoridades locales y nacionales, con una suerte de vaciamiento de la competencia constitucionalmente atribuida al fuero local. Al mismo tiempo, aducen la *inexistencia de controversia común* dado que no se logra demostrar de qué manera la decisión incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la CCABA o de la CN.

Por último, los actores alegan que si se admitiera la citación al Estado nacional, se desnaturalizaría el proceso de amparo, perderían el patrocinio jurídico gratuito del Ministerio Público de la Defensa local, y se afectaría el debido proceso, el acceso a la justicia y el principio de congruencia al ser obligados a litigar contra el Estado nacional y en el fuero federal.

IV.2. La jurisprudencia del TSJ

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (TSJ) se expidió sobre el tema por primera vez en los autos: “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P. c/ GCBA y otros s/ Amparo”, sentencia del 21 de marzo de 2014 (considerando 15):

Obligaciones concurrentes: No hay que soslayar que las obligaciones que aquí se imputan al CGBA han sido asumidas por el Estado Nacional en el marco de tratados internacionales [...]. En el artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica del 22/09/1969— se estableció que “1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención” Esta previsión coincide con los contenidos incorporados a la Constitución Nacional. El estado federal puede asumir compromisos, pero, trasladarlos a los estados federados requiere que la constitución que lo organiza le dé atribuciones que posibiliten hacerlo. Ciertamente, el estado federal no puede disponer de los presupuestos locales. A su turno, el art. 10 de la CCBA asume los compromisos internacionales, pero, ni sustituye al estado federal en su cumplimiento ni podría hacerlo. [...] En ese

marco, si bien no ha sido citado el Estado Nacional, ello no impide que el Estado local arbitre las medidas y acciones que considere pertinentes para hacer efectiva la referida corresponsabilidad⁸.

Este precedente fue interpretado de manera diversa por los magistrados de instancias inferiores. Algunos entendieron que el TSJ propiciaba la intervención de la Nación en los amparos en trámite ante la jurisdicción local. Otros, que apuntaba a una exhortación a las autoridades locales para que arbitren en forma conjunta políticas públicas de vivienda. Como consecuencia, en algunos casos el Estado nacional fue citado como tercero, y este, invocando el fuero de excepción, solicitó que la causa se envíe al fuero federal, lo que suscitó conflictos de competencia. En un sistema judicial difuso como el nuestro, y teniendo en cuenta que los reclamos son presentados por cada persona o familia en emergencia habitacional, la situación generó falta de certeza y dispensiojurisdiccional, y el debate aún no ha sido totalmente saldado.

Poco tiempo más tarde, el máximo tribunal local se refirió al tema en forma más precisa en el caso “Silva Campos”⁹, y dispuso las dudas. Allí se destacó que lo inmediato y relevante para la solución del caso es la aplicación concreta de leyes locales y decretos reglamentarios de la Ciudad, cuya interpretación es lo que se discutía para decidir la suerte de los amparos habitacionales, por lo que no implicaba en modo alguno la intervención del Estado nacional en los juicios de amparo que tramitan en la jurisdicción local.

En el mismo sentido, el TSJ indicó que el GCBA debía enfocar la responsabilidad con-

currente del Estado nacional referida en la causa “K.M.P.” hacia la articulación de políticas públicas de vivienda y habitacionales en general¹⁰. Sostuvo, asimismo, que si el tercero citado invocara la prerrogativa de litigar ante el fuero federal, provocaría un supuesto de gravedad institucional por generalizar, acaso, la transferencia de las causas.

Subrayó que las razones invocadas por el GCBA no permitían entender adecuadamente los motivos por los que el Estado nacional debería participar, ni cuál sería en concreto la eventual acción regresiva que podría ejercer contra el Estado nacional si el GCBA resultara perdedor en la causa, ya que si en todos los casos en que se invoque un derecho constitucional hubiera que citar al Estado nacional, se generaría un manicomio litigioso, en desmedro del servicio de justicia en general y del justiciable en particular. En ese sentido, se concluyó que si el GCBA pretendía responsabilizar al Estado nacional, podía arbitrar las medidas y acciones que considere pertinentes en otro proceso o por otros carriles institucionales¹¹.

Entonces, en opinión del TSJ, si bien el deber de garantizar una vivienda adecuada corresponde concurrentemente a Nación y Ciudad, la Nación no debería intervenir en los amparos que tramitan en la jurisdicción porteña.

IV.3. La jurisprudencia de la CSJN

En el caso “Defensoría del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento” (sentencia del 18/09/07), la CSJN ordenó al Estado nacional y a la provincia del Chaco que adoptaran las medidas para modificar la condición de vida de los habitantes de una región de esa provincia pertenecientes, en su gran mayoría, a la etnia qom, quienes se encontraban en una

8 Voto de los magistrados José Osvaldo Casás, Ana María Conde y Luis Lozano.

9 TSJ, “Silva Campos, Yuri Vanesa c/ GCBA s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 12-VII-2017.

10 V. voto magistrada Ana María Conde.

11 V. voto del magistrado José Osvaldo Casás.

situación de emergencia extrema, con necesidades básicas insatisfechas (falta de agua potable, alimentación, salud, vivienda, entre otros).

En disidencia, Carmen Argibay y Elena Highton de Nolasco declararon la incompetencia de la Corte, aunque hicieron lugar a la medida cautelar. Se sostiene la misma postura en “QCSY”¹². Si bien aquí el Estado nacional no fue demandado, la CSJN manifestó que tanto el Estado local como el nacional tienen el deber, en el ámbito de sus respectivas competencias, de implementar los programas o alternativas que considere pertinentes para hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado.

Ahora bien, recientemente la CSJN se expidió sobre una contienda negativa de competencia suscitada en un amparo habitacional iniciado ante los tribunales porteños, en el caso “Maia, Ricardo Ramón Ángel c/ GCBA s/ amparo”, Exp. CSJN 336/2017”. Allí, remitiéndose al dictamen de la Procuración General, sostuvo que cuando el Estado nacional es citado y se presenta a juicio, aunque lo sea como tercero, procede la jurisdicción federal aun cuando intervengan personas no amparadas en el fuero de excepción.

Habrá que estar atentos en el futuro a este tipo de resoluciones, porque si se generaliza, se podría concretar la cesión de competencias locales con la consecuente pérdida de cierta autonomía de la Ciudad.

V. Algunas consideraciones finales

V.1. Acerca de la cláusula federal de la CADH

Respecto del alcance de la cláusula federal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resulta sumamente esclarecedora

la reflexión de Ariel Dulitzky, al advertir que para comprender el rol fundamental del Estado nacional en el marco del cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas: “es indispensable leer conjunta e integralmente todo el texto convencional y no de manera aislada su cláusula federal. En particular deben considerarse los artículos 1 y 2 convencionales” (2006, 199-251).

Como sintetiza Damián Azrak (en prensa), el primer artículo de la Convención establece que los Estados que forman parte de la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. El segundo artículo prescribe que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Citando a Mónica Pinto, Dulitzky agrega que la cláusula federal podrá servir para deslindar responsabilidades al interior del Estado federal, pero, en modo alguno, para crear un vacío de responsabilidad internacional (2006, 199-251). Por tanto, aun cuando las provincias carecen de personalidad jurídica internacional y, en consecuencia, técnicamente no son parte del tratado, no pueden desatender en sus territorios el tratado que el Estado federal que las comprende celebró.

De hecho, como ha dicho la CSJN, la celebración de un tratado es un acto complejo federal¹³. Por ello, aun cuando el gobierno

12 CSJN, “Quisberth Castro Sonia Yolanda c/ GCBA s/ Amparo”, sentencia del 24-II-2012 (considerando 11).

13 CSJN, “Ekmekdján Miguel Ángel c/ Sofovich Gérardo y otros s/ Recurso de hecho”, sentencia del 7-VII-1992 (considerando 17).

central no adopte las medidas necesarias para que sus entidades federales puedan dar efectividad al tratado, no por ello están eximidas de cumplir con la Convención. Tampoco quedan desligadas de toda obligación de cumplir con la Convención porque el gobierno central sea el responsable internacional.

El artículo 28 debe entenderse como una extensión de las obligaciones que resultan de la Convención Americana a cada unidad componente de la federación. Concluye que, en el caso argentino, hay varias disposiciones constitucionales que refuerzan el concepto de que las provincias están obligadas a cumplir con las disposiciones de la Convención Americana y de otros tratados de derechos humanos. Se refiere al artículo 128, que dispone que los gobernadores son agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación, imponiendo una obligación respecto de los tratados ratificados, al menos aquellos mencionados en el artículo 75, inciso 22, de la CN. Asimismo, hace referencia al artículo 31, que consagra el principio de supremacía constitucional, y a los artículos 5 y 8 de la CN.

V.2. El deslinde de competencias de acuerdo al principio *pro hominis*

Gustavo Arballo (2013) sugiere algunas posibilidades de articulación institucional entre el Estado nacional y los Estados locales que podrían facilitar el deslinde de competencias. Nos interesa aquí subrayar lo que él denomina la concepción progresiva (o de “pisos mínimos”) y determina que lo nacional establece un “piso” común y las provincias pueden elevar ese piso (ampliando la protección, mejorando coberturas y prestaciones, etc.). En este sentido, la asignación de competencias tiene como condición necesaria un resultado que redunde en una mejor versión del derecho en cuestión. La concepción funciona

en sentido “*pro hominis*”, empoderando a las provincias para mejorar y no para restringir el nivel de protección de un derecho.

Siguiendo, entonces, a Damián Azrak (en prensa), cabe concluir que si se comprende que las competencias son concurrentes –como se analizó en el punto III, vivienda y hábitat lo son– y que las fronteras de lo local/nacional se han ido diluyendo con la ampliación de derechos, una persona que habita cualquier localidad de la Argentina, ante una situación de vulneración de derechos, ahora se encuentra legitimada para reclamar y entablar demandas contra ambas jurisdicciones, las locales y nacionales.

A su vez, cabe recordar que concurrencia no equivale a solidaridad. Las obligaciones concurrentes presentan identidad de acreedor; identidad de objeto debido, al que están referidas las obligaciones que concurren; diversidad de deudores; diversidad de causas de deber, que son distintas e independientes entre sí; y engendran deudas distintas, a diferencia de las obligaciones solidarias, en las que la deuda es única. El hecho de que tengan diversidad de causas hace que el deudor que paga la deuda al acreedor no puede pedir después el reembolso de su porción al otro deudor, a diferencia de las obligaciones solidarias. En consecuencia, si ambos Estados se encuentran obligados en forma concurrente –la Nación se encuentra obligada por la CN y la Ciudad, por la CABA– cada uno debe responder por una obligación distinta que no se excluyen entre sí, de modo que, frente al incumplimiento, la persona que se encuentra vulnerada en sus derechos humanos puede elegir a quien demandar, sea a uno o al otro, o a ambos Estados.

Ahora bien, llevando esta solución a un extremo, podría dar lugar a situaciones inequitativas si, por ejemplo, una gran parte de la población de una provincia o de la CABA decidiera reclamar al Estado local por vivienda u otro derecho, descartando demandar a la

Nación, y esto provocara un desajuste presupuestario de tal magnitud que pusiera en peligro la existencia misma de dicho Estado. En ese caso, lo esperado sería que las autoridades locales y las nacionales llegaran a un acuerdo por la vía de la concertación y el diálogo institucional. Si la negociación no fuera posible, debería plantearse en el marco de un proceso autónomo, que debería ser resuelto por la CSJN en virtud de su competencia originaria.

El caso es que la Ciudad de Buenos Aires se encuentra en inmejorables condiciones para poder superar los pisos nacionales en materia de vivienda y hábitat adecuado por varias razones. Una de ellas es su andamiaje constitucional. Como sostiene Roberto Gargarella, la Constitución Nacional, al igual que muchas constituciones latinoamericanas, fue producto de un pacto entre sectores conservadores y sectores liberales que organizaron una estructura de poder contramayoritaria, elitista, opuesta a la intervención masiva de la ciudadanía en el sistema de toma de decisiones (2011, 87-107). A ambos grupos les interesaba la defensa de la propiedad privada, amenazada por las demandas crecientes de grupos políticamente cada vez más exigentes. El autor señala que este esquema institucional completo y, en un sentido importante, consistente, que responde a ese modo de ver el mundo, hasta hoy no se ha modificado sustancialmente, en gran medida, debido a que las fuerzas progresistas que han actuado dentro de procesos constituyentes no tendieron a introducir reformas interesantes; entonces, tal es el marco constitucional que nos rige en la actualidad.

En la Ciudad, el derecho a la vivienda y hábitat se encuentra contenido en un diseño constitucional superador, más abarcativo y más robusto que el nacional. La CCABA se enrola dentro del constitucionalismo social, poniendo en cabeza del Estado la obligación de promover acciones para superar las desigualdades de hecho y, a su vez, establece los

distintos mecanismos que permiten volver eficaz su resguardo fomentando la participación de la ciudadanía¹⁴. Fue sancionada en un momento histórico muy diferente¹⁵, luego de la última dictadura militar y avanzada la década de 1990, en el que la situación de exclusión social ya estaba consolidada en la Argentina. Sobre la base de esta constatación de la realidad, establece principios que configuran un claro mandato constitucional de interpretar todos los derechos en función de lograr la inclusión social. Otra de las razones que sitúan a la CABA en condiciones privilegiadas para poder superar los pisos nacionales en materia de vivienda es su innegable importancia política, económica, social y cultural dentro del esquema federal de la República Argentina. La presidenta de la Auditoría General de la Ciudad señaló:

El GCBA tiene un amplio presupuesto para solucionar la problemática habitacional, más aun teniendo en cuenta que la CABA es la más rica del país. Para dar algunos datos: La Ciudad tiene el 7% de la población del país y produce el 21% del PBI. Su PBI per cápita triplica a la media nacional y su composición social la favorece, ya que solamente el 30% de su población tiene necesidad de la asistencia del Estado¹⁶.

Por último, sin perjuicio de lo señalado en cuanto al carácter concurrente del deber

14 Nos remitimos a los artículos reseñados en el punto II del presente.

15 Cabe recordar que en ese momento, en la CABA, el partido con mayor representación popular era una fuerza considerada de centro izquierda. De los 60 convencionales constituyentes que sancionaron la CCABA, 23 pertenecían al FREPASO, 20 a la UCR, 12 al PJ y 5 al ND.

16 Entrevista realizada a Cecilia Segura Rattagan, presidenta de la Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en “Justicia Porteña, Revista de la Asociación de magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, noviembre 2018.

de la garantizar la vivienda adecuada, lo cierto es que el acceso a la vivienda se relaciona directamente con la regulación y distribución del suelo urbano, con la segregación socio-espacial, con los distintos mecanismos e instrumentos para intervenir el mercado inmobiliario, frenar la especulación y favorecer la utilización de tierras e inmuebles vacantes con finalidad social.

En suma, el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado se relaciona con el derecho urbanístico, el que, desde un enfoque de derechos humanos, denominamos derecho a la Ciudad. En este sentido, si bien un análisis minucioso de la cuestión excede este artículo, no se puede soslayar que la Ciudad ha venido enajenando tierras públicas de cuantioso valor económico, ha vetado las leyes de emergencia habitacional que impedían los desalojos de inmuebles públicos que estaban destinados a vivienda, y renuncia sistemáticamente a percibir plusvalías urbanas, entre otras medidas que, por acción u omisión, agravan el déficit estructural de vivienda. En ese contexto, se explica por qué la Ciudad de Buenos Aires, incluso poniendo en riesgo su propia autonomía, intenta justificar el incumplimiento del claro mandato constitucional local, invocando la responsabilidad concurrente del Estado nacional.

Bibliografía

Ahumada, Mariángel y Bruno Roberto Genta. 2018. "El artículo 10 a la luz del orden federal. La llave de acceso al sistema de derechos fundamentales de los habitantes de la Ciudad". En: *Pensar la Ciudad. Comentarios a la Constitución porteña desde la igualdad, la autonomía personal y los derechos sociales*, coordinado por Damián Azrak. Buenos Aires: ADA Ciudad.

Arballo, Gustavo. 2013. "Localizando el derecho a la salud". En: *Tratado de derecho*

a la salud, tomo II, coordinado por Laura Clérigo, Martín Aldao y Liliana Ronconi, 1622-1652. Buenos Aires: Abeledo Perrot/Thomson Reuters.

Arcidiácono, Pilar y Gustavo Gamallo. 2015. "Quince años de litigio habitacional en la Ciudad de Buenos Aires. De la 'otra ventanilla' al 'cierre del grifo'". *Papeles de Trabajo*, 11 (19): 209-230.

----- 2014. "Entre la confrontación y la funcionalidad. Poder Ejecutivo y Poder Judicial en torno a la política habitacional de la Ciudad de Buenos Aires". *PostData. Revista de reflexión y análisis político*, 19 (1): 193-225.

Azrak, Damián (en prensa). "Del federalismo y los derechos: Políticas públicas nacionales en materia de DESC". En: *Revista de Derecho Público. Derechos económicos, sociales y culturales*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzel Culzoni.

Aldao, Martín, Nancy Cardinaux, Leticia Vita y Laura Clérigo. 2013. "Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local". *Revista ADA Ciudad. Los DESC abren el debate*, 5: 33-74.

Dulitzky, Ariel. 2006. "Federalismo y derechos humanos: El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina". *Anuario Mejicano de Derecho Internacional*, VI: 199-251.

Gargarella, Roberto. 2011. "Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina". En: *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, coordinado por César Rodríguez Garavito, 87-107. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Gelli, María Angélica. 2009. *Constitución*

de la Nación Argentina, comentada y concordada, 4ta. ed. ampliada y actualizada. Buenos Aires: La Ley.

Justicia Porteña. 2018. “Entrevista a Cecilia Segura Rattagan”. *Justicia Porteña. Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*.

Pisarello, Gerardo. 2007. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.

Pazos, Josefina. 2018. “La (des)centralización en torno a costosos derechos sociales puede atentar contra el espíritu de coordinación y concertación del federalismo”. *El Derecho*, 14.391: 8-13.

Normas nacionales y locales

Constitución de la Nación Argentina (1949)

Reforma Constitucional (1957)

Constitución de la Nación Argentina (1994)

Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (1996)

GCABA. Decreto 108-GCABA-2019 Boletín Oficial Ciudad de Buenos Aires 5579 del 18/03/2019.

Jurisprudencia nacional

CSJN, “Quisberth Castro Sonia Yolanda c/ GCBA s/ Amparo”, sentencia del 24-II-2012.

CSJN, “Ekmekdjián Miguel Ángel c/ Soffovich Gerardo y otros s/ Recurso de hecho”, sentencia del 7-VII-1992.

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (TSJ), “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P. c/ GCBA y otros s/ Amparo”, sentencia del 21 de marzo de 2014.

TSJ, “Silva Campos, Yuri Vanesa c/ GCBA s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 12-VII-2017.

Instrumentos internacionales

Declaración Americana de Derechos Humanos, aprobada en la IX Conferencia Interamericana, Resolución XXX, 1948.

OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), adoptada por Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (OEA), B-32, 22 de noviembre de 1969.

ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

ONU, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979.

ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Cuerpos apreciados como obstrucciones: una política de superinvisibilidad

María Carman

Doctora en Antropología Social. Profesora de la Universidad de Buenos Aires e Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Directora del Equipo de investigación “Antropología, ciudad y naturaleza” del Área de Estudios Urbanos del Instituto de Investigaciones Gino Germani (Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires <http://aeuiigg.sociales.uba.ar/>).

I. Introducción

El propósito de este trabajo consiste en explorar la consolidación de argumentos ambientales en conflictos que involucran a ocupaciones populares en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Abordaré, para tal fin, el caso de pequeñas villas y asentamientos porteños que fueron desalojados para la construcción de un camino ribereño público, a propósito del saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo ordenado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN). Mi objetivo es analizar la prescripción moral implícita en dicho ordenamiento territorial y ambiental, el proceso de las relocalizaciones de las villas involucradas en el saneamiento de esa cuenca y el impacto de tales desplazamientos en las vidas de los primeros afectados.

De este colectivo –los afectados– forman parte un conjunto de personas que comparten, al menos, dos características: la primera es, previsiblemente, estar demasiado próximos al Riachuelo, mientras que la segunda se vincula con ciertos modos en que sus cuerpos son apreciados por los demás y también, con variantes, por ellos mismos. El hecho de ser *afectados* alude a una delimitación espacial

–su cercanía a la fuente contaminante–, temporal –los plazos perentorios para su traslado– y, al mismo tiempo, corporal: la presunción de un sufrimiento ambiental¹.

¿Cuáles son las consecuencias imprevistas o contradictorias de un proyecto de gran escala, de una “buena causa ambiental”? ¿Qué significa, para los distintos actores involucrados, el derecho al ambiente sano o la supuesta mejora en la calidad de vida implicada en la relocalización? Como veremos, esta sentencia judicial innovadora no funciona en el vacío: ciertas proceduralizaciones –y no otras– son las que definen los derechos que les competen a los afectados según la apreciación de sus capitales y sus posibilidades de negociación.

II. La conversión de una villa en un espacio legible

La cuenca hídrica de los ríos Matanza y Riachuelo, cuya superficie ronda los 2240 kilómetros cuadrados, atraviesa la provincia de Buenos Aires y vierte sus aguas en el Río de la Plata, a la altura del barrio de La Boca, luego de recorrer 80 kilómetros. El ciudadano porteño promedio no ha visto más que su desembocadura en aquella zona turística por excelencia, aunque puede imaginar el resto sin esfuerzo: un río extenso en cuyas orillas conviven industrias y villas; un río fétido, símbolo de la contaminación, que provoca sufrimiento ambiental a los habitantes populares próximos.

A partir de un reclamo por daño ambiental colectivo presentado por un grupo de vecinos de la cuenca, la Corte Suprema de Justicia dictó, en 2008, el innovador fallo “Mendoza”². Dicho fallo instaura un set de

responsabilidades ambientales: dispone líneas de acción y ordenamiento territorial para la refuncionalización de la cuenca; define los municipios involucrados y el plazo en que las obras deben ser ejecutadas, con la posibilidad de imponer multas en caso de incumplimiento. Tales líneas de acción incluyen estudios sobre el impacto ambiental provocado por las empresas demandadas; la elaboración de un plan sanitario y de un programa de educación ambiental. En este fallo, la Corte también dispone la creación de la Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR): un ente tripartito compuesto por el Estado Nacional, los Estados provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya misión es llevar adelante el Plan Integral de Saneamiento Ambiental, que incluye obras de infraestructura, limpieza y mantenimiento del espacio público, control de las condiciones ambientales y de la actividad industrial y la relocalización de las villas que se hallan sobre los márgenes.

Finalmente, la Corte dispone la conformación de un Cuerpo Colegiado para el control ciudadano del Plan de Saneamiento, conformado por el Defensor del Pueblo de la Nación y cinco ONG que representan el interés público, entre las que se cuentan asociaciones ambientalistas como Greenpeace y la Fundación Ambiente y Recursos Naturales.

En el año 2007, la Corte Suprema delega la ejecución de la causa Mendoza en el juez federal de Quilmes, Luis Armella, quien jerarquiza la problemática de las villas circundantes³, incorpora la cuestión de la liberación del camino de sirga y transforma esta proble-

1 Auyero y Swistun (2008, 38) definen el sufrimiento ambiental como una forma de sufrimiento social causado por las acciones contaminantes concretas de actores específicos.

2 CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Na-

cional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, 1569/2006-M-40-ORI, sentencia 08/07/2008, Fallos: 331:1622.

3 En el fallo inicial de la Corte, las villas afectadas solo eran mencionadas en un apartado dedicado a la contaminación industrial.

mática –según el irónico comentario de una funcionaria– en su “caballito de batalla”. El camino de sirga es una antigua categoría del código civil⁴ que el juez retoma para establecer la obligación de liberar 35 metros desde el talud del río, con el objeto de avanzar en la limpieza de las orillas y del curso de agua.

El nuevo uso de esta categoría, con el visto bueno de la Corte y adaptado a las necesidades de la megacausa ambiental, convierte a esas vastas villas en espacios discernibles, legibles, cuyos habitantes, a partir de ciertas técnicas de medición, pasan a estar contemplados dentro o fuera de la línea demarcatoria.

Diversos actores procuraron, con diversos fines y con mayor o menor éxito, modificar la extensión de los metros estipulados por el juez. En el caso de los municipios provinciales, por cuyo territorio solo corren las aguas de algún modesto afluente del Riachuelo, se buscó reducir la demarcación a 10 o 15 metros y, así, evitar relocalizar a las personas que habitaban en casas consolidadas. En ciertas villas porteñas, por el contrario, algunos organismos defensores procuraron incorporar como afectados a personas que vivían un poco más allá de los 35 metros, pero que presentaban una extrema vulnerabilidad o serios problemas de salud. Esta sanción legal –antes o después de cuál línea la vida puede ser vivida– creó a los afectados y, al mismo tiempo, acarreó, como veremos a continuación, consecuencias imprevistas y contradictorias.

III. Los primeros desalojos: una cadena de invisibilidades

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la liberación del camino de sirga se orga-

nizó en torno a un *dégradé* de casos. Primero fueron desalojados, sin ninguna vivienda a cambio, los habitantes de los asentamientos dispersos y precarios. Posteriormente, el operativo se centró en aquellas villas de un tamaño intermedio y un nivel organizativo variable (Villa Luján, El Pueblito y Magaldi), cuyos pobladores fueron relocalizados con una suma de deficiencias. Finalmente, se llegó para una última etapa la relocalización de los habitantes de la sirga de la Villa 21-24 y de la Villa 26.

Durante 2010, a partir de órdenes de desalojo impartidas por el juez federal de Quilmes, diversos agentes de reparticiones sociales del Gobierno de la Ciudad, de ACUMAR, de la Policía Federal y de la Metropolitana implementaron los primeros desalojos de pequeños asentamientos ubicados a orillas del Riachuelo en los barrios de La Boca, Barracas y Pompeya. Sus habitantes fueron conocidos como *los sueltitos*, ya que sus viviendas se encontraban dispersas en la ribera. En una notable homologación de esas personas a cosas, los habitantes de las orillas fueron catalogados por el juez como “obstrucciones que invaden la zona de protección ambiental especial”; obstrucciones cuyo desalojo ha de ser inmediato⁵.

La principal característica de estos primeros desalojos fue que no tuvieron –pese a lo que indicaba el fallo de la Corte– una contrapartida habitacional y que comenzaron, no azarosamente, con los individuos o familias más desafiliados, sin capacidad organizativa ni poder de réplica. Este fue el caso de la familia Burgos, la familia Borjas y otras tantas: sin aviso previo y en cuestión de horas, las topadoras derribaron sus casas. Las consecuen-

⁴ Las sirgas refieren a las sogas que se usaban para arrastrar a los barcos río arriba. El camino de sirga era el espacio de los márgenes que se necesitaba para que las cahretas tiradas con bueyes pudieran empujar esas sogas.

⁵ Expediente N° 17/09 caratulado: “ACUMAR S/Limpieza de Márgenes del Río” de los autos principales N° 01/09, caratulado: “Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c/ Estado nacional y ots. s/ ejecución de sentencia, Registro de la Secretaría N° 9, Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes, resolución del 28 de marzo de 2011.

cias del desarraigo se vieron agravadas porque estos primeros destinatarios de la manda judicial no contaban con la información de que debían dejar sus viviendas, o bien se enteraron del operativo con apenas algunos días de antelación. Entre ellos, había menores, enfermos de HIV y discapacitados; y también hubo casos de personas que desarrollaron a posteriori graves enfermedades⁶. Tal como constató la Defensoría General de la Ciudad, varias de estas familias terminaron viviendo a la intemperie o bien en condiciones habitacionales peores a la de su anterior vivienda.

La Defensoría General de la Ciudad denunció también el caso emblemático de “Los Juanes”, dos cartoneros que vivían desde hacía 22 años en una casa cedida por Prefectura en el barrio de La Boca, y que ganaban alrededor de 20 pesos al día. Uno de Los Juanes sufría ataques de epilepsia y no se realizaba controles hacia meses. Pese a la intermediación de un organismo tutelar, el juez dispuso el desalojo compulsivo y la casa fue derribada. El Gobierno de la Ciudad no les brindó ningún seguimiento ni asistencia terapéutica y, luego de un par de días en un hotel, terminaron viviendo en la calle, en el mismo lugar donde antes había estado su vivienda.

Además de Los Juanes, hubo al menos 17 casos de habitantes de ocultas villas ribereñas de la ciudad que fueron desalojados sin que les sea asignada ninguna vivienda. En los casos más extremos, incluso se los obligó a firmar un comprobante de que esa relocalización verdaderamente existió, o bien se los conminó a aceptar –luego de la demolición de sus casas– un subsidio de 750 pesos.

La política implicada en el desalojo de los *sueltitos* no es sino un eslabón más de una ca-

dena de invisibilidades que signa la trayectoria de estos individuos con menos oportunidades de acceso al trabajo, la vivienda o la protección social. Muchos *sueltitos*, por ejemplo, ni siquiera estaban al tanto de su derecho a la ayuda (Castel 2010, 150): pese a estar en condiciones de reclamarlo, ellos no contaban con Asignación Universal por Hijo u otros programas sociales. Además, no fueron escuchados y el juez le negó legitimación a la defensa pública, por lo que los afectados vieron obstaculizado el acceso a la justicia. Por su parte, ACUMAR tampoco incluyó a los *sueltitos* en los planes que este organismo elaboró para las relocalizaciones. Recién en el año 2013, el Instituto de Vivienda contactó a 10 grupos familiares de *sueltitos* que habían sido expulsados: actualmente son beneficiarios de viviendas en el complejo habitacional Padre Mugica.

En estos primeros desalojos, ningún funcionario del Gobierno de la Ciudad o de ACUMAR puso reparos en que sea la misma gente la que se procurara su nueva vivienda⁷. Asimismo, el juez procuró imponer las costas del operativo a los propios *sueltitos*, ya sea para exhibir poder o ejercer un castigo ejemplar sobre las *obstrucciones*.

Al igual que las expulsiones de los sin techo de la Ciudad por parte del Ejecutivo porteño, la violencia disuasiva de estos primeros desalojos actuó sin respaldo visual para desde esa invisibilidad seguir sosteniendo un ideario democrático y de inclusión multicultural. Las últimas gestiones del poder local, si bien de signo político distinto, convergen en su adhesión a un enfático multiculturalismo *pour la gallerie*: Buenos Aires como vitrina de fiestas, danzas y sabores de diversos grupos étnicos.

6 “Brenda, la nena, que vio cómo demolían su casa, quedó con un estrés postraumático tan tenaz, que le salió al poco tiempo esclerodermia, una enfermedad que seca la piel y deforma los huesos” (Revista Viva, 3 de julio de 2011).

7 Aquí intervino aquello que Dubet (en Castel 2010, 185) define como la “norma de internalidad”: la propensión de buscar en el propio individuo tanto las razones que dan cuenta de la situación en que se encuentra como los recursos que debe movilizar para que pueda arreglárselas.

Simultáneamente, estas gestiones tienen una escasa tolerancia a la exhibición pública de la pobreza urbana. De allí que las distintas gestiones converjan en ciertos procedimientos básicos a la hora de gestionar aquellos cuerpos que, desde su perspectiva, “obstruyen” el espacio público. Las tristemente célebres expulsiones de cartoneros o sin techo bajo amenazas y golpes durante las madrugadas fue una de esas metodologías compartidas.

Si tenemos en cuenta la suma de abusos, extorsiones y *desalojos ejemplares* (Carmán 2011) que han recaído sobre los sectores populares de Buenos Aires en las últimas décadas, no sorprende que los sufrientes más aislados y que cuentan con menos capacidad de movilizar recursos sean, otra vez, los más perjudicados. El Gobierno de la Ciudad y ACUMAR retomaron, pues, esta lógica de aplicar una violencia diferencial según la cualidad humana imputada a esos moradores. La arbitrariedad de las medidas encontraron un tope cuando se vieron compelidos a negociar con aquellos vecinos que tenían posibilidad de organizarse, de disentir o de extender los plazos de ejecución de la sentencia; como el caso de la Villa 21-24 que, por razones de espacio, no podremos abordar aquí.

La producción de vulnerabilidad de estos primeros desalojados comenzó a revertirse a partir de la intervención de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, la Asesoría Tutelar de Menores y la Defensoría General de la Ciudad. Estos organismos defensores controlaron el desempeño de las instituciones ejecutoras (Instituto de la Vivienda del Gobierno de la Ciudad y ACUMAR); se erigieron como mediadores de los afectados ya relocalizados o por relocalizar; y sistematizaron las penurias y demandas de estos últimos, canalizándolas a los organismos competentes, aunque con muy poca receptividad. Frente a reiterados reclamos de organismos defensores para evitar la situación de calle de

los damnificados, el juez Armella desestimó sistemáticamente sus presentaciones alegando que dichos organismos no formaban parte del Cuerpo Colegiado consagrado por la Corte Suprema: “Toda vez que la presentante no resulta ser parte del proceso, no corresponde hacer lugar a lo peticionado”⁸.

Quisiera enfatizar una primera cuestión: no existió una política ecuánime de relocalización *a priori* para todos los habitantes de la sirga, sino una pragmática jerarquización de los afectados en virtud de su capacidad de movilización y sus competencias culturales y políticas. En efecto, la respuesta –o ausencia de respuesta habitacional– varió considerablemente según cómo fueron apreciados los capitales de los afectados: su afiliación social, su participación en ciertas redes, o bien, su relativo aislamiento.

IV. ¿Una instantánea mejora? El caso de la Villa Luján

Al igual que en el caso de *los sueltitos*, los habitantes de la Villa Luján no estuvieron al tanto de su condición de afectados y de las garantías asociadas con tal condición. De un modo confuso, un empleado del Instituto de Vivienda les comunicó su traslado en un plazo perentorio, lo cual provocó la ira e impotencia en los vecinos:

No pueden agarrarte desprevenido y decirte de la noche a la mañana: se tienen que ir. [...] Es como que te la tiran a la basura y no valió nada lo que hiciste [...] porque no te reconocen lo que invertiste en tu casa. Yo trabajé 9 años y todos mis ahorros están ahí (Elvira, habitante de la villa Luján, 2011).

⁸ Buena parte de esta información fue provista por el Informe de la Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin fecha.

Frente a la incertidumbre que generó esta información, y ante la ausencia de un interlocutor oficial –pues los empleados del Instituto de la Vivienda no volvieron allí ni les procuraron un modo de contactarse con ellos–, los habitantes de Villa Luján conversaban entre ellos y con los obreros que acondicionaban el camino de sirga. Otro de los argumentos esgrimidos por los vecinos de Villa Luján se vincula con que ellos combatieron la contaminación, en aquel entonces, con la ayuda del poder local:

Hace 10 años esto era un baldío. Era una montaña de autos, un desarmadero lleno de basura... Nosotros limpiamos y contratamos volquetes para sacar la basura. El CGP [Centro de Gestión y Participación del Gobierno de la Ciudad] nos ayudó con herramientas para limpiar (Nora, habitante de la Villa Luján).

Los afectados de diversas villas de la cuenca fueron mudados a complejos habitacionales de Villa Soldati y Villa Lugano, en los que los problemas para llevar adelante la vida no hicieron sino acumularse: falta de suministro de agua y de gas, casos de hacinamiento, balcones sin protección, pisos sin revestimiento. Por otra parte, existía un único medio de transporte, amén de persistentes problemas de seguridad en los desplazamientos, y un desborde en la demanda de salud y educación que generó casos de deserción⁹.

[Los relocalizados] ahora están mucho más preocupados por los problemas de seguridad que lo que podían haber estado preocupados por el Riachuelo en su momento. En [la villa] El Pueblito, de hecho, la gente no vivía el Riachuelo como un problema (profesional de una defensoría).

9 Informe de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, 4 de abril de 2012, p. 23.

Las políticas de desplazamiento –aun aquellas más arbitrarias que ni siquiera garantizan la relocalización– se legitiman en el bien supremo de la vida de esos pobladores y la supuesta interrupción del padecimiento de esos cuerpos; unos cuerpos que deben ser separados de su actual hábitat para ser rehabilitados. En *La vivienda informativa*, la revista del Instituto de la Vivienda, se informa que “a medida que se muda a las familias, las casillas son demolidas para evitar que nuevos ocupantes se expongan a la contaminación del lugar”. Luego de narrar “las tareas de concientización y sensibilización realizadas con las familias antes de reubicarlas”, se consigna las jornadas caracterizadas por:

[...] la emoción que expresaron los adjudicatarios al acceder [...] a una vivienda digna que les permitiese abandonar las condiciones elementales en las que vivían y disfrutar [...] que, de ahora en más, sus hijos puedan crecer en un ambiente sano y propicio para su desarrollo¹⁰.

Este discurso altruista del poder local no representa ninguna novedad: en el caso de la Villa Rodrigo Bueno estudiado en una etnografía previa (Carman 2011, 37-103), el Poder Ejecutivo porteño invocaba el *valor supremo de la vida* como derecho humano básico que pretendía ser garantizado expulsando a los habitantes de allí; aunque sin procurarles a cambio ningún otro sitio donde vivir. Una insignificante suma de dinero pretendía convertirse en la única compensación para derrumbar sus casas por la fuerza y echarlos de allí, aunque bajo la solemne declaración de estar velando por su seguridad ante posibles inundaciones o derrumbes, y

10 Instituto de la Vivienda del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, *La vivienda informativa*, p. 1-3, agosto de 2012.

de garantizar, en suma, su derecho humano básico a “la vida”.

En cuanto a ACUMAR, el lenguaje aséptico e incuestionable de las matemáticas fundamentó la feliz y saludable relocalización de los habitantes de la sirga:

[...] durante 2011 ya se han trasladado a 67 familias de tal partido, y se espera que en el transcurso de los próximos 3 meses un total de 38 familias más sean relocalizadas a las 158 viviendas que se proyecta construir (página web de ACUMAR).

El tono escogido es despejado, preciso, optimista. Complejas realidades humanas se subsumen en una cifra esperanzadora, fácilmente transmisible. La página web de ACUMAR reduce, como diría Elias (1982), el *proceso al estado: el proceso de relocalización* es reconvertido al nuevo *estado*, ya cristalizado, de “mudados”, en el cual se transmite una imagen de transparencia y consenso con los grupos de afectados.

Los chicos [que diseñan la página web de ACUMAR] tienen la orden de mostrar todo lo que cumplimos, y mostrarlo bien... (entrevista a profesional de ACUMAR, 2011).

La visión heroica del saneamiento no solo aproxima este acontecimiento al público –y le permite identificarse con él¹¹–, sino que muestra una armoniosa convivencia de la cuestión ecológica y la cuestión social. Se procura ganar la confianza del ciudadano en cuanto al buen curso de las operatorias y el relevante desafío histórico implicado.

11 Esta idea se inspira en el trabajo de Alexander (2000, 253-269), que analiza los géneros –tragedia, comedia, épica y otros– que resultan eficaces para que los procesos sociales se sublimen espiritualmente y aumenten su importancia en una comunidad que comparte ciertas estructuras simbólicas.

A contrapelo de la visión oficial que da por descontado que la relocalización equivale a una instantánea mejora de las condiciones de vida, el trabajo de campo puso en evidencia que no todos los afectados aspiraban a mudarse o vivían su nuevo destino como un ascenso social.

Tengo dos versiones: por cómo vivía la gente antes –como si fuese la gente del meandro¹², por ejemplo–, ahí están como en Las Cañitas¹³. Para los que vivimos un poco mejor, es sin patio y sin nada, y todo como de plástico, de afuera y de adentro... (Esther, delegada de la Villa 21-24).

La visión ecuánime de la delegada nos proporciona una clave de interpretación: las rudimentarias políticas de traslado solo fueron percibidas como satisfactorias cuando sus destinatarios pertenecían a aquello que Castel (2010) denomina *la última zona de exclusión*. Como señala Esther, el grado de satisfacción residencial con la nueva vivienda dependía de los capitales acumulados: si para los que alquilaban o vivían “muy a la orillita del río, en malas condiciones, es como mudarse a Barrio Norte”; los que “tienen su casita” hace más de veinte años no se quieren ir.

Si ponemos el foco en los entramados de las prácticas corporales de los desplazados con su mundo material inmediato (Jackson 2010, 69), observamos que el entorno que dejaron atrás les resultaba imprescindible para desenvolver sus vidas: los cartoneros de Villa Luján, una vez desalojados, continuaron yendo a trabajar a Barracas –a una hora de

12 La gente del meandro hace alusión a los habitantes de la zona más precaria del camino de sirga de la Villa 21-24.

13 Las Cañitas es una zona exclusiva de Buenos Aires, ubicada en las calles adyacentes a la cancha de polo del barrio de Palermo, que se caracteriza por su oferta gastronómica de excelencia.

viaje de su actual vivienda— donde guardaban sus carros. Esos cuerpos regresaban, todos los días, a su casa de siempre. Mudados a mitad del año escolar, y en pleno invierno, una madre continuó llevando a sus cinco hijos a las escuelas de Barracas en turnos y establecimientos distintos por ausencia de vacantes en su nuevo destino.

Los múltiples obstáculos para continuar la vida en ese barrio distante —ya sea por haberse quedado sin empleo, falta de acceso a la salud o ausencia de vacantes escolares— acaurreó nuevas consecuencias: hubo casos de relocalizados que vendieron —en el mercado informal, por supuesto— su nueva vivienda. La desinversión o la desidia estatal inciden directamente en la pelea por espacios comunes y en el agravamiento de las relaciones consorciales de estos complejos, como ya fue trabajado en etnografías como la de Girola (2007) y Jauri (2011). Esta conflictividad ya está presente desde la inauguración misma del complejo o, peor aún, en el marco de una inauguración siempre inacabada.

El próximo caso a comentar nos muestra de qué modo las erráticas políticas del Instituto de Vivienda entorpecían las condiciones de convivencia en los nuevos complejos. Los vecinos de la Villa El Pueblito, muchos de ellos albañiles, perdieron su fuente de trabajo con la mudanza, ya que el Instituto de Vivienda les negó un espacio vacante del complejo en el que contemplaban mudar sus máquinas. Por contraste, un grupo de vecinos relocalizados de Villa Magaldi, que trabajaban como cartoneros, sí obtuvieron el permiso para acopiar sus carros en un sector del complejo. El áspero clima entre ambos se vio agravado por las significativas diferencias que presentaban las viviendas a la hora de ser entregadas, algunas de ellas sin terminar.

Entre los innumerables problemas generados en la mudanza, señalemos un caso emblemático que resume las precarias condiciones

en que fueron entregadas las unidades. Como los complejos no tenían luz ni gas, se sucedieron una serie de incendios. El Instituto de Vivienda prohibió a los damnificados la denuncia pública de los incendios, y sus mismos empleados limpiaron los rastros en las paredes de las viviendas.

Sabemos que la precariedad es una pieza clave del paradigma dominante de la política urbana contemporánea hacia los sectores populares en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires¹⁴, y los ejemplos comentados no hacen sino ratificarlo.

V. Conclusiones: la colisión de derechos

Resulta innegable que la persistencia de un medio ambiente degradado reproduce la desigualdad estructural. La ejecución de esta sentencia progresista, sin embargo, no logró ir demasiado lejos en el cumplimiento de otros derechos de los afectados durante esta primera etapa.

Ni el fallo innovador de la Corte Suprema, ni las resoluciones judiciales más o menos políticamente correctas pueden anticipar, desde la letra inmóvil de la ley, las múltiples implicancias de su aplicación cotidiana. La ley se ve conmovida una y otra vez por acontecimientos sorpresivos y dispares, así como por las problemáticas específicas de las vidas y las penas de esas personas destinatarias de la manda judicial. Un ejemplo de ello fue la presunta participación ciudadana que la Corte Supre-

14 Un ejemplo, entre muchos posibles, es el de la Escuela Media N°6 de la Villa 21-24. Pese a que la escuela fue inaugurada en 2009, las aulas están construidas con paredes de materiales precarios que no alcanzan al techo (*Mundo Villa*, 19 de febrero de 2013). No se trata de un caso aislado: basta recordar las “escuelas container” de la Villa 31 o las precarias casillas de madera construidas por el Gobierno de la Ciudad durante 2000 en la Villa Rodrigo Bueno, acorde a la mínima humanidad impuesta a sus destinatarios (Carman 2011).

ma dispuso a partir de la conformación de un Cuerpo Colegiado. En la práctica, ciertas voces se habilitaron en detrimento de otras que permanecían fuera de juego: la de los propios damnificados y los organismos defensores que no formaban parte de tal Cuerpo.

Por más que el modelo hegemónico de derechos esté imbuido de un aura emancipatoria (Cowan 2010, 68), no necesariamente ese derecho a vivir en un ambiente sano se expresa en una mejor calidad de vida. ¿Qué significa el derecho al ambiente sano si este se desgaja de otras necesidades particulares e históricas de una comunidad de afectados? El énfasis en sus problemas ambientales auspició una praxis que, en el caso de sus primeros destinatarios, no hizo sino deteriorar sus condiciones sociales, educativas y laborales.

Como vimos, los primeros desalojados fueron los más desafiliados, a sabiendas de que ofrecerían menos resistencia para ser trasladados o que no contaría con la protección jurídico-institucional que les permitiera atenuar las consecuencias devastadoras del desarraigo. El principal recorte que se hizo de ellos fue su condición de afectados, y en nombre de ese padecimiento se los desarraigó, prácticamente sin aviso, del lugar donde transcurría su vida y su trabajo. En el caso de la Villa Luján, aquello que el Estado presentó públicamente como el derecho a una vivienda digna para personas con riesgo ambiental –a través de distintas vitrinas y estrados como inauguraciones de obras, rituales políticos, medios de comunicación y la página web institucional– fue vivido por sus destinatarios como una medida abrupta y compulsiva para mudarlos a un territorio desconocido.

Esta novedosa preocupación por el sufrimiento ambiental por parte del Estado local convive con su contradictoria e intermitente presencia en las villas, en las cuales se pone en práctica una codificación diferenciada de riesgos similares (Douglas 1996 [1985], 143).

¿A qué nos referimos con esto? Por un lado, el Gobierno de la Ciudad omite e ignora riesgos fehacientes con los que conviven los sectores populares¹⁵, como el pésimo estado de las instalaciones eléctricas o el tren de carga que cruza por entre las casas, en el caso de la Villa 21-24; aquello que Auyero (2011) denomina la dimensión material del abandono estatal. Al mismo tiempo, el poder local invoca otra serie de riesgos –el sufrimiento ambiental, el derecho supremo a la vida o peligros de derrumbe– cuando quiere expulsar una villa.

La implementación de esta primera etapa de las relocalizaciones porteñas muestra la siguiente paradoja: si bien los sectores populares son amparados por la justicia en un aspecto específico de sus vidas –la presunción de un sufrimiento ambiental–, al mismo tiempo, no necesariamente tienen acceso real a la justicia¹⁶. Aquí se puso en juego, en fin, aquello que Butler (2009, 100) denomina una “táctica de diferenciación de sujetos con más o menos derechos”: aquella distancia, a veces insalvable, entre las políticas enunciadas *por arriba* y en lo que ellas se convierten *por abajo* (Fassin 2003, 69).

15 El temporal del 4 de abril de 2012, por caso, dejó un saldo de varios muertos solo en la Villa 21-24. Casi un año después, la Villa 21-24 fue el único sitio de la ciudad que registró un muerto a propósito del temporal del 3 de marzo de 2013.

16 Si bien en la actualidad la situación ha variado, durante los primeros años en los que el juez Armella estuvo a cargo de la ejecución de la causa, el magistrado vedó a los primeros desalojados la posibilidad de acceder a un defensor.

Bibliografía

- Alexander, Jeffrey. 2000. *Sociología cultural. Formas de clasificación en las sociedades complejas*. Barcelona: Anthropos.
- Auyero, Javier y Débora Swistun. 2008. *Inflamable. Estudio del sufrimiento ambiental*. Buenos Aires: Paidós.
- Auyero, Javier. 2011. "Cadenas de violencia en el conurbano". Conferencia brindada en la Universidad Nacional de San Martín, 7 de octubre.
- Butler, Judith. 2009. *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*. Buenos Aires: Paidós.
- Carman, María. 2011. *Las trampas de la naturaleza. Medio ambiente y segregación en Buenos Aires*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Castel, Robert. 2010. *El ascenso de las incertidumbres*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Cowan, Jane. 2010. "Cultura y derechos después de Culture and Rights". *Revista de Antropología Social*, (19): 67-101.
- Douglas, Mary. 1996 [1985]. *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*. Barcelona: Paidós.
- Elias, Norbert. 1982. *Sociología fundamental*. Barcelona: Gedisa
- Fassin, Didier. 2003. "Gobernar por los cuerpos, políticas de reconocimiento hacia los pobres y los inmigrantes en Francia". *Cuadernos de Antropología Social*, (17): 49-78.
- Giro, María Florencia. 2007. "Procesos de apropiación del espacio y sociabilidad vecinal en un viejo espacio de la modernidad". *Revista Anthropologica*, 25 (25): 132-155.
- Jackson, Michael. 2010 [1983 y 1989]. "Conocimiento del cuerpo". En: *Cuerpos plurales. Antropología de y desde los cuerpos*, coordinado por Silvia Citro, 59-82. Buenos Aires: Biblos.
- Jauri, Natalia. 2011. "La política de radicación de villas y la experiencia de los residentes de la Villa del Bajo Flores frente al proceso de relocalización *in situ*". Tesis de Maestría en Políticas Sociales, Universidad de Buenos Aires.

Jurisprudencia nacional

- CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)", 1569/2006-M-40-ORI, sentencia 08/07/2008, Fallos: 331:1622.

- Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes, "ACUMAR S/Limpieza de Márge-nes del Río", Expte. N° 17/09, resolución del 28 de marzo de 2011 (de los autos principales N° 01/09, caratulado: "Mendoza, Beatriz Sil-via y ots. c/ Estado nacional y ots. s/ ejecución de sentencia"), Secretaría N° 9.

Las “cenicientas del derecho” el reclamo de derechos laborales de las trabajadoras de casas particulares migrantes en Ciudad de Buenos Aires

Verónica Jaramillo Fonnegra

Doctora en Ciencias Sociales de la UBA. Abogada de la UNAULA Colombia. Magister en Derechos Humanos de la UNPLa. Actualmente es becaria posdoctoral UNLa-CONICET, parte del equipo de coordinación académica del Instituto de Justicia y Derechos Humanos y docente en la Especialización de Migración y Asilo en la Universidad Nacional de Lanús. Sus áreas de trabajo son migraciones, políticas públicas, género y derechos humanos.

I. Introducción

El trabajo o servicio doméstico históricamente ha sido una labor realizada por personas –mayormente mujeres– provenientes de las clases, castas o razas menos favorecidas de la sociedad (OIT 2009). Sus antecedentes se remontan a los sistemas esclavistas y colonialistas donde algunos seres humanos eran propiedad de otros y debían servir hasta con su propia vida al amo o patrón (Jaramillo Fonnegra 2013a).

Es importante comenzar este análisis comprendiendo que el trabajo, en tanto relación social, expresa de forma contundente las condiciones estructurales de dominación a las que se enfrentan los trabajadores en general que exponen el poderío de unas clases sobre otras y de unas razas/etnias sobre otras. Esta dominación también se ha basado en la diferenciación de un género sobre otro, puesto que la idea del trabajo productivo –generador de “plusvalía”– fue asociada a los varones, mientras que la del trabajo reproductivo –“carente de valor”– fue vinculada a las mujeres.

Por lo anterior, mientras el trabajo productivo se considera que genera un plus-valor, del trabajo reproductivo se considera que no se obtienen ganancias, aunque este último

asegure la reproducción de la especie y la sociedad. Lo que quiere decir que el trabajo doméstico reproduce nuestra vida y lo hace con el fin de tener trabajadores en pie, sanos y aptos para ser explotados. Por tanto, es el trabajo más importante para el capitalismo porque reproduce la mercancía principal que los empleadores tienen: la fuerza de trabajo (Federici 2013).

Por otra parte, también es importante definir que se entenderá por “género” como el “conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas” (Rubin 1986: 97). Como señala Rosas (2010a: 18), “[e]l género es un sistema cuyo fin es asegurar la reproducción social y la de la especie; es quizás el más antiguo y naturalizado de los sistemas de diferenciación y desigualdad social. La estratificación de género junto a la de clase y a la étnica constituyen prismas o herramientas imprescindibles para la comprensión de la vida social”.

En consecuencia, no se puede pensar el trabajo doméstico¹ sin entender las construcciones de género, y estas deben ser pensadas, a su vez, en relación con su sentido etnizado, racializado y de clase. Algunas autoras han referido la existencia de un proceso de desigualdad donde interactúan diferentes dimensiones de la vida social o donde existen múltiples desigualdades o discriminaciones, la llamada *interseccionalidad* (Ariza 2008; Chacartegui Jávega 2010; Expósito Molina 2012; Jelin 2014; Mestre 2005; Parella Rubio 2003; Oso y

Parella 2012; Magliano 2015, entre otras), la cual es también una perspectiva para acercarnos a la comprensión del funcionamiento de los sistemas cruzados de exclusión que afectan la vida de las mujeres migrantes trabajadoras de casas particulares.

I. 1 Metodología

Este artículo presenta algunos resultados provenientes de una investigación doctoral. El estudio se realizó en un periodo de transición legislativa entre 2011 y 2015, mientras se debatía y entraba en vigencia la nueva ley de trabajo en casas particulares que se sancionó finalmente en 2013. El abordaje metodológico de esta investigación es cualitativo, dentro de un marco de investigación acción. Para el análisis se utilizaron estrategias complementarias de recolección de datos: análisis documental de las normativas y entrevistas individuales a informantes claves. Por otra parte, se entrevistó a 9 trabajadoras domésticas migrantes: 3 paraguayas, 2 bolivianas y 4 peruanas. Otra de las formas de recopilación de información fueron talleres diagnóstico-informativos realizados en 10 barrios de la CABA, en los cuales participaron 190 mujeres aproximadamente. Igualmente, el trabajo de campo incluyó una serie de observaciones en el Tribunal de Trabajo para el Personal de Casas Particulares y el acompañamiento presencial y virtual dirigido a las trabajadoras ante las distintas instancias de la justicia. En este escrito se presentarán algunos resultados de esa investigación.

II. Breves datos de contexto

En la actualidad, es difícil precisar el número de personas que se dedican al trabajo doméstico en el mundo, dado el altísimo nivel de subregistro y la informalidad de esta labor. Las cifras oficiales indican que el número de

1 La denominación de la que se valdrá este escrito es la de trabajadoras domésticas o trabajadoras de casas particulares, indistintamente. La primera es usada por la OIT y la segunda es usada por el gobierno argentino para definir el mismo tipo de labores. El término se consignará en femenino dada la altísima participación de mujeres en el sector, sin desconocer que algunos varones se dedican también a este tipo de labores.

trabajadoras domésticas es de unos 53 millones a nivel mundial, pero algunos expertos de la OIT (2011) consideran que esas trabajadoras ascienden a alrededor de 100 millones, muchas de ellas son migrantes. En los países del sur global, este tipo de trabajos representan entre el 4% y el 10% del empleo total, mientras que en los del norte, entre el 1% y 2,5%, lo que evidencia que a mayor desigualdad económica, existe más trabajo doméstico (Jiménez Tostón 2001: 73).

De hecho, existen estudios que involucran un conjunto heterogéneo de países y que encuentran una correlación estadística entre las desigualdades de ingresos y la frecuencia en la contratación de ayuda doméstica remunerada (Devetter 2013). En Latinoamérica –una de las regiones más desiguales del globo–, el trabajo doméstico es realizado por aproximadamente 20 millones de personas, es decir, 1 de cada 6 mujeres ocupadas se desempeñan en ese rubro en la región (OIT 2013).

II.1 El trabajo doméstico migrante en Argentina

Con respecto a la categorización socio-laboral del sector, tomando en consideración al total de las mujeres ocupadas en la Argentina, desde 2001 y hasta la actualidad, el 17% de la población económicamente activa femenina se dedica a este tipo de labores (Cortés 2009), lo que representa aproximadamente un millón personas, de las cuales el 92% son mujeres (Cortés 2009; Groisman y Sconfienza 2012).

De ese millón de personas, aproximadamente el 16% son migrantes, una cifra que evidencia que las extranjeras están sobrerepresentadas dentro de la labor si se tiene en cuenta que en el país, en la actualidad, solo hay 4,8% de migrantes frente al total de la población. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 20% de las trabajadoras son migrantes (Rosas, Jaramillo y Vergara 2015). Los colectivos de muje-

res migrantes más numerosos son las paraguayas (Bruno 2011), las peruanas (Rosas 2010) y las bolivianas (OIM 2008).

En la Argentina, como en el resto de la región, las trabajadoras domésticas forman parte de uno de los peldaños más bajos de la escala social y son, en materia normativa, las “cencientas de derecho”; ya que están en los márgenes de las normas de protección social y laboral. En el país, hasta el año 2013 se encontraban relativamente desprotegidas en términos legales, ya que contaban con una normativa que limitaba un grupo importante de derechos laborales contenidos en el Decreto-ley 326/56 y el Decreto Reglamentario 7979/56, ambos conocidos como el Régimen del Servicio Doméstico (RSD) y sancionados en la dictadura militar de Pedro E. Aramburu. Este Régimen excluía la posibilidad de considerar a esta labor como un verdadero trabajo, dejándolas por fuera de la Ley de Contrato de Trabajo.

Esta exclusión de la ley general redundaba en que se contemplaran por ley exclusiones como jornadas más extensas (12 horas), no se consideraba el pago de las horas extraordinarias, nocturnas y por trabajo en día feriado; tenían muchos menos días de vacaciones, no tenían licencia por maternidad, no contemplaba la incorporación a riesgos del trabajo ni la jubilación. Tampoco se les reconocía un tiempo para la lactancia diaria, ni protección por despido en caso de maternidad o matrimonio. El RSD tampoco contemplaba la posibilidad de inspecciones laborales obligatorias o el seguro por desempleo, entre otros derechos.

A las restricciones históricas aplicadas por ley a las trabajadoras domésticas, a las migrantes se les sumaba la imposibilidad de solicitar una pensión por discapacidad, ya fuera por enfermedad profesional o por accidente de trabajo, pues están excluidas de cualquier beneficio prestacional si no tienen al menos 20 años de residencia legal en el país. Pero, además, para las migrantes había una negati-

va de acceder a la justicia si no contaban con regularización migratoria, lo que hasta 2003 –cuando entró en vigencia la ley de migraciones 25.871– constituyó un gran límite de acceso a derechos. Es decir, a los límites que debían sobreponerse por trabajadoras domésticas, con pocos reconocimientos legales, se le debía añadir su condición de extranjería.

En 2013 se sancionó una nueva ley para el sector, la 26.844, Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares, también llamada ley de trabajo en casas particulares, que fue posteriormente reglamentada por el Decreto 467/14. Esta nueva normativa mejoró las condiciones de una gran cantidad de derechos, como la licencia por maternidad, equiparó las vacaciones y las horas máximas permitidas con el resto de trabajadores, reguló las horas extras y el aguinaldo, y prohibió el despido en embarazo y matrimonio. También se contemplaron derechos como descuento en el transporte –en el marco del trabajo regular²– y se reguló la necesidad de pago por medio de transferencia bancaria.

Igualmente, las trabajadoras consideradas en esta ley quedan incorporadas a algunas de las normas de seguridad social, tales como: la ley 24.241, que incluye a las trabajadoras del sector en el sistema integrado de pensiones y jubilaciones; la ley 23.660, que trata sobre obras sociales, y la ley 24.557 sobre riesgos del trabajo, bajo las condiciones y conforme a las modalidades establecidas en el presente Régimen.

Por otra parte, debe considerarse los avances normativos que permitieron a la población migrante regularizar su situación migratoria en el país. La ley 25.871 estableció un gran paraguas legal para quienes decidían re-

adir en el país. Los programas de regularización establecidos para ciudadanos Mercosur facilitaron la obtención del DNI y, con ello, se logró achicar la brecha en el reclamo de derechos que sigue exigiendo documentación local para iniciar un reclamo laboral. Pero, pese a los avances, muchas mujeres recién llegadas o con dificultades históricas para su regularización encontraron en su condición migratoria un límite claro para acceder a la justicia.

III. Cambios legales y la comprensión de un nuevo derecho

Con la vigencia de la ley de 2013, las trabajadoras de casas particulares poco a poco van conociendo sus derechos y solicitándoselos a sus empleadores y empleadoras. Pero no es un camino rápido. Los derechos más fácilmente asimilables y más publicitados fueron el salario anual complementario (aguinaldo), las vacaciones y el periodo de prueba, que ha sido usado tanto por trabajadoras como por empleadores.

Pero los efectos de la norma aún no se materializan en varios grupos de derechos, principalmente por su desconocimiento o por su conocimiento parcial. Las trabajadoras han tardado en comprender que ahora tienen ciertas garantías con las que históricamente no habían contado; por ejemplo, en los primeros años, cuando comenzaron las campañas de registración, muchas trabajadoras decidían no insistir en estar registradas porque pensaban que perderían su antigüedad laboral.

El mito de la pérdida de la antigüedad tiene su asiento más en el plano de lo simbólico que de lo real. Las trabajadoras suelen creer que, a la hora de un juicio o un reclamo de derechos, la fecha que será tenida en cuenta en la liquidación de créditos laborales es la que indica el papel de la registración; por lo que consideran que perderán la oportunidad de tener indemnización por los años que estuvieron sin registrar. La realidad es que la jus-

2 Para febrero de 2019 el total de trabajadoras de casas particulares registradas se incrementó a 496 mil registradas, casi la mitad de las trabajadoras que se calcula que en el país se dedican a la labor. Cuestión que evidencia el impacto de la ley (Secretaría de Trabajo y Empleo, 2019).

ticia admite otras pruebas para demostrar el inicio de la relación laboral y, si se logra probar la antigüedad, las trabajadoras podrían cobrar la totalidad de sus créditos laborales.

Otro de los límites para comprender el derecho a la registración es que muchas trabajadoras creen que, si son registradas, perderán algún tipo de prestación social que puedan tener (Esquivel y Pereyra 2013), como los subsidios, pensiones o asignaciones universales, entre otras. Este mito también es muy difundido en los barrios y villas de la CABA y Conurbano bonaerense, e incluso por los mismos empleadores. A Leslie (trabajadora de casas particulares peruana, 34 años, entrevistada en octubre de 2014), algunas de sus vecinas le habían dicho que era difícil que le otorgaran la pensión a su hijo “por ser hijo de peruanos”. Luego le dijeron que “ni se le ocurría ponerse en blanco en su trabajo” porque, al hacerlo, el sistema la dejaría en evidencia y se quedaría sin la pensión de su hijo. Sin embargo, el hijo de Leslie era argentino y la prestación por discapacidad no compite con el salario de los padres. Lo que sí es cierto es que, en muchas oficinas estatales, los funcionarios, por desinformación o mala fe, colaboran reforzando este tipo de imaginarios. Varias trabajadoras que encontré en el tránscurso de la investigación así lo expresaron.

También podemos sumar la difícil comprensión de la posibilidad de reclamar prestaciones laborales cuando las trabajadoras se enferman. Muchas creen que no les corresponde paga cuando no van a trabajar por estar enfermas, o cuando tienen alguna enfermedad crónica y deben abandonar su lugar de trabajo para ser atendidas. Suponen que las y los empleadores no pueden pagar dos salarios, el de ellas y el de quien las sustituya. Cabe señalar que la licencia por enfermedad –que es uno de los nuevos avances normativos– sigue siendo desconocida para las trabajadoras y poco reconocida por los emplea-

dores. Además, las aseguradoras de riesgos del trabajo –contrariando la ley– se niegan a brindar cualquier tipo de cobertura o prestación cuando son contratos por pocas horas. Estos derechos no han sido reclamados por las trabajadoras históricamente y, por su desconocimiento, frecuentemente ellas renuncian a su reclamo.

Claudia estaba enferma y decidió irse, no la despidieron, total a uno no le corresponde. ¿Quién te va a dejar enferma? Sos una carga (Carmen, trabajadora de casas particulares paraguaya).

Sí, pero se fue porque se le complicó el tumor. Y tenía que hacer reposo (Nora, trabajadora de casas particulares peruana).

Yo cuando me rompí la pierna y me dieron dos meses de reposo también me fui. Y Tampoco me dieron nada... ni las gracias me dieron, por 6 años de trabajo (Carmen, trabajadora de casas particulares paraguaya).

“Diario de campo”,
Villa 31, marzo de 2015.

El imaginario sobre la existencia de supuestas leyes que desconocen los derechos a la estabilidad laboral por maternidad también está muy afianzado en las villas de la Ciudad y del Conurbano bonaerense, porque está nutrido por el recuerdo de las viejas leyes y de las situaciones de explotación que las mujeres han vivido en el pasado cercano. Igualmente, los empleadores y empleadoras desconocen también que la ANSES o la ART son quienes abonan las prestaciones. De este modo, la información que tienen ambas partes impone la ejecución de esos derechos. Además, es difícil que las trabajadoras judicialicen esta

situación, en la medida en que no tienen posibilidad de percibir el despido como injusto.

Una situación reiterada es que muchas trabajadoras se dan por despedidas cuando están embarazadas: un día dejan de ir a trabajar y no realizan reclamos. Aun con la vigencia de la nueva ley, muchas no se enteran que deben cobrar asignación por embarazo y licencia por maternidad. Así fue el caso de Nora (trabajadora de casas particulares paraguaya, 48 años, entrevistada en septiembre de 2015) quien, para mi sorpresa, tenía su trabajo registrado desde hacía más de 8 años, con todas sus prestaciones pagadas. Trabajó hasta el día anterior al parto, que se dio casi un mes antes de lo planeado. Como fue un “parto difícil”, pasaron varios días antes que ella pudiera hablar con su empleadora para informarle el nacimiento de su hijo. Una vez que egresó del hospital, Nora no volvió a trabajar y envió su telegrama de renuncia. Después de ello, tampoco cobró la Asignación Universal por Hijo, solo lo hizo 8 meses después del nacimiento de su bebé, ya que no sabía que ella “como paraguaya podía reclamarla”.

En igual sentido, no puede olvidarse que un obstáculo transversal a los que analizamos es el significado que el trabajo doméstico tiene en la sociedad, es decir, la poca valoración que se le da a este tipo de labores, porque aún se conserva la idea de que no es un trabajo en sentido estricto. Esto también está detrás de la inacción de Nora. No considerarse acreedoras de derechos está ligado a la desvalorización (Tizziani 2013) de su propio trabajo, lo que termina por consolidar imaginarios que son auto-excluyentes y fomenta esa desigualdad que está profundamente instalada entre las trabajadoras y empleadores del sector. Estos imaginarios se construyen también en su relación con los otros y otras –ya sean locales o migrantes– y muchas veces las aleja de la posibilidad de ejercer alguna acción para efectivizar sus derechos.

IV. Una justicia especial para las trabajadoras de casas particulares en CABA

La ley 26.844, al igual que en el RSD de la dictadura, consagra que quien entenderá en las demandas del sector en la Ciudad Autónoma Buenos Aires será un ente administrativo, que ahora se denomina Tribunal de Trabajo del Personal de Casas Particulares (antes llamado Consejo del Servicio Doméstico). En principio, este Tribunal funcionará solamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –la jurisdicción del país con más cantidad de trabajo doméstico migrante– y dependerá de Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social (ley 26.844, art. 51). Para el resto del territorio nacional, serán los juzgados laborales quienes deben entender la temática, tal y como se establecía en la ley derogada. En esta norma se incluyó la posibilidad de que las diferentes jurisdicciones adopten un ente administrativo similar al que rige para la CABA.

Este “Tribunal” continúa siendo una instancia administrativa y no judicial (laboral). En esta instancia, las garantías judiciales de un proceso laboral (*in dubio pro operario, fallos ultra y plus petita*, etc.) no son tenidas en cuenta en estricto sentido y el nivel de protección ante un juicio aumenta. Pese a que la gran mayoría de las causas de la CABA se desarrollan en el ámbito del Tribunal, existe la posibilidad de apelar en única instancia ante el poder judicial –en la justicia del trabajo–, dependiendo del monto económico de la demanda, lo que limita el acceso a la jurisdicción a quienes menos tienen y menos chances de reclamar tienen.

Si bien concentrar un tipo de casos y especializar a quienes los atienden puede parecer una buena medida –una política de discriminación positiva–, lo que se pudo observar es que en este ente se repiten los vicios de la justicia ordinaria –demoras excesivas, dilación injusti-

ficada de las causas y maltrato de los funcionarios públicos a las personas más vulnerables de la relación laboral-, a los que se suman menos garantías procesales y laborales. Y, en el caso de las trabajadoras migrantes, la exigencia de presentar DNI para realizar cualquier tipo de reclamos. Es decir, la permanencia de este Tribunal configura una justicia pobre para las pobres.

V. Hacer un reclamo laboral y ser mujer, migrante, pobre y trabajadora

Los límites simbólicos y materiales de este tipo de trabajos condicionan las posibilidades de reclamar ante la justicia. De hecho, las trabajadoras migrantes deben poder identificar, primero, que lo que les está ocurriendo es un conflicto laboral que se enmarca dentro de una injusticia y, posteriormente, deberán entender que ese problema puede ser cuestionado jurídicamente (Gherardi 2006). Es decir, deberán comprender que su empleadora o empleador es responsable de incumplir una obligación establecida en una norma y que eso debe ser resuelto por la justicia; pero esto solo sucede una vez que ellas conocen sus derechos (González y Salanueva 2011), y tienen tiempo y posibilidades de informarse.

El conocimiento de sus derechos debe ir acompañado por la comprensión de las injusticias que acarrea su condición de mujer, migrante y trabajadora de casas particulares. Porque cuando una trabajadora logra traspasar el “velo de injusticia” (Rawls 1975) es más proclive a judicializar, a reclamar lo que le corresponde por ley. Pero este proceso de percibir una situación como injusta es complejo, lleva tiempo e implica una ruptura de los paradigmas de las trabajadoras, ya que los empleadores tensan la relación laboral cuando las barreras de los derechos comienzan a traspasar la puerta del hogar.

Otra cuestión que debe tenerse en cuenta para analizar el acceso a la justicia de las tra-

bajadoras domésticas migrantes es el vínculo afectivo entre el empleador o empleadora y la trabajadora de casas particulares, lo cual genera límites al momento de demandar. Muchos/as empleadores/as les hacen pensar a las trabajadoras domésticas que son un miembro más de la familia o que les hacen un favor por contratarlas. Estos vínculos afectivos operan como un elemento limitante al momento de iniciar un juicio. Muchas migrantes encuentran en estos vínculos abrigo frente a la soledad que experimentan con la migración.

Sin embargo, la relación laboral y de afecto se construye a partir de “la diferencia”, es decir, a partir de una relación social construida dentro de los sistemas de poder que sustentan las estructuras de clase, racismo, género y sexualidad (Brah 2011). Allí, los vínculos se construyen y se moldean según las necesidades de las partes, y la parte más fuerte en la relación laboral es la que permite los acercamientos y cerca los espacios (Gorbán 2011; 2012; Canevaro 2014; 2015).

Los vínculos de poder/saber/afecto que se tejen con las empleadoras y empleadores tienen mayor complejidad que los establecidos en otros trabajos. No solo porque la labor se desarrolla en la intimidad del hogar de los empleadores, sino porque muchas de las labores están ligadas al cuidado, la atención o contención de la vida, y en este intercambio irremediablemente los afectos quedan involucrados. Un testimonio puede exponer la situación.

Yo trabajaba para el señor, él me quería como una hija. Pero ahora no voy a trabajar para sus hijos que nunca venían y, cuando venían, le gritaban y le despreciaban a su padre. [...] Yo al señor le tuve mucho cariño. Conmigo no se portó mal y me pagó puntual. Aunque me tenía en negro. [...] Yo les pedí la plata el mismo día en que murió el señor, no sabía si iba a volver a verles. Ni sabía dónde vivían. Pero ellos se indignaron

Verónica Jaramillo Fonnegra

porque yo les pedí que me pagaran, por más que yo lo quisiera al viejo, creo que me corresponde, ¿o no?

Carmen, trabajadora de casas particulares paraguaya, 39 años, entrevistada en mayo de 2015.

Carmen cuidaba un anciano solitario que veía poco a sus hijos. Su contrato terminó cuando el hombre murió, pero una de las hijas le propuso seguir trabajando en su casa. Ella consideró la oferta con desconfianza (al ver el trato que tenía con su padre), por lo que primero le pidió que le pagara el cierre del contrato, ya que las condiciones, la casa y la familia serían otras. Además, ella temía que los hijos de su empleador se desresponsabilizaran, por lo que se apresuró a pedir su pago. La hija de su empleador se indignó con Carmen por exigir su paga en un momento de pérdida y le preguntó si es que no quería a su padre. Después de demostrar su indignación, no le pagó. Así, Carmen comprendió que, poniendo como excusa el vínculo, los hijos de su empleador estaban reprochándole el reclamo sus derechos laborales, al igual que el empleador antes decidió no registrarla laboralmente apelando al vínculo que tenía con ella.

A muchas trabajadoras, su condición de desigualdad económica o social las ha llevado a naturalizar las injusticias en su perjuicio, porque consideran que ese trato *es normal* y que todas las personas que trabajan en el rubro padecen igual suerte. Es decir, la dominación simbólica (Bourdieu 1989) que padecen estas mujeres limita muchas veces sus trayectorias ante la justicia.

Otra razón para considerar el desequilibrio en los vínculos con empleadoras y empleadores es que la actividad se realiza en una unidad doméstica, en soledad y no se tiene acompañamiento gremial para reclamar derechos. Entonces, el poder de las y los empleadores se

constituye como uno al que no se le puede hacer oposición. Además, no existe la posibilidad de que las prácticas dentro de las casas particulares sean fiscalizadas por el Estado para proteger los derechos de las trabajadoras.

La primer y la última palabra la tienen ellos (los empleadores) si no te gusta el trabajo y lo que te pagan, te dicen que te vayas. Si vos querés estar en blanco y a ellos no les interesa, igual, es lo que ellos digan.

Tatiana, trabajadora de casas particulares peruana, 56 años, entrevistada en agosto de 2014.

Por otra parte, existen condicionantes que tienen que ver con el lugar de proveniencia y las trayectorias laborales previas. Cuando hablamos de trabajadoras migrantes provenientes de países como Perú, Bolivia o Paraguay, donde existen enormes desigualdades, debemos considerar cuáles son las estructuras sociales y laborales que las mujeres traen desde sus países de origen, para contrastarlas con las relaciones que entablan con las personas que las emplean. Si las trabajadoras proceden de espacios rurales, es posible que los vínculos que tienen como modelo estén enmarcados en mayores desigualdades, por las relaciones coloniales que aún persisten en los sectores rurales de las sociedades latinoamericanas (Segato 2014). Ello también permite comprender por qué demanda tanto tiempo percibir una situación como injusta y atreverse a judicializarla.

Sin duda, estas estructuras laborales previas condicionaron la comprensión de las disposiciones de la nueva ley de trabajo en casas particulares que favorecían gran cantidad de derechos, pero no su reclamo. Algunas mujeres todavía encuentran difícil percibir la injusticia, y piensan que los tratos en la Argentina no son tan malos. Algunas migrantes con experiencia en el sector en su país de origen así lo exponen:

Pero ella (la empleadora) no se ha portado mal conmigo, me trata como si fuera su hija, ¿cómo le voy a cobrar más? Vos no sabes cómo me trataban en Paraguay, ni teuento. Ella, en medio de todo, es buena.

Marisol, trabajadora de casas particulares paraguaya, 48 años, entrevistada en octubre de 2014.

Por otra parte, la relación laboral y la percepción de la injusticia también se ve delineada cuando las trabajadoras de casas particulares migrantes han tenido otro tipo de inserción laboral, como secretaria, vendedora o enfermera, ya que desde estos tipos de trabajos habían conocido otros derechos laborales. En ellos, tenían más y mejores derechos que al laborar en casas particulares. Las migrantes con trayectorias laborales previas en sectores menos precarizados son quienes frecuentemente ponen mayor resistencia a las injusticias y deciden reclamar sus derechos laborales.

VI. Conclusiones

Si bien desde la nueva norma de trabajo en casas particulares se consagran algunas disposiciones que les otorgan derechos en condiciones de igualdad con el resto de los trabajadores, se continúa estando por fuera de la ley de contrato de trabajo. Pero, además, hay otras disposiciones –por ejemplo, no tener seguro de desempleo o no poder realizar reclamos sin el DNI– que desconocen que las trabajadoras domésticas migrantes tienen el derecho de ser iguales cuando la diferencia las inferioriza (Santos 2013). Por lo demás, desde la práctica muchas normas son desconocidas por empleadores/as, agencias del Estado y las mismas trabajadoras.

A partir de los resultados de la investigación, sostengo que las posibilidades de acceder a la justicia, en el caso de las trabajadoras

domésticas, están condicionadas porque además de ser una labor que se realiza en el ámbito “privado” de un hogar, desvalorizado por el tipo de labor feminizada, está atravesada por vínculos de afecto entre empleador/empleadora y la trabajadora que permean la relación laboral y dificultan el ejercicio y defensa de derechos. También se evidencia que los condicionantes del acceso a la justicia son configurados por las trayectorias laborales previas, ya sea en el país de origen o en la Argentina (Jaramillo Fonnegra 2019).

Asimismo, es necesario tener en cuenta que las regulaciones sobre trabajo en casas particulares están pensadas para resolver el conflicto ante una instancia administrativa, sin que en ella se puedan equiparar las fuerzas de las partes en litigio, lo que desconoce las relaciones de dominación y las desigualdades estructurales basadas en construcciones étnicas, raciales y de género que signan estas relaciones laborales. Por lo tanto, cuando la regulación del Estado no reconoce estas desigualdades, se violentan los derechos humanos de las trabajadoras de casas particulares migrantes y, en consecuencia, su acceso a la justicia está menoscabado por los privilegios de clase y de nacionalidad de los empleadores.

Bibliografía

Ariza, Marina. 2008. “Migración y mercados de trabajo femeninos en el contexto de la globalización: Trabajadoras latinas en el servicio doméstico en Madrid y Nueva York”, presentada en *Memorias del III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población*, llevado a cabo del 24 al 26 de septiembre en Córdoba, Argentina.

Bourdieu, Pierre. 1989. “Social Space and Symbolic Power”. *Sociological Theory*, 7 (1): 14-25.

Verónica Jaramillo Fonnegra

- Brah, Avtar. 2011. *Cartografías de la diáspora: identidades en cuestión*. Madrid: Tráficantes de Sueños.
- Bruno, Sebastián. 2011. "Migrantes paraguayas y el servicio doméstico en Buenos Aires. Diferencias y desigualdades", ponencia presentada en las *XI Jornadas Argentinas de Estudios de Población*, organizadas por AEPA, en Neuquén, Argentina.
- Canevaro, Santiago. 2014. "Afectos, saberes y proximidades en la configuración de la gestión del cuidado de niños en el hogar. Empleadas y empleadoras del servicio doméstico en la Ciudad de Buenos Aires". *Trabajo y sociedad*, 22: 175-193.
- 2015 "Juicios, acusaciones y traiciones. Moralidades en disputa en el servicio doméstico en Buenos Aires". *Revista siglo XXI*, 4 (2).
- Cortés, Rosalía. 2009. "Labour Regulations' Ambiguity and Quality of Working Life: Domestic Servants in Argentina", en la *Conference on Regulating Decent Work*, Ginebra, Suiza.
- Cortés, Rosalía y Fernando Groisman. 2004. "Migraciones, mercado de trabajo y pobreza en el Gran Buenos Aires". *Revista de la CEPAL*, 82.
- Chacartegui Jávega, Consuelo. 2010. "Mujer discriminación múltiple y exclusión social". En: O. Pérez de la Fuente (dir.). *Mujeres: luchando por la igualdad, reivindicando la diferencia*. Madrid: Dykinson.
- Devetter, François-Xavier. 2013. "¿Por qué externalizar las tareas domésticas?: Análisis de las lógicas desigualitarias que estructuran la demanda en Francia". *Revista de estudios sociales*, 45: 80-95.
- Esquivel, Valeria y Francisca Pereyra. 2013. "Las prácticas de la informalidad en el servicio doméstico y su impacto sobre el acceso a derechos laborales", en las *Jornadas IDAES de Servicio Doméstico*.
- Expósito Molina, Carmen. 2012. "¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España. *Investigaciones feministas*, 3: 203-222.
- González, Manuela G. y Olga L. Salanueva (comps.). 2011. *Los pobres y el acceso a la justicia*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata.
- 2012. "Las mujeres y el acceso a la Justicia". *Derecho y ciencias sociales*, 6: 91-108.
- Gherardi, Natalia. 2006. "Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: un espacio de asistencia posible para las mujeres". En: Haydeé Birgin y Beatriz Kohen (comp.). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencia comparada*. Buenos Aires: Biblos.
- Gorbán, Débora. 2011. "Empleadas y empleadoras disputando los límites de lo doméstico", *IX Reunión de Antropología del Mercosur*, Curitiba, Brasil.
- 2012. "Empleadas y empleadoras, tensiones de una relación atravesada por la ambigüedad". *Revista española de investigaciones sociológicas (reis)*, 140: 29-48.
- Groisman, Fernando y María Eugenia Sconfienza. 2012. "El servicio doméstico en Argentina. Informe de situación 2004-2012". Buenos Aires: Citradis.
- Federici, Silvia. 2013. *Revolución en punto*

cero Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas. Traficantes de sueños: Madrid.

Jaramillo Fonnegra, Verónica. 2013. "Las trabajadoras migrantes del servicio doméstico en la Ciudad de Buenos Aires a comienzos del siglo XXI: Un análisis de las normas de derechos humanos laborales y de las instituciones involucradas en su efectivización", Tesis de maestría, Universidad Nacional de la Plata.

-----2019. "Acceso a la justicia: trabajadoras domésticas migrantes en la Ciudad de Buenos Aires". *Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos* 1 (8): 131-159.

Jelin, Elizabeth. 2014. "Desigualdades de clase, género y etnicidad/raza. Realidades históricas, aproximaciones analíticas". *Working Paper Series*, 73.

Jiménez Tostón, Gema. 2001. "Servicio doméstico y desigualdad". *Géneros*, 24.

Mestre I Mestre, Ruth María. 2005. "Feminisme, dret i immigració: una crítica feminista al dret d'estrangeria", Tesis de doctorado, Universidad de Valencia. Consultado el 19 de mayo de 2016. <http://www.tdx.cat/handle/10803/9855;jsessionid=BCAB26B35E497260D66A8634DF6D50F8.tdx1>.

Magliano, María José. 2015. "Interseccionalidad y migraciones: potencialidades y desafíos". *Estudios Feministas*, 23 (3): 691-712. Consultado el 18 de julio de 2017. <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/41761>>.

Oso, Laura y Sonia Parella. 2012. "Inmigración, género y mercado de trabajo: una panorámica de la investigación sobre la inserción laboral de las mujeres inmigrantes en España". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 30 (1): 11-44.

Parella Rubio, Sonia. 2003. *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*. Barcelona: Anthropos.

Rawls, John. 1975. "Fairness to Goodness". *Philosophical Review*, 84: 536-554.

Rubin, Gayle. 1986. "El tráfico de mujeres: notas sobre la 'economía política' del sexo". *Nueva antropología*, VIII (30).

Rosas, Carolina. 2010. *Implicaciones mutuas entre el género y la migración. Mujeres y varones peruanos arribados a Buenos Aires entre 1990 y 2003*. Buenos Aires: Eudeba.

Rosas, Carolina, Jaramillo Fonnegra, Verónica y Vergara, Alabano. 2015. "Trabajo doméstico y migraciones latinoamericanas: desde Argentina, hallazgos y reflexiones frente a los destinos extrarregionales". *Estudios demográficos y urbanos*, 30.

Santos, Boaventura de Sousa. 2013. *Se Deus fosse um activista dos direitos humanos*. Coimbra: Almendina.

Segato, Rita Laura. 2014. "El sexo y la norma: frente estatal, patriarcado, desposesión, colonidad". *Estudios feministas*, 22 (2).

Tizziani, Ania. 2013. "El estatuto del servicio doméstico y sus antecedentes: debates en torno a la regulación del trabajo remunerado en la Argentina". *Nuevo mundo, mundos nuevos*, 13.

Documentos de organismos nacionales

Secretaría de Trabajo y Empleo. 2019. "Situación y evolución del total de trabajadores registrados". Consultado el 31 de mayo de 2019. http://trabajo.gob.ar/downloads/estadisticas/trabajadoresregistrados/total_registro_1902_informe.pdf.

Documentos de organismos internacionales

Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2009. “Trabajo decente para los/as trabajadores/as domésticos/as”, en *IV Informe hacia Conferencia OIT 2010*.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2011. “La 100^a Conferencia de la OIT adoptó normas laborales para proteger a entre 53 y 100 millones de trabajadores domésticos en el mundo”. Consultado el 15 de julio de 2017. <http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/media-centre/press-releases/WCMS_157892/lang--es/index.htm>.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). 2008. Perfil migratorio de Argentina. Organización Internacional para las Migraciones.

Desalojos en predios del Estado nacional por medio del decreto-ley 17.091 frente a la nueva ley de regularización de barrios populares

Juan Martín Camusso

Abogado (Universidad Nacional de Córdoba), especialista en Cooperación Internacional para el Desarrollo (Universidad de San Buenaventura, Colombia), maestrando en Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Universidad de Génova, Italia), integrante del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación.

I. Introducción

En mayo de 2017, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 358/17 mediante el que creó el Registro Nacional de Barrios Populares (RENABAP), y plasmó allí un escrutinio realizado por diversas organizaciones sociales que da cuenta de la existencia de más de 4000 asentamientos informales en toda la Argentina, donde habitan aproximadamente 850.000 familias, es decir, más de 3.800.000 personas¹. Un año más tarde, en octubre de 2018 y tras el voto unánime en la Cámara de Diputados, el Senado aprobó la ley 27.453 (Régimen de regularización dominial para la integración socio urbana), que tomó como base el RENABAP para avanzar hacia la regularización dominial e integración socio urbana de dichos barrios.

Si bien esta nueva ley puede ser criticada en muchos de sus aspectos y su aplicación en los próximos años probablemente merezca aún más comentarios, sin dudas su sola aprobación ya ha constituido un enorme avance que mejora la situación jurídica de millones de habi-

¹ En el sitio <https://www.argentina.gob.ar/barriospopulares/mapa> puede consultarse un mapa de todos los asentamientos relevados.

tantes de nuestro país que viven en las peores condiciones habitacionales. Más allá de ese reconocimiento jurídico, uno de sus principales aciertos radica en haber establecido como de orden público una suspensión por 4 años de todas las acciones y medidas procesales que conduzcan al desalojo de los inmuebles incluidos en el RENABAP. Este último elemento es de vital importancia si se tiene en cuenta que la principal característica de los asentamientos informales –además de la precariedad y la carencia de acceso regular a servicios públicos– es la falta de seguridad en la tenencia de sus viviendas, de la que se deriva, para sus habitantes, el constante riesgo de sufrir un desalojo.

Considerando, entonces, la gran cantidad de barrios populares registrados y el hecho de que sus habitantes configuran un grupo poblacional en situación de vulnerabilidad que cumple todos los requisitos para acudir a la defensa pública, podríamos intuir que las intervenciones de las defensorías públicas oficiales en este tipo de desalojos serían relativamente frecuentes. En efecto, un importante número de barrios populares se encuentra ubicado en terrenos del Estado nacional², y son sus propias agencias las que impulsan, en el fuero federal, los procesos de desalojo contra las familias que ocupan estos terrenos: la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE), la Administración de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), las Fuerzas Armadas (FF.AA.), la Administración Parques Nacionales (APN), la Dirección Nacional de Vialidad (DNV), etcétera.

2 Según la exposición realizada el 16 de mayo de 2018 ante la Cámara de Diputados de la Nación por la Ministra de Salud y Desarrollo Social, Lic. Carolina Stanley, aproximadamente el 40% de los 4.228 barrios populares relevados se encuentran ubicados en terrenos fiscales (nacionales, provinciales y municipales). Versión taquigráfica de la exposición disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/caconstitucionales/reuniones/vt/vtcom.html?id=2240>.

Sin embargo, dicha intuición es errada. Las intervenciones de las defensorías públicas oficiales federales en procesos de desalojo de habitantes de asentamientos informales en terrenos fiscales del Estado nacional son poco frecuentes, como lo son también, en general, otras intervenciones vinculadas a la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales de este grupo poblacional. Más allá de factores relacionados con la presencia territorial y con el nivel de conocimiento que tiene esta población acerca de la posibilidad de acudir a la defensa pública, gran parte de la explicación debe buscarse en el tipo de procedimiento que utiliza el Estado nacional para desalojar asentamientos informales en predios de su dominio: el lanzamiento “sin más trámite” que establece el decreto-ley 17.091 de 1966.

En el presente trabajo, en primer lugar, daremos cuenta brevemente de los aspectos más relevantes de la nueva ley 27.453, destacando algunas de sus falencias, pero también sus aciertos y las oportunidades que se han generado para promover una mejora en la situación de los habitantes de los barrios populares. En segundo lugar, intentaremos comprender y desarmar desde una perspectiva de derechos humanos los aspectos legales y jurisprudenciales que se esconden detrás del mencionado decreto-ley 17.091. Expondremos allí el contenido de esta norma, su finalidad original y su evolución jurisprudencial, que pasó de ser un procedimiento de tipo excepcional para la recuperación de inmuebles cedidos en concesión a convertirse en la herramienta preferida por los organismos del Estado nacional para el desalojo de viviendas en predios fiscales. Por último, procuraremos identificar algunas estrategias al alcance de las defensorías públicas oficiales para ejercer adecuadamente una defensa técnica eficaz en ese tipo de casos, destacando los argumentos para lograr que se declare inconstitucional la aplicación del decreto-ley 17.091 al desalojo de viviendas.

II. El RENABAP y la nueva ley 27.453

Uno de sus mayores aciertos del relevamiento de barrios recogido en el RENABAP radica en haber sido una iniciativa impulsada desde organizaciones de la sociedad civil que, con la sanción de la ley 27.453, han logrado que todas las fuerzas políticas estuvieran de acuerdo en que la integración socio urbana sea la política pública de vivienda para los asentamientos informales, a pesar de que no pocos dirigentes políticos y comunicadores sigan, en la actualidad, hablando de erradicación de villas y promoviendo posiciones estigmatizantes con relación a los habitantes de los asentamientos informales. Por ello, la aprobación de esta norma puede considerarse como una batalla socio-cultural ganada y de gran relevancia para el futuro de las políticas de vivienda (Cravino 2018).

No obstante, debe criticársele a la ley 27.453 que no ha sido construida con una perspectiva de derechos humanos, estableciendo derechos exigibles por parte de los habitantes de los barrios populares. Por el contrario, se limita a establecer para el Estado nacional un mecanismo discrecional para avanzar en una política de regularización dominial condicionada a la previa expropiación de los terrenos en cuestión, sin definir objetivamente prioridades ni el presupuesto para concretar esa política (Tedeschi 2018). Además, uno de los organismos encargados de llevar adelante este objetivo, la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE), resulta criticable porque ha sido uno de los principales promotores de desalojos contra los asentamientos informales ahora incluidos en el RENABAP.

Sin embargo, más allá de estas críticas y otras que pudieran hacerse³, existen al menos

dos elementos que sí pueden traducirse en planteos exigibles por parte de los habitantes de los barrios populares y que pueden ser el eje de intervenciones de las defensorías públicas oficiales. En primer lugar, la ya mencionada suspensión de desalojos por 4 años establecida en el artículo 15 de la ley 27.453⁴, que se erige como el principal planteo que pueden exigir de inmediato los habitantes de los barrios populares. Tal ha sido, por ejemplo, el planteo realizado por la Defensoría Pública Oficial ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de San Luis en la causa “Municipalidad de la Ciudad de San Luis c/ Quiroga, Maximiliano Eduardo y otro s/ Interdictos”, que fue resuelto exitosamente al ordenarle a la Municipalidad de la Ciudad de San Luis abstenerse de realizar cualquier acción que conduzca al desalojo de los habitantes del predio de una antigua estación del sistema ferroviario nacional que atraviesa esa ciudad.

Y, en segundo lugar, la ley 27.453 también ha venido a reforzar los argumentos para exigir la urbanización de los asentamientos mediante la conexión regular a los servicios públicos esenciales a partir de la obtención del “Certificado de Vivienda Familiar” establecido en el decreto 358/2017⁵. Tal ha sido,

Revista Habitat Inclusivo, Nº 11, mayo 2018. Disponible en: <http://www.habitatinclusivo.com.ar/revista/columna-de-opinion/>.

4 El art. 15 de la ley 27.453 establece: “Suspéndense por el plazo de cuatro (4) años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, las acciones y medidas procesales que conduzcan al desalojo de los bienes inmuebles incluidos en el RENABAP, tanto los sujetos a expropiación, como aquellos de propiedad del Estado nacional. La aplicación del presente artículo es de orden público”.

5 El art. 1 del decreto 358/2017 dispone: “Incorpórase al Anexo del Decreto Nº 2670 del 1º de diciembre de 2015, como Capítulo XI, el siguiente: [...] Artículo 48: La AGENCIA DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DEL ESTADO será el organismo responsable de emitir un Certificado de Vivienda Familiar, para ser entregado por

³ Para profundizar en estas críticas, véanse las columnas de opinión con relación a la ley 27.453 incluidas en la

por ejemplo, uno de los planteos realizados en 2018 por la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Córdoba en la causa “Pedernera, Noelia Soledad y otros c/ Estado Nacional y otro s/ Amparo” respecto de los vecinos del Barrio Asociación 8 de Agosto en la localidad de Alta Gracia.

Ahora bien, ambos planteos dependen de que las viviendas en cuestión hayan sido registradas como barrio popular en el RENABAP. Sin embargo, el RENABAP no incluyó conjuntos de viviendas en propiedad horizontal, a pesar de que configuran el modo de ocupación informal más extendida en la Ciudad de Buenos Aires; ni tampoco aquellos asentamientos situados en localidades de menos de 10.000 habitantes⁶. En ese sentido y considerando también las posibles intervenciones de las defensorías públicas oficiales referidas a este tipo de asentamientos, resulta de vital importancia poder controlar e impugnar la exclusión de ciertas clases de viviendas en el RENABAP, cuando claramente no existen razones sustanciales para discriminar a sus habitantes, excluyéndolos de ser beneficiarios

la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES) a los Responsables de Vivienda incluidos en el REGISTRO NACIONAL DE BARRIOS POPULARES EN PROCESO DE INTEGRACIÓN URBANA (RENABAP). Dicho instrumento se considerará un documento suficiente para acreditar la existencia y veracidad del domicilio, a los efectos de solicitar la conexión de servicios tal como agua corriente, energía eléctrica, gas y cloacas; solicitar la CLAVE ÚNICA DE IDENTIFICACIÓN TRIBUTARIA (CUIT) y/o la CLAVE ÚNICA DE IDENTIFICACIÓN LABORAL (CUIL), realizar peticiones ante los organismos públicos; solicitar prestaciones de salud, previsionales y educativas.”

⁶ RENABAP, Relevamiento Nacional de Barrios Populares, Informe General Período 08/2016 a 12/2017. Según información provista por autoridades del RENABAP, salvo en las provincias de Buenos Aires y Córdoba, en el resto del país el relevamiento no incluyó localidades de menos de 10.000 habitantes por falta de recursos y de capacidad logística.

de la política pública de vivienda que promueven el decreto 358/2017 y la ley 27.453.

III. El muy vigente decreto-ley 17.091

Volviendo al eje del presente trabajo y para aclarar aquella errada intuición mencionada en la introducción, no se trata de que las intervenciones de la defensa pública en desalojos que involucren asentamientos informales en predios del Estado nacional sean pocas en comparación con las intervenciones de abogados particulares o de otro tipo de patrocinios gratuitos. En realidad, en este tipo de desalojos, los afectados no suelen contar con ninguna asistencia jurídica, ni de la defensa pública ni de abogados particulares. La razón, como dijimos, se encuentra en la herramienta procesal utilizada por la mayoría de las agencias gubernamentales que impulsan estos desalojos: el muy vigente procedimiento establecido por el decreto-ley 17.091 de 1966.

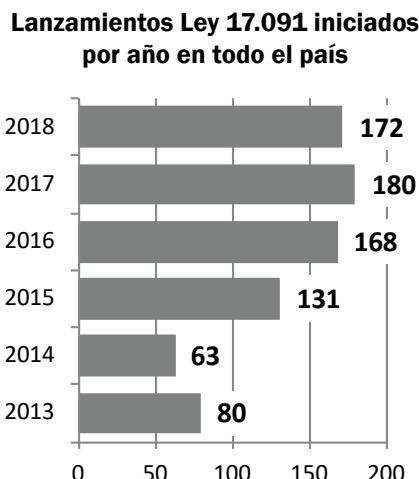
La principal característica de esta norma es que establece un procedimiento *inaudita parte* que elimina absolutamente el debido proceso y el derecho de defensa en juicio. Como consecuencia directa, se termina ordenando el lanzamiento sin que los afectados hayan sido notificados ni de la demanda en su contra, ni de la sentencia que ordena el lanzamiento. Al no enterarse de la existencia de un proceso en el que se decidirá o en el que ya se decidió su desalojo, tampoco existe margen para que los afectados acudan a la defensa pública y que esta pueda oponer defensas efectivas antes de que el lanzamiento sea un hecho consumado.

Expuesto así, pareciera que estamos dando el ejemplo perfecto de lo que significa un “desalojo forzoso”: aquel en el que las personas afectadas no disponen de los recursos jurídicos apropiados⁷. En efecto, es un desalojo forzoso; y con el agravante de que es el propio Estado

⁷ Comité de DESC, Observación General N° 7, Párr. 11.

–el responsable de garantizar el derecho a la vivienda– quien promueve estos desalojos. Pero más allá de disquisiciones dogmáticas sobre lo llamativo que pueda resultarnos un procedimiento notoriamente inconstitucional y violatorio del debido proceso, lo real y concreto es que se trata de una norma en plena vigencia y muy utilizada por varias agencias gubernamentales. Esto recientemente ha motivado que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC) recomiende expresamente al Estado argentino que la modifique por considerarla una regulación regresiva en materia de derecho a la vivienda⁸.

Aunque cabe suponer que no todos los procesos iniciados involucran el desalojo de un asentamiento, el siguiente cuadro elaborado a partir de cifras provistas por la Oficina de Estadísticas del Concejo de la Magistratura da cuenta de que en los últimos años ha aumentado notablemente el uso del decreto-ley 17.091:



Cuadro 1: Lanzamientos ley 17.091 iniciados por año en todo el país. Elaboración propia.

⁸ Comité DESC, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina, E/C.12/ARG/CO/4, 1º de noviembre de 2018, Párr. 48.

III.1 Texto y finalidad original del decreto-ley 17.091

El decreto-ley 17.091 fue dictado el 29 de diciembre de 1966 por el teniente general Onganía, en ejercicio de las facultades legislativas que le confería el Estatuto de la Revolución Argentina durante su gobierno de facto. Originalmente, tuvo como finalidad servir de instrumento para recuperar rápidamente inmuebles de propiedad del Estado nacional cedidos en concesión, pero veremos cómo, en las últimas décadas, comenzó a ser aplicado extensivamente no solo contra concesionarios, sino directamente contra los habitantes de viviendas asentadas en terrenos fiscales, aun cuando nunca hubo un contrato de concesión.

En su breve texto, la norma establece un procedimiento excepcional para que el Estado nacional pueda recuperar, sin demoras, inmuebles de su propiedad cedidos a concesionarios, cuyo contrato se encuentre vencido o haya sido revocado. Como puede apreciarse de la simple lectura de su único artículo relevante⁹, la aplicación literal de esta norma se

⁹ “Restitución de inmuebles fiscales cedidos por contratos de concesión.- Artículo 1º: *En los casos en que se hubiere otorgado la concesión de inmuebles de propiedad del Estado*, afectados a la Administración centralizada, descentralizada, Empresas del Estado o entidades autárquicas, con o sin instalaciones o viviendas accesorias, para el desarrollo de actividades lucrativas o prestación de servicios de esta índole o cualquier otra actividad u objeto, una vez vencido el plazo pactado o declarada su rescisión por la autoridad administrativa, el concesionario deberá restituir los bienes dentro del término de diez (10) días corridos. Caso contrario el organismo competente, acreditando el cumplimiento de los recaudos establecidos en el párrafo anterior, podrá requerir a la justicia el inmediato desalojo del concesionario o de cualquier otro ocupante. Efectuada la presentación requerida, los jueces, *sin más trámite*, ordenarán el lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de las acciones de orden pecuniario que pudieran corresponder a ambos contratantes.- Artículo 2º - Atento el carácter de orden público de la presente disposición,

circumscribe a casos en que ha habido concesión de inmuebles de propiedad del Estado nacional. Y ese fue, además, el objetivo expresamente declarado en el mensaje de elevación del proyecto de ley, publicado junto con el texto normativo en el Boletín Oficial del 9 de enero de 1967¹⁰.

la misma será de aplicación incluso a los contratos de concesión que se hallaren vencidos o hubieren sido rescindidos administrativamente al tiempo de entrar en vigencia esta norma.- Artículo 3º - Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese" (el subrayado me pertenece).

10 "Buenos Aires, 29 de diciembre de 1966.

Al Excelentísimo señor Presidente de la Nación:
El Instrumento legal que en proyecto se somete a consideración de V.E., tiende a satisfacer urgentes necesidades con que tropieza la Administración Pública en su gestión relacionada con los inmuebles fiscales cedidos por contratos de concesión.

La naturaleza de la concesión, la necesidad de la Administración de recuperar el ámbito cedido por contrato en el lapso más breve posible, a fin de cumplimentar la dinámica deseada en la gestión administrativa, motivan la exigencia de contar con una norma autónoma que permita tal recuperación, dejando a salvo posibles perjuicios que la desocupación de los locales cedidos pueda ocasionar.

En el transcurso de los últimos años, como consecuencia de las distintas *prórrogas dictadas en materia locativa*, diversos ex concesionarios pretendieron subsumir jurídicamente la institución concesión, en las disposiciones legales de emergencia sancionadas con el único fin de resolver el déficit de viviendas y espacios aprovechables para otras actividades.

Como consecuencia de tal actitud el Estado debió ocurrir como actor o sufrir como demandado distintas contiendas judiciales que por su dilación demoran considerablemente la recuperación de los espacios cedidos en virtud de una concesión rescindida, o cuyo plazo contractual había fallecido.

Así las cosas, ante la demora en lograr la sentencia judicial que acoja la demanda o desestime la acción intentada por los ex concesionarios con el único objeto de prolongar en el tiempo el indebido uso de los locales ocupados como consecuencia de una relación contractual extinguida, el Estado se encuentra inerme y sin contar con solución alguna que le permita el reintegro, y consecuentemente encarar una nueva contratación, con los consabidos perjuicios que ello acarrea.

En tal mensaje se explicitaba que la finalidad de la norma era evitar que los concesionarios dilataran la restitución de los inmuebles cedidos apelando a las prórrogas locativas que habían sido adoptadas en favor de las familias de inquilinos de bajos recursos, es decir, de los sectores más desfavorecidos, por el grave déficit de vivienda que ya por entonces acusaba el país. En efecto, en 1966 se encontraban vivientes una serie de normas que impedían los abusos y desigualdades en los que se encontraban inmersos amplios sectores de la sociedad fruto de las recurrentes crisis de vivienda. Entre esas medidas normativas, la más común fue la prórroga por acto estatal de los contratos de locación entre particulares para inmuebles destinados a vivienda familiar.

Los concesionarios que ocupaban inmuebles del dominio estatal a raíz de contratos de concesión acudieron a una dudosa analogía y pretendieron usufructuar los beneficios que se habían dispuesto en favor de las familias de inquilinos de bajos recursos. De este modo, quienes ostentaban el uso y goce de inmuebles fiscales con fines comerciales en virtud de un contrato de concesión pretendieron, al término de esos contratos, extender el plazo de su vigencia invocando dichas prórrogas locativas, las que claramente no los amparaban a ellos, sino a los sectores de mayor vulnerabilidad económica y social (Casella 2012).

Ese fue el contexto que el decreto-ley

Tal situación, pues, ha creado la acuciante necesidad de contar con un instrumento que a la vez de permitir al Estado acudir ante la justicia en reclamo del inmediato desahucio, siempre dejando a salvo los posibles perjuicios que dicha medida pueda ocasionar, *consagre indirectamente la no aplicabilidad de las disposiciones de prórrogas locativas a las cuestiones originadas como consecuencia del contrato de concesión*.

Dios guarde a Vuestra Excelencia.- Jorge N. Salime - Francisco R. Aguilar" (el subrayado me pertenece). ADLA1966 - C, 1673. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNormaBusquedaAvanzada/7034095/19670109>.

17.091 apuntó a resolver, creando un procedimiento especial de excepción para ser aplicado contra los concesionarios de emprendimientos comerciales en predios fiscales, con el objetivo de obtener su desalojo sin demoras. Tal finalidad quedó impresa en el mismísimo título de la norma: "Restitución de inmuebles fiscales cedidos por contratos de concesión".

III.2 Evolución jurisprudencial

De modo coherente con su interpretación literal y de acuerdo con su finalidad original, hasta la década de 1990 los desalojos promovidos a través del decreto-ley 17.091 eran dirigidos exclusivamente contra ex concesionarios en predios fiscales, tales como emprendimientos comerciales, clubes, asociaciones civiles, etc. Ello no quita que, al momento de efectivizarse dichos lanzamientos, también fueran desalojadas viviendas asentadas en esos inmuebles del Estado nacional, pero, en todo caso, siempre era menester que el demandado principal fuera un ex concesionario.

Durante todo este primer período (1967-1998), los intentos de ampliar el espectro de casos alcanzables por esta norma –demandando principalmente a ocupantes de viviendas sin que hubiera previamente un contrato de concesión–, chocaron siempre contra el criterio restrictivo de los tribunales de primera y segunda instancia¹¹.

Esta primera etapa, que podemos clasificar como de interpretación literal, originalista y restrictiva, llegó a su fin en 1998, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) fijó un criterio diferente en el fallo "Ferrocarril Metropolitano S.A. c/ Intrusos y/u ocupantes inmueble s/ lanzamiento ley 17.091". Este fallo abrió una segunda etapa que, por oposición a la primera, podemos identificar

como de interpretación extensiva, avalando, hasta la actualidad, aplicar el procedimiento del decreto-ley 17.091 directamente para el desalojo de ocupantes sin título –en general, habitantes de viviendas informales–, sin importar si hubo o no previamente un contrato de concesión sobre el terreno en cuestión.

Lo llamativo es que, para resolver así, la Corte Suprema se remitió al dictamen del entonces procurador general de la Nación, el Dr. Nicolás Eduardo Becerra, quien fundó sus argumentos en una supuesta interpretación de la finalidad original que, como vimos, estaba explicitada en la nota de elevación del proyecto. Según su dictamen, del texto de la norma:

[...] surge literalmente que se autoriza el desalojo no sólo del concesionario, sino de cualquier otro ocupante, de los predios de dominio público de que se trata. Es decir, aun de todos aquellos que no están ni estuvieron sujetos a un contrato de concesión, no resultando, por ende, razonable el criterio de los jueces de la causa de ceñir su aplicación a la exclusiva existencia de ese vínculo convencional.

Esta interpretación, según el procurador:

[...] se condice con los fundamentos dados en la nota de elevación del proyecto de ley, de donde se desprende que el fundamental objetivo de la norma es el de crear un instrumento legal que habilite al Estado Nacional a hacerse de los aludidos espacios del dominio público, sin sufrir contiendas judiciales que por su dilación demoraren considerablemente la recuperación de los inmuebles afectados. Por consiguiente, no se advierte cuál sería el sentido de que sólo fuera aplicable a los supuestos en que existió una relación jurídica, o compromiso del Estado expresado mediante una relación contractual, y en cambio no lo fuese

11 Ver CNFed. CA, Sala III, 21/II/95, "FE.ME.SA. c/ Intrusos y/u ocupantes", LL, 1995-E, 491, entre otros.

respecto de las ocupaciones sin derecho o compromiso alguno, cuando en rigor, además, también resultan ser ocupantes ilícitos quienes permanecieran en los espacios ya vencida la concesión¹²

En efecto, el sentido que el procurador reconoce “no advertir” en esta fallida interpretación originalista es que, al momento de sancionarse esta norma, se encontraba vigente una serie de normas que posibilitaban a los concesionarios dilatar la restitución de los inmuebles cedidos en concesión, valiéndose de las prórrogas locativas dispuestas a favor de familias de inquilinos de bajos recursos. Contexto que, al igual que hoy, tampoco estaba vigente en 1998, cuando la Corte Suprema adoptó, en plena democracia, este criterio expansivo de un procedimiento que a todas luces –incluso durante una dictadura militar– era de carácter excepcional. En rigor, ya no existía en 1998 riesgo de que ni concesionarios ni ocupantes sin título pudieran apelar a ninguna prórroga locativa o medida protectoria excepcional para dilatar su desalojo. Tan solo el legítimo ejercicio del derecho de defensa en el contexto de un debido proceso.

En esta segunda y actual etapa de interpretación y aplicación extensiva del decreto-ley 17.091, no obstante, los tribunales inferiores continúan utilizando algunos criterios fijados por la Corte Suprema durante la primera etapa, y que solo tenían sentido en aquel contexto, cuando los demandados eran mayoritariamente emprendimientos comerciales con un permiso precario fruto de un contrato de concesión. En particular, merece la pena referirnos a la jurisprudencia de la Corte Suprema que sostuvo la constitucionalidad del decreto-

ley 17.091 frente a los planteos de inconstitucionalidad que continuamente realizaban los concesionarios. Esto constituye un problema para el acceso a la justicia en este tipo de casos, dado que los tribunales inferiores rechazan los planteos de inconstitucionalidad de la defensa invocando automáticamente esa jurisprudencia; planteos que hoy se realizan en favor ya no de concesionarios, sino de habitantes de asentamientos informales.

III.3 La constitucionalidad del decreto-ley 17.091 según la Corte Suprema

Desde muy temprano, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo la constitucionalidad del decreto-ley 17.091, calificando como “insustanciales” los habituales planteos de inconstitucionalidad que los demandados –siempre concesionarios en terrenos afectados a un servicio público– formulaban contra la norma, por considerarla violatoria del debido proceso y de su derecho de defensa en juicio¹³.

Sin embargo, resulta de vital importancia comprender el verdadero sentido de esta línea jurisprudencial a favor de la constitucionalidad del decreto-ley 17.091, ya que no debería ser aplicable linealmente a los casos donde se pretende desalojar habitantes de viviendas informales. En efecto, esta jurisprudencia solo tiene sentido si se considera que en los procesos de lanzamiento contra concesionarios en inmuebles afectados a un servicio público no está en juego ningún derecho de fondo o “sustancial” que merezca el pleno ejercicio del derecho de defensa, sino tan solo meros permisos precarios de los concesionarios sobre esos bienes. Allí se apoya la referida “insustancia-

12 CSJN, 13/VIII/98, “Ferrocarriles Metropolitanos S.A. c/ Intrusos y/u ocupantes inmueble s/ lanzamiento ley 17.091”, considerando III del dictamen del procurador general de la Nación.

13 Ver Fallos: 271:229; 272:11; 277:245 y 304; 283:231; 293:470; 301:1028; 302:997; 302:1280 cons. 8; 307:1172; caso E-27 “EFA c/ Marenca S.A. y otros”, del 30/7/85; caso “Universidad de Buenos Aires c/ Orku S.A.C.I. s/ lanzamiento ley 17.091”, del 28/03/1995; entre otros.

lidad”, quedando siempre a salvo el derecho a reclamar posteriormente la restitución o una indemnización por los daños sufridos.

En los desalojos dirigidos contra viviendas en asentamientos informales en terrenos fiscales, en cambio, los demandados sí pueden invocar derechos de fondo o “sustanciales” que merecen ser protegidos por las reglas del debido proceso: el derecho a la vivienda, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes afectados y, eventualmente en predios no afectados a un servicio público, el derecho de propiedad que puede adquirirse por usucapión o por procesos de regularización dominial, como el de la ley 24.374 o el auspiciado por la nueva ley 27.453.

Lamentablemente, la última vez que la Corte Suprema se expidió expresamente y con detalle sobre la constitucionalidad del decreto-ley 17.091 fue en 1995, en el caso “Universidad de Buenos Aires c/ Orku S.A.C.I.”, es decir, antes del cambio jurisprudencial que, a partir de 1998, permitió su aplicación extensiva directamente contra ocupantes de viviendas. Desde entonces y una vez producido el cambio jurisprudencial, los pocos casos de desalojos de viviendas a través del decreto-ley 17.091 que llegaron por vía extraordinaria o en queja con planteos de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, han sido declarados inadmisibles sin más fundamento que la aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Los más recientes fueron incluso promovidos por la defensa pública, uno a través del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación en la causa “Agencia de Administración de Bienes del Estado c/ Intrusos y ocupantes inmueble Tilcara esq. Corrales”; y otro por la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia San Martín en la causa “Administración de Infraestructuras Ferroviarias S.E. c/ López, Elena Miriam y otro”.

Como consecuencia, la Corte Suprema jamás ha vuelto a revisar si su tradicional jurisprudencia acerca de la “insustancialidad” de los planteos de inconstitucionalidad formulados por concesionarios en inmuebles afectados a un servicio público sigue siendo sostenible hoy, en el marco de casos en los cuales lo que está en juego es el derecho a la vivienda, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes afectados, e incluso, eventualmente, el derecho de propiedad adquirible por prescripción o por procesos de regularización.

IV. Experiencias y aprendizajes de la defensa pública frente al decreto-ley 17.091

Aun siendo poco frecuentes, la experiencia de la defensa pública en intervenciones en este tipo de casos posibilita identificar algunos aprendizajes y estrategias para fortalecer los argumentos al alcance de los defensores públicos y procurar una adecuada asistencia a la población afectada por este tipo de desalojos.

IV.1 Proactividad

El primer obstáculo para lograr una defensa eficaz frente a desalojos de viviendas promovidos a través del decreto-ley 17.091 es el hecho de que los afectados difícilmente acudan al despacho de una defensoría pública oficial. La propia lógica del procedimiento, que impide que los afectados tomen conocimiento de su existencia hasta el mismo momento del lanzamiento, conspira también para que los defensores puedan intervenir y oponer defensas oportunamente.

A pesar de no haber quedado contemplado en los supuestos de intervención instruidos mediante la Res. DGN N° 1119/2008, debe hacerse notar que las experiencias sobre las que la defensa pública ha podido construir una cierta práctica relacionada a este tipo de desalojos ha

sido en supuestos en los que el juzgado competente, advirtiendo la presencia de menores de edad entre la población afectada, ha dado intervención al defensor de menores.

La ley 27.453 y el RENABAP, no obstante, constituyen una oportunidad para revertir esta situación. La existencia de un relevamiento preciso y georreferenciado de los asentamientos informales ubicados en terrenos de propiedad del Estado nacional permite averiguar cuáles son los asentamientos en riesgo de ser desalojados en determinada jurisdicción y establecer contacto con sus vecinos de manera anticipada. Por otra parte, la suspensión por 4 años, dispuesta como de orden público en el art. 15 de la ley 27.453, da un margen más que cómodo para gestar dicho contacto, elaborar una defensa técnica eficaz frente al desalojo e incluso hacer planteos exigiendo la adopción de medidas en pos de la regularización e integración socio urbana.

IV.2 Desalojo como un problema de vivienda

Un segundo obstáculo para lograr una defensa eficaz frente a desalojos de viviendas promovidos a través del decreto-ley 17.091 es el hecho de que muchos juzgadores suelen concebir el proceso de desalojo como una herramienta con el único y exclusivo propósito de proteger el derecho de propiedad, sin ver –o querer ver– que también se pone en juego el derecho humano a la vivienda adecuada y la prohibición de realizar desalojos forzados. Como obstáculo adicional a esa concepción, se suman los prejuicios que suelen existir contra las personas en situación de pobreza que habitan los asentamientos informales, considerados casi siempre, desde el lenguaje judicial, como “intrusos y ocupantes” o “usurpadores”, y pocas veces como vecinos de barrios populares reconocidos por el propio Estado y con derecho a la integración socio urbana.

Es un desafío, entonces, para los defensores públicos intervenientes lograr, desde su primera presentación, una convincente contextualización de estos casos de desalojo, de modo tal que se pongan de manifiesto las afectaciones que provocan al derecho a la vivienda de personas en situación de vulnerabilidad, destacando especialmente cómo resultan damnificados los niños, niñas y adolescentes. Para ello, los defensores públicos oficiales y defensores de menores cuentan con la posibilidad de acudir a informes socioambientales, ya sean de elaboración propia cuando se cuenta con esa posibilidad o a través de convenios con otras entidades. Asimismo, son importantes las medidas de prueba que puedan solicitarse para lograr un adecuado relevamiento de la situación socioeconómica de los afectados, incluso por medio del reconocimiento ocular del propio juzgador.

En este aspecto, sin dudas, también constituye un importantísimo avance el relevamiento del RENABAP, porque si un asentamiento informal figura allí, significa que el propio Estado nacional ha reconocido que se trata de un barrio popular en proceso de integración socio urbana, que presenta diferentes grados de precariedad y hacinamiento, donde más de la mitad de sus habitantes no cuenta con acceso regular a al menos dos de los servicios básicos (red de agua corriente, red de energía eléctrica con medidor domiciliario y/o red cloacal)¹⁴.

Colocar al derecho a la vivienda en el centro de los argumentos defensistas en estos procesos de desalojo nos lleva a un terreno de razonamiento donde entra en juego la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos y el enorme nivel de detalle con que el contenido de este derecho ha sido abordado en las Observaciones Generales N° 4 y N° 7, así como en recientes dictámenes frente a

14 Art. 1 del decreto 358/2017.

casos individuales del Comité DESC de las Naciones Unidas; y en los Principios Básicos y Directrices sobre los desalojos presentados por el Relator Especial sobre derecho a la vivienda al Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

De allí surge que, aun cuando el desalojo esté justificado, las autoridades competentes deben garantizar que se lleve a cabo con arreglo a una legislación compatible con el Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y en observancia de los principios generales de razonabilidad y proporcionalidad. Ello implica que los procesos deben realizarse respetando las garantías procesales que aseguren, entre otras cosas, una auténtica oportunidad de consulta genuina y efectiva a las personas afectadas¹⁵. El Comité DESC ha sostenido, además, que no puede haber un derecho sin un recurso efectivo¹⁶ y que, por tanto, en virtud de la obligación contenida en el artículo 2(1) del PIDESC, los Estados partes deben garantizar que las personas cuyo derecho a la vivienda adecuada pudiera ser afectado dispongan de un recurso judicial efectivo y apropiado¹⁷. También destaca la exigencia – que alcanza a los jueces– de garantizar que, como resultado de los desalojos, no haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias –también ju-

diciales–, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda o reasentamiento, según proceda¹⁸.

IV.3 Inconstitucionalidad del procedimiento *inaudita parte* aplicado contra viviendas

Sin perjuicio de la importancia de actuar con cierta proactividad para tomar intervención oportunamente y de la conveniencia de poner de relieve la afectación al derecho a la vivienda, probablemente nada de ello sea útil frente al criterio de un juzgado que se limite a rechazar toda presentación de los demandados con el pretexto de que el procedimiento del decreto-ley 17.091 no contempla la posibilidad de que participen en calidad de partes. De allí que sea importante definir desde un comienzo una estrategia que ataque la constitucionalidad de dicho procedimiento, o bien plantee su inaplicabilidad a casos en los que se pretenda desalojar viviendas de personas en situación de vulnerabilidad, lo que debería resultar –como hipótesis de máxima– en la sanción de nulidad de todo lo actuado hasta tanto no se notifique adecuadamente de la demanda a las personas afectadas y que estas tengan oportunidad de oponer sus defensas.

Los argumentos para justificar la inconstitucionalidad, vale aclarar, no apuntan a determinar si, en un caso concreto, los afectados tienen o no derecho a mantener su domicilio en el inmueble en cuestión. Lo que se discute, en cambio, es qué tipo de procedimiento debe seguirse para, eventualmente, llegar a esa decisión: ¿un procedimiento excepcional *inaudita parte*, en el que los principales afectados no pueden defenderse y en el que ni siquiera son notificados de la demanda ni de la sentencia de lanzamiento? ¿O un procedimiento bilateral, en que los demandados puedan estar en

15 Comité DESC, Observación General N° 7, párr. 15.

16 Comité DESC, Comunicación N° 2/2014, “I.D.G. c. España”, dictamen adoptado el 17 de junio de 2015, párr. 11.3.

17 Comité DESC, Observación General N° 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados partes (art. 2, párr. 1 del Pacto), párr. 1 y 5; Observación General N° 7, párrs. 9, 11 y 15; Observación General N° 9 sobre la aplicación interna del Pacto, párr. 2; y Comunicación N° 2/2014, “I.D.G. c. España”, párr. 11.3-11.4.

18 Comité DESC, Observación General N° 7, párr. 16.

igualdad de armas frente al Estado, invocar derechos de fondo, aportar pruebas y solicitar audiencias en las que puedan arribar a soluciones negociadas, con tiempo y espacio suficiente para que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de derecho a la vivienda?

Sin embargo, incluso planteando la constitucionalidad o inaplicabilidad de este procedimiento en casos de desalojos de viviendas, el principal obstáculo continúa siendo sortear la aplicación automática que los tribunales hacen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, hasta 1995, calificó estos planteos como “insustanciales” y que, en 1998, extendió su aplicación contra ocupantes sin concesión. Por ello, resulta de vital importancia desnudar el origen y verdadero sentido de estas líneas jurisprudenciales, su consecuente interpretación restrictiva e inaplicabilidad en casos cuyas circunstancias dan cuenta de que está en juego el derecho a la vivienda de personas en situación de vulnerabilidad y el derecho a contar con recursos apropiados y garantías procesales para protegerse frente a desalojos.

IV.4 Ponderación de los derechos, principios e intereses en juego

Sobre esta base, una manera correcta y gráfica para argumentar sobre la inconstitucionalidad de un procedimiento de desalojo como el que establece el decreto-ley 17.091 debe resaltar la irrazonable o desproporcionada limitación que esta normativa significa para el principio del debido proceso y los derechos que se pretenden proteger a través de ella. En ese sentido, resulta esclarecedor plantear una interpretación armónica de nuestro ordenamiento jurídico que pondere adecuadamente y ponga en su justa medida la pretendida celeridad en la recuperación de inmuebles de propiedad del Estado nacional, frente al respeto al debido proceso legal en

procedimientos que puedan afectar el derecho a la vivienda, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y, eventualmente, también el derecho de propiedad.

En América Latina, el principio de proporcionalidad fue adoptado por diversos tribunales nacionales y, al menos desde el caso *Kimel vs. Argentina* (2008), la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos lo utiliza en sus sentencias¹⁹. En la Argentina, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación aun no acude rigurosamente a ese modelo, pero, en su lugar, utiliza con gran flexibilidad el principio de razonabilidad para aplicar judicialmente las normas sobre derechos constitucionales, analizando así la relación entre los medios y los fines de una norma y su compatibilidad con el ordenamiento constitucional (Caminos 2014). Como enseña uno de sus principales referentes, la estructura de la ponderación se compone de tres reglas o sub-principios que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para poder ser considerada como una limitación constitucionalmente legítima y razonable: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Alexy 2009).

Según el sub-principio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. En el caso del procedimiento inaudita parte del decreto-ley 17.091, ese fin es la celeridad para que el Estado nacional recupere inmuebles de su dominio cedidos en concesión (o, en la interpretación extensiva de la Corte Suprema desde 1998, de cualquier bien del dominio estatal). La intervención o limitación, por su parte, es sobre el debido proceso y el derecho a la defensa en juicio en igualdad de armas. Cuando se utiliza este procedimiento para

19 Sobre el uso del principio de proporcionalidad en las sentencias de la Corte Interamericana, véase Clérigo 2012.

el desalojo de asentamientos informales en esos predios, la intervención sobre el debido proceso limita, a su vez, la realización del derecho que ese debido proceso busca proteger: la vivienda adecuada; el interés superior de niños, niñas y adolescentes; y el derecho de propiedad adquirible por prescripción o regularización dominial. Sin embargo, desde el punto de vista de su idoneidad, la limitación al debido proceso que implica un procedimiento “sin más trámite” como el del decreto-ley 17.091 es una medida idónea para lograr la celeridad buscada.

El segundo sub-principio es el de necesidad, según el cual toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse a través de la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar la finalidad buscada. Volviendo al decreto-ley 17.091, la pregunta es si existen otras medidas igualmente idóneas para alcanzar la celeridad en la recuperación de los inmuebles estatales, pero que signifiquen una limitación menos intrusiva del debido proceso y del derecho a la defensa en juicio. En ese sentido, este procedimiento de desalojo *inaudita parte* no supera el sub-principio de necesidad, ya que existen otras formas de lograr la celeridad de un desalojo a través de medidas que respetan el debido proceso y no eliminan toda posibilidad de protección del derecho a la vivienda, el interés superior de niños, niñas y adolescentes, y el derecho de propiedad adquirible por prescripción o regularización dominial. En efecto, otros procedimientos de desalojo en nuestro país están regulados como procedimientos sumarios o sumarísimos, con plazos exiguos y restricciones en los tipos de excepciones oponibles, pero sin llegar al punto de eliminar todo atisbo de bilateralidad y posibilidad de ejercer ninguna defensa. En definitiva, existen otras regulaciones menos extremas que logran el mismo fin.

Por último, el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto requiere que la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental deba estar en una relación adecuada con el significado y jerarquía del derecho intervenido. Como explica Robert Alexy (2009, 9): “como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro”. En otras palabras, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que implican para su titular y para la sociedad en general.

En ese sentido, frente a la pretendida celeridad procesal en el desalojo de inmuebles objeto de concesión establecida mediante un decreto-ley dictado por un gobierno de facto hace más de 60 años, de acuerdo con un adecuado juicio de ponderación, sin duda debe prevalecer la máxima garantía de nuestro sistema de justicia que, a la vez, es la herramienta institucional que el Estado da a todos los ciudadanos para bregar por la efectiva vigencia de los demás derechos humanos: la garantía del debido proceso, establecida en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional y en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En igual sentido, frente a la pretendida celeridad en un proceso de desalojo, cuando este involucra viviendas de personas en situación de vulnerabilidad, debe prevalecer también el debido proceso que permite garantizar el derecho humano a la vivienda adecuada, reconocido expresamente en los artículos 14 bis in fine de nuestra Constitución Nacional, y en lo establecido por los artículos 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 26 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos ellos con jerarquía constitucional en virtud del art. 75, inc. 22, de nuestra Constitución. Este derecho no solo acarrea obligaciones prestacionales para el Estado, sino que también implica algunas obligaciones negativas o de abstención, y la principal de ellas es la de abstenerse de llevar a cabo desalojos forzados (Comité DESC, Observación General N° 7, párr. 8).

Además, cuando el desalojo de viviendas involucra a niños, niñas y adolescentes (que en la práctica sucede en todos los casos en los que se busca desalojar un asentamiento), frente a la pretendida celeridad procesal de un proceso de desalojo, debe prevalecer un debido proceso que permita garantizar a todos esos niños, niñas y adolescentes sus derechos en el marco del modelo de protección integral de la infancia que diseña la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Finalmente y con el mismo razonamiento, frente a la pretendida celeridad procesal en un proceso de desalojo, cuando este se refiere a un inmueble no consagrado a un servicio público y las personas involucradas pueden acreditar su posesión pacífica a lo largo del tiempo, debe prevalecer también un debido proceso que permita garantizar el derecho de propiedad, reconocido no solo en un sentido clásico por el art. 17 de nuestra Constitución Nacional, sino también como derecho “a la propiedad” por el art. 17.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. XXIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, todos ellos instrumentos con jerarquía constitucional en nuestro país. En efecto, en virtud de ese derecho a la propiedad y de institutos de derecho privado, como la prescripción adquisitiva, o de políticas públicas a favor de

sectores vulnerables, como la regularización dominial de la ley 24.146 o la propiciada ahora por la nueva ley 27.453, las personas pueden convertirse en propietarias del inmueble que ocupan pacíficamente.

V. Comentarios finales

Como suele ocurrir con las cuestiones relacionadas al respeto de los derechos humanos, y, en especial, de los derechos económicos, sociales y culturales, la plena vigencia del derecho a la vivienda depende no tanto de su reconocimiento normativo, sino principalmente de la voluntad para destinar recursos y avanzar en políticas públicas que transformen en realidad ese reconocimiento.

En ese sentido, aun con sus falencias y aspectos criticables, la ley 27.453 parece ir en el camino correcto y tiende a saldar una deuda con uno de los sectores más desfavorecidos de la sociedad. La existencia del RENABAP, aun con la exclusión de conjuntos de viviendas en propiedad horizontal y de asentamientos en localidades de menos de 10.000 habitantes, constituye un reconocimiento por parte del Estado del problema de vivienda que padecen millones de personas en nuestro país y, al mismo tiempo, una herramienta que permite conocer la dimensión de ese problema con mayor precisión.

Sin embargo, una norma por sí sola no alcanza para resolver la enorme complejidad que implica la existencia de más de 4000 asentamientos informales en todo el país, situación que se agrava con cada coyuntura económicamente adversa, pero que tiene, sin dudas, aspectos que la convierten en un problema de tipo estructural. En efecto, uno de esos aspectos estructurales radica en la vigencia de procedimientos de desalojo regresivos, regulados en las normas procesales y luego aplicados por los juzgadores como meros instrumentos para que sus propietarios recu-

peren los inmuebles, sin ninguna referencia a cómo se vulnera el derecho a la vivienda de las personas afectadas.

En el presente trabajo procuramos centramos en solo una de esas normas procesales, el decreto-ley 17.091, por ser la más utilizada por el Estado nacional para desalojar aquellos mismos asentamientos que la nueva Ley 27.453 busca regularizar e integrar. Además, nos centramos en ella por ser una norma notoriamente inconstitucional que limita por completo el derecho a la defensa y que, por lo tanto, las defensorías públicas oficiales deberían combatir con todas las armas posibles a su alcance. Pero, aunque quizás sea la más burda en ese sentido, claramente no es la única.

Desde el punto de vista del derecho a la vivienda, prácticamente toda la legislación procesal sobre desalojos en predios fiscales en Argentina es regresiva: la ley 22.351 de parques nacionales establece un procedimiento idéntico al del decreto-ley 17.091, y lo propio hacen muchas leyes en el ámbito provincial. Aunque sin llegar a la anulación total del debido proceso, respecto de los desalojos entre particulares, la legislación y su aplicación por parte de los tribunales también son regresivas: el denominado “desalojo *express*” en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y los desalojos producidos en el marco de ejecuciones hipotecarias de la ley 24.441, claramente limitan la participación de los afectados en dichos procesos. Y, por último, también son regresivos los desalojos que regula el Código Procesal Penal de la Nación en los casos de delito de usurpación de inmuebles. Todos estos procedimientos pueden acabar dejando a familias sin hogar, pero ninguno prevé mecanismos para verificar esas circunstancias y espacios para la intervención oportuna de organismos competentes que puedan evitar tales consecuencias.

Modificar esas normas, como lo ha planteado el Comité DESC a través de las reco-

mendaciones directas a nuestro país en 2011 y 2018²⁰, claramente no es una función propia de la defensa pública. Pero, como operadores relevantes del sistema de justicia, especialmente en aquellos procesos que afectan a los sectores más vulnerables de nuestra sociedad, las defensorías públicas oficiales sí tienen el importantísimo rol de plantear siempre las incompatibilidades de estos procedimientos dentro de un sistema normativo constitucional y convencional que protege el derecho a la vivienda.

Sabemos que muchos cambios legislativos tienen su origen primero en cambios jurisprudenciales, pero pocas veces reconocemos que detrás de esos cambios existieron previamente reiterados e incansables planteos formulados por defensores y defensoras. Y también sabemos que incluso con cambios legislativos adecuados, las prácticas judiciales poco cambian si los operadores del sistema de justicia continúan anclados en paradigmas del pasado. De allí, el valioso aporte que puede hacer la defensa pública en pos de dejar atrás una norma dictada en 1966 por un gobierno de facto, garantizando siempre el acceso a la justicia y el respeto al debido proceso.

Bibliografía

Alexy, Robert. 2009. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 11: pp. 3-14. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>.

Caminos, Pedro A. 2014. “El principio de proporcionalidad: ¿una nueva garantía de los derechos constitucionales?”. *Revista electrónica*

20 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina*, E/C.12/ARG/CO/4, 1º de noviembre de 2018, Párr. 48.

ca del instituto de investigaciones "Ambrosio L. Gioja", 13: pp. 51-74. Consultado: 31 de mayo de 2019. <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/download/65/47>.

Casella, Ayelén A. 2012. "El juicio de lanzamiento (Decreto-Ley 17.091)". En: Marcelo A. Bruno dos Santos (dir.). *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: FDA. Disponible en: www.gordillo.com/pdf_unamirada/17casella.pdf.

Clérigo, Laura. 2012. "Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional* (Capaldo, G. y otros). Buenos Aires: Ed. Eudeba.

Cravino, María Cristina. 2018. "Asentamientos populares, entre la regularización y la nada". *Revista café de las ciudades*, 155. Consultado: 31 de mayo de 2019. <http://www.cafedelasciudades.com.ar/sitio/contenidos/ver/155>.

Tedeschi, Sebastián Ernesto. 2018. "Sobre el proyecto de regularización de barrios populares". *Revista habitat inclusivo*, 11. Consultado: 31 de mayo de 2019. <http://www.habitatinclusivo.com.ar/revista/sobre-el-proyecto-de-regularizacion-de-barrios-populares/>

Jurisprudencia nacional

CSJN, Fallos: 271:229; 272:11; 277:245 y 304; 283:231; 293:470; 301:1028; 302:997; 302:1280; 307:1172.

CSJN, E-27 "EFA c/ Marenca S.A. y otros", del 30/7/85.

CSJN, "Universidad de Buenos Aires c/ Orku S.A.C.I. s/ lanzamiento ley 17.091", del 28/03/1995.

CSJN, 13/VIII/98, "Ferrocarriles Metropolitanos S.A. c/ Intrusos y/u ocupantes inmueble s/ lanzamiento ley 17.091".

CSJN, "Agencia de Administración de Bienes del Estado c/ Intrusos y ocupantes inmueble Tilcara 2806 esq. Corrales y otro s/ lanzamiento ley 17.091", del 14/02/2017.

CSJN, "Administración de Infraestructuras Ferroviarias S.E. c/ López, Elena Miriam y otro s/ lanzamiento ley 17.091", del 23/08/2018.

CNFed. CA, Sala III, 21/II/95, "FE.ME.SA. c/ Intrusos y/u ocupantes", LL, 1995-E, 491.

Juzgado Federal de Primera Instancia de San Luis, "Municipalidad de la Ciudad de San Luis c/ Quiroga, Maximiliano Eduardo y otro s/ Interdictos", del 24/05/2019.

Documentos de organismos nacionales

Boletín Oficial, 09/01/1967, pp. 2-3. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7034095/19670109?busqueda=1>.

RENABAP, Relevamiento Nacional de Barrios Populares, Informe General Período 08/2016 a 12/2017. Disponible en: <https://zuletasintecho.files.wordpress.com/2018/04/resumen-informe-de-gestic3b3n-renabap-ac3b1o-2017-docx.pdf>.

Documentos de organismos internacionales

Comité DESC, Comunicación N° 2/2014,

“I.D.G. c. España”, dictamen adoptado el 17 de junio de 2015.

Comité DESC, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina, E/C.12/ARG/CO/4, 1º de noviembre de 2018.

Comité DESC, Observación General Nº 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), E/1991/23, 14 de diciembre de 1990.

Comité DESC, Observación General Nº 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), E/1992/23, 13 de diciembre de 1991.

Comité DESC, Observación General Nº 7, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzados, E/1998/22, anexo IV, 16 de mayo de 1997.

Comité DESC, Observación General Nº 9, La aplicación interna del Pacto, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998.

La desigualdad socio-urbana en la interpretación jurídica: a propósito de los casos de los barrios Rivadavia y Piedrabuena

Alejo Joaquín Giles

Abogado graduado en la Universidad Nacional de La Plata. Integrante del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación. Docente en las universidades de La Plata y Palermo.

Romina Tuliano Conde

Abogada graduada en la Universidad de Buenos Aires. Secretaria de Primera Instancia del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación.

I. Introducción: la desigualdad socio-urbana como problema jurídico

La desigualdad social tiene una dimensión territorial. Las ciudades frecuentemente expresan, en su disposición espacial, las desigualdades económicas y sociales existentes entre sus habitantes.

El acceso al espacio urbano resulta desigual: mientras que algunos pueden aspirar a vivir en los barrios más codiciados de la ciudad, a otros les toca conformarse con habitar sus áreas menos anheladas.

Suelen reconocerse relaciones de correlación entre las zonas geográficas donde nacen y viven las personas y sus proyecciones, por ejemplo, en el mundo laboral y educativo. Nacer y vivir en un barrio pobre generalmente va de la mano de tener menores oportunidades, con una cuesta arriba más inclinada y difícil de atravesar que los que nacen en otros barrios. Esos factores, además, parecen retroalimentarse: si bien no puede afirmarse que las zonas donde habitan las personas en condición de vulnerabilidad sean estrictamente la “causa” de ese estado, sí se advierte que el dato geográfico contribuye a reproducirlo, a empi-

nar cada vez más el recorrido¹.

Eso debería llamar la atención de cualquier persona sensible a las injusticias. En especial, si se dedica al derecho: los valores que caracterizan a nuestro proyecto constitucional repelen esos datos de la realidad social, los ubican al margen de su ideal normativo y nos obligan a tomar cartas en el asunto para modificarlos.

En efecto, la Constitución Nacional está comprometida con una sociedad igualitaria, donde las mismas circunstancias objetivas lleven a un trato igual entre las personas y donde todas ellas tengan las mismas oportunidades de desarrollar el proyecto de vida que deseen para sí mismas. Cuando el lugar donde nacemos y vivimos influye negativamente en dichos propósitos, estamos ante un resultado social incoherente con el proyecto constitucional. Esa contradicción se puede resolver si consideramos que los ideales regulativos del texto constitucional están munidos de garantías judiciales destinadas a reivindicarlos allí donde no tengan vigor. El Ministerio Público de la Defensa de la Nación tiene como función principal bregar por tales ideales activando las garantías conferidas por el entramado institucional.

Una de las preguntas que se abren, y de la que en parte nos ocuparemos, es cómo incorporar el dato de la desigualdad socio-urbana en la trama argumentativa sobre la que se

construyen los casos en defensa de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad.

Una alternativa es recurrir al derecho antidiscriminatorio, a la interpretación sobre los alcances del principio de igualdad y no discriminación que han realizado los tribunales y, en especial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ese esquema tiene sus límites pues, en su definición tradicional y siendo sintéticos, consiste en realizar un análisis de funcionalidad entre el criterio de distinción utilizado y las finalidades que se persiguen con ella. Supone, por ende, que ese criterio de distinción exista en las normas o en los hechos. Aplicado a lo urbano, para que un caso sea captado por esa concepción de la discriminación se requiere que a un grupo de personas les sea negado el acceso a ciertos bienes o servicios en virtud del lugar en donde viven.

El panorama puede cambiar sensiblemente si se consolida una nueva línea jurisprudencial de la Corte que tiene su primer mojón en la sentencia dictada en el caso “Castillo” (Fallos: 340:1795) de 2017. En ella, se propone entender la noción de igualdad (también) desde una perspectiva estructural, considerando “el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan”. Eso permite captar supuestos de normas que, aunque en su literalidad aparezcan neutras, en el sentido de que en su texto no hay distinciones expresas que retaceen derechos a ciertos grupos sociales, tengan un impacto social que los perjudique de un modo desproporcionado². Es lo que pasaba en la provincia de Salta, según la Corte en “Castillo”. Si bien el artículo 27

1 Las desventajas comparativas que influyen en este efecto son varias: la localización de los conglomerados y la falta de transporte público adecuado, la deficiente prestación de servicios públicos básicos como agua, cloacas, recolección de residuos, alumbrado y electricidad, la calidad de las viviendas y el hacinamiento, entre otros factores. Por otra parte, el fenómeno de progresiva fractura urbana arroja serios males sobre el sistema democrático: la segregación estaría minando las condiciones de ejercicio de la cooperación social transversal. Para un panorama general de la cuestión, véanse Segura (2014); Di Virgilio y Perelman (2014); CEPAL (2007); PNUD (2009). Sobre la influencia del factor urbano en el desempeño educativo, véase, por ejemplo, Garriga y Rosales (2016).

2 La sentencia incorpora la teoría del impacto adverso, tan avanzada en la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense y otros tribunales regionales, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

de la Ley Provincial de Educación establecía que en las escuelas públicas se debía brindar educación religiosa, sin especificar ninguna religión en particular, en la práctica sucedía que solo se educaba en la religión católica y eso impactaba desfavorablemente en aquellos grupos sociales que profesaban otros credos, cuyos hijos se veían conducidos en los hechos a formarse en el catolicismo.

El propósito de este trabajo es proponer otro modo, alternativo y no excluyente del anterior, de incorporar la problemática de la desigualdad socio-urbana a las argumentaciones de la defensa. Sostenemos que ese dato de la realidad debería incidir en la interpretación jurídica, en el momento en que los jueces seleccionan, de haberlas, una entre las varias soluciones posibles arrojadas por los materiales jurídicos.

Comenzaremos compartiendo las experiencias que dieron origen a estas reflexiones. Consisten en las actuaciones del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación Argentina (Programa DESC) en dos barrios de la Ciudad de Buenos Aires. Nos han llevado a preguntarnos cómo podría insertarse la cuestión de la desigualdad socio-urbana en la trama argumentativa. ¿Debería ser indiferente, en la argumentación, el lugar donde se produzcan los defectos en los servicios públicos que nos llevan a litigar? ¿Es lo mismo que se trate de un barrio de alto poder adquisitivo, como Recoleta, o de un barrio mayormente postergado, como Piedrabuena? ¿O debería incidir a nuestro favor en la decisión judicial la condición de barrios pobres de los conglomerados que defendemos?

En el último apartado, explicaremos por qué entendemos que se justifica que la cuestión de la desigualdad socio-urbana se refleje en la decisión judicial como un factor relevante en la operación de interpretación de los materiales jurídicos involucrados. En concre-

to, defenderemos invocar y adoptar un criterio como el que sigue: en esa clase de casos, cuando sea posible atribuir más de un sentido a las disposiciones jurídicas relevantes, la decisión correcta será aquella que comprometa en menor medida la igualdad urbana, salvo que concurran circunstancias que involucren otros valores que lleven a modificar el balance.

II. Los casos de los barrios Rivadavia y Piedrabuena

El Programa DESC viene desarrollando una línea de trabajo en torno a la problemática de la desigualdad socio-urbana que se ha concretado en dos casos de litigio estratégico. Uno referido al acceso de los servicios de telefonía e internet y otro, al transporte público. Ambos en barrios pobres, tradicionalmente estigmatizados, de la Ciudad de Buenos Aires.

Les presentaremos una breve descripción de sus principales aristas y de los disparadores que nos han llevado a reflexionar sobre la función de la desigualdad socio-urbana en la decisión judicial. Los relatos serán simplificados y, en algunos aspectos, reformulados para que aparezca con mayor claridad lo que queremos ilustrar con ellos³.

II. a. El acceso a telefonía e internet en el barrio Rivadavia

El barrio Rivadavia está ubicado al sur del barrio de Flores de la Ciudad de Buenos Aires. Es el producto de la urbanización, a fines del siglo pasado, de asentamientos precarios que se emplazaban en la zona.

La empresa encargada de prestar el servicio de telefonía básica en esa zona de la Ciudad

³ Pueden encontrar descripciones del avance de los casos en el acápite referido al Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se publica en los informes anuales de la Defensoría General de la Nación: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/institucional/informe-anual>.

de Buenos Aires no lo hace correctamente, en el barrio, como debería. Tampoco provee internet por cable. El motivo que alega frente a los vecinos es que el barrio en cuestión se trata de una “zona peligrosa” en dos sentidos: en primer lugar, porque estima que allí sus operadores estarían expuestos a ser víctimas de delitos; y, en segundo lugar, porque el mal estado de las instalaciones eléctricas los colocaría en riesgo de sufrir accidentes laborales. Frente a ello, la actitud de esta empresa ha sido dejar de mantener adecuadamente las líneas telefónicas existentes y no instalar líneas nuevas, impidiéndoles a los habitantes del barrio contar con comunicaciones de teléfono fijo regulares en condiciones adecuadas, como las que poseen otros vecinos de la ciudad, ni con acceso al servicio de internet cableado que se provee por los mismos medios.

Luego de una serie de reclamos e intentos de negociación, los vecinos lograron que la empresa se comprometiera y, efectivamente, comenzara a reparar los postes y el cableado existente en el barrio, pero, al poco tiempo, suspendió ese compromiso alegando nuevamente la peligrosidad de la zona. Entonces, algunos vecinos acudieron al Programa DESC y, con su patrocinio, demandaron a la empresa solicitando que se le ordene prestar estos servicios regularmente y sin discriminación, reparando las instalaciones que hubiera que reparar y ampliando su prestación a los nuevos usuarios que lo requirieran. Se sostuvo que se estaba incumpliendo injustificadamente con las modalidades en que debían prestarse los servicios y que esa conducta resultaba discriminatoria desde el punto de vista del derecho de los consumidores y usuarios.

La empresa, al contestar la demanda, enfatizó el “riesgo eléctrico”: adujo que las instalaciones eléctricas irregulares no permitirían llevar a cabo las tareas de mantenimiento y ampliación necesarias para cumplir con las demandas de los vecinos y con las obligacio-

nes que asumiera como concesionaria de un servicio público. Como respuesta, los vecinos observaron que dicho riesgo no fue obstáculo para que antes la empresa se comprometiera y comenzara a reparar sus instalaciones en el barrio. Asimismo, destacaron que, en todo caso, el riesgo eléctrico proviene del obsoleto tipo de cableado utilizado y que si esta invertiera en infraestructura, como lo hace en otros barrios de la ciudad, instalando líneas soterradas de fibra óptica, la cuestión se resolvería fácilmente; el riesgo eléctrico quedaría anulado.

El problema jurídico podría ser recreado a nuestros efectos del siguiente modo: ¿está justificada o no, en las circunstancias descriptas, la defectuosa prestación del servicio público de telefonía y de internet?

Para eso, es preciso interpretar las normas que regulan la actividad y determinan el carácter de la responsabilidad que asumen los concesionarios de ese servicio.

Recordemos que la regularidad y continuidad son dos de los caracteres esenciales de los servicios públicos. También que la responsabilidad por su prestación es de carácter objetiva: no precisa de indagaciones acerca de la culpa o el dolo de la prestataria. Se activa con el perjuicio provocado a los usuarios por el incumplimiento de las reglas o condiciones que rigen la prestación del servicio. Ante esas circunstancias, el prestador solo se exime de responder si se corrobora la ruptura del nexo causal en virtud de una causa ajena o del hecho de la víctima o de un tercero.

En la materia de la que hablamos, son especialmente relevantes la ley 27.078 (Título IX), la ley 24.240, el Reglamento de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones (decreto N° 764/ 00 y modificatorios, artículo 10.1) y el Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico (Resolución 10059 SC/99, Anexo II, artículo 4), donde, junto con otros reglamentos, se establecen las obligaciones de los prestadores, las condiciones en las

que se debe prestar dicho servicio y el régimen sancionatorio.

De acuerdo con ese marco jurídico y con las circunstancias fácticas relatadas, ¿está exenta la prestataria del servicio de responder –en un sentido amplio– por su defectuosa prestación? ¿Hasta dónde llega su responsabilidad? Esos son los principales interrogantes que deberá responder el juez al dictar sentencia para hacer lugar o rechazar la pretensión de los vecinos.

Y nosotros podemos agregar otro interrogante: ¿qué criterios utilizar para determinar si los hechos del caso pueden ser calificados o no como un supuesto de eximición?

II. b. El acceso al transporte público en el barrio Piedrabuena

El barrio Piedrabuena está emplazado en la zona sur de la Ciudad de Buenos Aires, en el barrio de Villa Lugano, e integra, junto con Villa Soldati y Villa Riachuelo, la Comuna 8 de la ciudad.

La comuna tiene una de las peores condiciones sociales y económicas de la ciudad. Algunos datos de la Dirección de Estadísticas y Censos del GCBA nos ayudarán a evidenciarlo⁴.

En el año 2018, el promedio del ingreso per cápita familiar fue de \$10.349, el valor más bajo de las comunas y que, además, se encuentra por debajo de la mitad del promedio general para toda la ciudad. El 24,8% de los hogares está en condiciones de hacinamiento, más del doble que la media de la ciudad. Si en toda la ciudad el 11,8% de la población de 25 años no alcanzó a iniciar la enseñanza secundaria, en la Comuna 8 no lo logró el 28,1%; si en toda la ciudad el 39,3% de la población de 25 años cuenta con enseñanza superior completa, en la Comuna 8 solo alcanzó ese nivel el 14,4%. El 43,7% de los habitantes de la co-

munidad solo cuenta con la cobertura médica del sistema público, cuando, en el total de la población de la ciudad, ese nivel de acceso le corresponde al 18,6% de las personas.

En 2012, unas líneas de colectivo que pasaban por el barrio Piedrabuena decidieron, unilateralmente, recortar y alterar su recorrido, suprimiendo paradas y dejando de prestar el servicio por la noche. Eso complicó el traslado de sus habitantes hacia el centro de la ciudad o el regreso desde allí a sus casas. Se vio afectado, en especial, un instituto de enseñanza terciaria que funciona por la noche: sus alumnos perdieron uno de los principales medios de transporte que utilizaban al finalizar la jornada.

Las empresas reconocían la falta de servicio, pero alegaban que sus choferes eran quienes habían impulsado la decisión, debido a la reiteración de hechos delictivos en la zona de los que habrían sido víctimas.

Con el patrocinio del Programa DESC, un conjunto de vecinos inició una acción judicial contra esas empresas y contra el órgano estatal encargado de controlar la regularidad de la prestación de ese servicio público de transporte. Alegaron que se estaba incumpliendo injustificadamente con las modalidades y condiciones en las que debía prestarse el servicio.

La situación de la seguridad pública en el barrio Piedrabuena es un hecho controvertido en el proceso. Pese a lo sostenido por las empresas, no se encuentra acreditado que sucedan hechos delictivos con mayor frecuencia que en otros barrios de la ciudad por donde circulan regularmente los colectivos, sin embargo, en ellos no se ve afectada la prestación del servicio. Al contrario, los vecinos han podido demostrar con información estadística que, dentro del recorrido de los colectivos, Villa Lugano no es el barrio donde se cometen delitos de homicidio y robo con mayor frecuencia, y que los delitos que allí se producen tienen víctimas y móviles no relacionados con el servicio de transporte.

⁴ Todos se pueden consultar en su página web: <https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/>.

El problema jurídico a resolver podría ser reformulado del siguiente modo: ¿está justificada o no, en las circunstancias descriptas, la defectuosa prestación del servicio público de transporte?

El marco general de la prestación del servicio y de la responsabilidad asumida por los concesionarios es el mismo que describimos antes: el servicio debe ser prestado de modo regular y continuo; la responsabilidad por el incumplimiento de sus condiciones y modalidades solo puede estar justificada por una causa ajena o por el hecho del damnificado o de un tercero por el que no se deba responder.

La actividad de transporte de colectivos, por su parte, tiene su marco regulatorio (decreto 958/92 y modificatorios para el transporte interurbano) y un régimen de penalidades por infracciones a las disposiciones que regulan la materia (decreto 253/95 y modificatorios). Junto con otros reglamentos, allí se establecen las obligaciones de los prestadores, las condiciones en las que se debe prestar el servicio y el régimen sancionatorio.

Como en el caso anterior, las principales preguntas que deberá responder el juez al momento de dictar sentencia tienen que ver con si, de acuerdo con ese marco jurídico y con las circunstancias fácticas relatadas, puede considerarse que la prestataria del servicio está eximida de responder –en un sentido amplio– por su defectuosa prestación.

Y nosotros podemos agregar otro interrogante: ¿qué criterios utilizar para determinar si los hechos del caso pueden ser calificados o no como un supuesto de eximición?

III. Una propuesta de integración: desigualdad socio-urbana e interpretación jurídica

Las preguntas que surgen en ambos casos son similares en su estructura a las que se presentan a diario en la tarea judicial, en la

que una persona dotada de autoridad pública debe resolver el mérito de las pretensiones y defensas articuladas por dos contendientes en un proceso, aplicando lo dispuesto por el ordenamiento jurídico a las circunstancias de hecho que ellas alegan.

En un momento será indefectible que esa autoridad se pregunte: ¿qué es lo que prescribe el derecho para las circunstancias que se presentan en el caso? Para saberlo, generalmente, emprenderá una operación de interpretación, donde, a grandes rasgos, identificará, entre distintas disposiciones relevantes, las normas jurídicas aplicables (“interpretación” en sentido estricto) y analizará la calificación de los hechos que se presentan en el proceso como casos de esas normas (“calificación”)⁵.

En esa tarea, frecuentemente, se presenta cierto margen de elección: la posibilidad de optar por más de una norma o un sentido aplicable al caso sin salirse *a priori* de los límites del ordenamiento jurídico.

Algo de eso sucede en la recreación que presentamos de los casos de los barrios Rivadavia y Piedrabuena. Los jueces deben determinar si, dados los hechos presentados, las prestatarias de los respectivos servicios públicos tienen que responder o no por su defectuosa prestación. Para eso, les toca establecer si dichas circunstancias pueden encuadrarse o no en las causales de eximición previstas en el ordenamiento, por ejemplo, si algunas de ellas califican como una “causa ajena” o no lo hacen.

Para adoptar la decisión final, optando entre los sentidos posibles, es necesario recurrir a criterios que guíen al juzgador hacia aquella opción que mejor exprese los principios del ordenamiento jurídico⁶.

⁵ En Lifante Vidal (2018), se puede encontrar una explicación acabada de lo que se sugiere aquí.

⁶ Ello supone adoptar una posición constructivista de la interpretación, que la entiende como una actividad

En los casos que nos ocupan, cobra relevancia en esa etapa de la interpretación el principio de igualdad y no discriminación, por dos motivos asociados.

Primero, porque se trata de zonas de la ciudad tradicionalmente relegadas, que padecen la desigualdad socio-urbana que se expresa en su traza. Y, segundo, porque las decisiones judiciales que se adopten pueden amortiguar los efectos de esa desigualdad, o bien, profundizarla y contribuir con su reproducción. Por el contexto social y urbano en el que se insertan los casos, el sentido de lo que se decida está llamado a impactar sobre las condiciones en que se ejerce el derecho a la igualdad en los términos en que ha sido reconocido por nuestro ordenamiento.

Los jueces pueden ampliar en Piedrabuena y en Rivadavia el acceso a los servicios que les retacean, o bien justificar que sigan sin tener transporte público o telecomunicaciones. Pero ambas decisiones no son igual de buenas desde la perspectiva de su valor constitucional: inciden distinto sobre las condiciones en que de hecho sus habitantes gozan de la igualdad de trato y de oportunidades que la Constitución Nacional afirma garantizarles. Clasificar de un modo o de otro las circunstancias de los casos relatados puede profundizar o no las disparidades materiales en las que viven los habitantes de ambos barrios, puede profundizar o no su segregación socioeconómica y, con ello, las posibilidades de desarrollar sus proyectos de vida⁷.

compleja, reconstructiva, orientada por alguna concepción de la coherencia o integridad del derecho. Algunas posturas contrarias a esta tesis prescinden de criterios orientadores en esa etapa de la interpretación, admitiendo que allí los jueces simplemente decidan según su arbitrio. Véase Lifante Vidal (2018).

7 Lo dicho es útil para iluminar esta cuestión: en ambos casos no se trata solo de un debate sobre servicios públicos y causales de justificación, sino también sobre la desigualdad socio-urbana. Si se acepta que los servicios

Los conceptos de discriminación acuñados por la Corte Suprema, tanto en su versión tradicional como en la concepción “indirecta” que se asoma en “Castillo”, no permiten captar las circunstancias de las que estamos dando cuenta aquí. Comprenden las distinciones carentes de objetividad y las normas que, pese a ser neutras, tienen un impacto dispar sobre ciertos grupos, pero no tienen en cuenta el valor constitucional del efecto que puede provocar uno u otro sentido de una determinada decisión judicial.

En el supuesto que estamos analizando, no son las normas las que pueden impactar negativamente sobre los habitantes de los barrios pobres, sino el sentido que una sentencia adopte entre varios posibles.

Introducir en la operación de interpretación jurídica la cuestión de la desigualdad socio-urbana y los efectos de las decisiones judiciales sobre ella permiten llegar a soluciones más justas en los conflictos que afectan a los barrios segregados, persiguiendo el ideal regulativo que, en materia de igualdad, apunta nuestra Constitución.

Se trata de tener en cuenta, al momento de seleccionar una opción interpretativa, los efectos que esa decisión final tendrá sobre los valores en que se funda el ordenamiento jurídico.

En nuestros casos, por las características que relatamos, la decisión que se adopte, para ser correcta, deberá ser la que en menor medida comprometa la igualdad urbana, salvo que concurran circunstancias que involucren otros valores que lleven a modificar el balance. En otras palabras, la solución correcta será la que impida, en lo posible, que el factor territorial incida desfavorablemente en la probabilidad de que las personas accedan a bienes y servicios esenciales, bregando

no se presten en ciertos barrios, se contribuye a profundizar la desigualdad social de quienes viven allí, y eso es contrario a la empresa constitucional.

también para que la desigualdad social que padecen los habitantes de los barrios pobres no se reproduzca.

De ese modo, se estará logrando una solución valorativamente coherente con la empresa constitucional, es decir, una que maximice, entre otros, el ideal de la igualdad de oportunidades.

IV. Conclusiones

1. Una de las dimensiones en que se manifiesta la desigualdad en nuestras sociedades tiene carácter territorial. Las personas que habitan los barrios pobres suelen tener menores oportunidades laborales y educativas. Su lugar de residencia, muchas veces, dificulta el acceso igualitario a los bienes y servicios, y la igualdad de oportunidades de desarrollar el proyecto de vida que deseen para sí mismas.

2. Uno de los modos de plantear la cuestión de la desigualdad socio-urbana en las acciones de la defensa pública es recurrir al derecho antidiscriminatorio. Pero eso tiene ciertos límites. En el modo en que ha sido interpretado el principio de igualdad y no discriminación por los tribunales y, en especial, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, comprende las distinciones carentes de objetividad y las normas que, pese a ser neutras, tienen un impacto dispar sobre ciertos grupos.

3. Otro modo de introducir la cuestión de la desigualdad socio-urbana, que aquí proponemos como alternativa, es explorar su función argumentativa en la actividad interpretativa. Bajo una concepción constructivista de la interpretación, la decisión final en aquellos supuestos donde exista más de un sentido posible assignable a los materiales jurídicos debe estar guiada por una idea de coherencia o integridad del derecho. La mejor decisión será aquella que mejor exprese los valores y principios del ordenamiento jurídico.

4. Los casos que hemos traído a colación

tienen dos características en común relativas al contexto social en el que se insertan. Se trata de zonas de la ciudad tradicionalmente relegadas, que padecen la desigualdad socio-urbana que se expresa en su traza; y las decisiones judiciales que se adopten pueden amortiguar los efectos de esa desigualdad o bien profundizarla contribuyendo con su reproducción. Esas decisiones están llamadas a impactar sobre las condiciones en que se ejerce el derecho a la igualdad en los términos en que ha sido reconocido por nuestro ordenamiento y, en particular, por el texto constitucional.

5. Se deben tener en cuenta, al momento de seleccionar una opción interpretativa, las consecuencias que esa decisión final tendrá sobre los valores en que se funda el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en situaciones como las que presentamos, se encuentra justificado adoptar un criterio según el cual la decisión correcta será aquella que comprometa en menor medida la igualdad urbana, salvo que concurran circunstancias que involucren otros valores que lleven a modificar el balance.

Así, al promover esa clase de argumentos, el Ministerio Público de la Defensa de la Nación estará cumpliendo su misión institucional de hacer cumplir el plexo constitucional y de garantizar el acceso a la justicia de quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad o son objeto de discriminación estructural.

Bibliografía

Di Virgilio, María Mercedes y Mariano Perelman. 2014. "Ciudades latinoamericanas. La producción social de las desigualdades urbanas". En: Di Virgilio y Perelman (eds.), *Ciudades latinoamericanas: desigualdad, segregación y tolerancia*. Buenos Aires: CLACSO.

Garriga, Marcelo y Walter Rosales. 2016. "Acceso a la universidad. La influencia del vecindario sobre el desempeño educativo". Do-

cumento de trabajo N° 19, Serie Documentos de Trabajo del Centro de Estudios en Finanzas Públicas, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de La Plata.

Lifante Vidal, Isabel. 2018. *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Segura, Ramiro. 2014. “El espacio urbano y la (re)producción de desigualdades sociales. Desacoplos entre distribución del ingreso y patrones de urbanización en ciudades latinoamericanas”. *Working Paper Series* 65, Berlin: desiguALdades.net International Research Network on Interdependent Inequalities in Latin America. Recuperado de: http://www.diss.fu-berlin.de/docs/receive/FUDOCS_document_000000020172 (último acceso en julio de 2019).

Jurisprudencia nacional

CSJN, “Castillo, Carina Viviana y otro c/ Provincia de Salta Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, Fallos: 340:1795, del 12 de diciembre de 2017.

Documentos de organismos internacionales

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL 2007), *Panorama social de América Latina 2007*, Santiago de Chile: CEPAL. Recuperado de: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/1227-panorama-social-america-latina-2007> (último acceso en julio de 2019).

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD 2009), *Segregación residencial en Argentina. Aportes para el desarrollo humano en Argentina/2009*, Buenos Aires:

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Recuperado de: <https://www.undp.org/content/dam/argentina/Publications/Desarrollo%20Humano/AportesDesHum%20II%20SegRes%202009.pdf> (último acceso en julio de 2019).

Desigualdad socioeconómica y acceso a la justicia de los pueblos indígenas

Javier Azzali

Abogado (UBA) Diplomado en Antropología Jurídica, y Profesor Regular Adjunto del Depto. de Práctica Profesional (Fac. de Derecho, UBA).

Paula Barberi

Abogada (Fac. de Derecho, UBA). Maestranda de la Maestría en Derechos Humanos y Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Lanús (tesis en curso)

Bárbara Carlotto

Estudiante avanzada de la carrera de Historia de la Universidad Nacional de La Plata.

Integrantes del Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación, creado por Res. DGN nro.1290/2008, que cumple funciones en el ámbito de la Comisión de Coordinación de Programas y Comisiones, y es coordinado por Sebastián Tedeschi.

Los indios siguen luchando hoy como hace siglos por un lugar digno en esta sociedad que en cierta medida sigue ignorándolos. Y siguen luchando también por ser protagonistas -sin intermediarios- de su propio camino.

(Martínez Sarasola 2011, 622)

I. Una Introducción general a la relación de los pueblos indígenas con el Estado

Para reflexionar acerca de las desigualdades y el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, en general, y en América Latina y Argentina, en particular, pensamos que es necesario hacerlo desde una perspectiva crítica revisionista que problematice históricamente la situación social, política y económica actual de los pueblos indígenas. Es decir, el devenir histórico de los pueblos indígenas y su presente son consecuencia de la interrupción abrupta de su propio desarrollo provocado por diversos modelos de colonización. Estos modelos pueden diferenciarse de acuerdo a temporalidades, espacios e intensidades diferenciadas, pero con denominadores comunes: la explotación de la población nativa y la explotación de los recursos naturales.

Cualquier diagnóstico actual sobre pueblos indígenas debe considerar la experien-

cia colonial, la explotación, la destrucción de los lazos comunitarios, el desmantelamiento de formas milenarias de organización social, la subordinación política, etc. Estos procesos, en su gran mayoría en América, continuaron reproduciéndose dentro de las lógicas de conformación de los Estados-nación eurocentrados, prohibiendo sus lenguas, menospreciando su cultura y empujándolos a los márgenes. Como consecuencia, las poblaciones indígenas fueron desarrollando diversas estrategias de supervivencia.

Los pueblos indígenas representan el 5% (Hall y Gandolfo 2016) de la población mundial, el 8,3% vive en el continente americano (CEPAL 2014), y en Argentina se autorreconocen como indígenas el 2,3 % de la población de acuerdo con los datos del último censo nacional realizado en 2010 (INDEC 2010). Representan una minoría en términos numéricos y son relegados a un lugar subordinado en la producción simbólica y material de la sociedad. En todos los casos, esta desventaja se agrava por la condición étnica, y en el caso de mujeres, niñas y adolescentes indígenas opera la interseccionalidad, generando un cuadro de discriminación estructural, resultado de procesos de dominación y segregación históricos.

Los indígenas americanos fueron despojados de sus territorios, sometidos a diferentes modelos de explotación y diezmados numéricamente en un 90% en tan solo los primeros 130 años de ocupación y dominación colonial. Luego formaron parte de los movimientos independentistas de principios de siglo XIX, pero no así de los procesos de formación y consolidación que siguieron a continuación de las independencias. En la gran mayoría de los Estados, las políticas reservadas para este sector de la población fue de asimilación, segregación a través de las reducciones, el exterminio mediante guerras, y recién con la emergencia de los Estados de bienestar, a mediados de siglo XX, los procesos de descolonización en el

resto del mundo, la ciencia antropológica especializada en la otredad, solo por mencionar hitos de cambio, el respeto por la diversidad cultural comienza a ver un horizonte.

En la actualidad, la participación de los grupos indígenas en cuestiones de Estado aún es una deuda pendiente. Lentamente, y gracias a la emergencia de movimientos indígenas organizados, comienza a incorporarse el paradigma de sociedades multiculturales, de respeto a la diversidad cultural, generándose una serie de estándares internacionales acerca de los derechos humanos de las poblaciones indígenas. Sin embargo, el acceso desigual a bienes materiales y simbólicos es un hecho que deberá sanearse mediante diseños de políticas públicas de impacto que reviertan esta situación.

Los indicadores de desarrollo humano cuantificables, como la educación y la salud, alertan a los Estados sobre la especial situación de acceso diferenciado de la población indígena en comparación con el resto de la población. Según un trabajo elaborado por el Banco Mundial (Hall y Patrinos 2010), la brecha de pobreza indígena es más profunda y disminuye más lento, es decir, se recupera más lentamente de las crisis; el nivel educativo es considerablemente más bajo, completan menos años de escolaridad y los resultados son más precarios; por último, el acceso a los servicios básicos de salud es bajo, particularmente en mujeres y niños indígenas.

Al analizar la pobreza en términos cuantificables, especialmente si nos referimos a los pueblos indígenas, se evidencia la desventaja en comparación con el resto de la población con la que comparten una cotidianidad, sin embargo, hay dimensiones que no pueden excluirse. Por un lado, si las prácticas ancestrales en términos de salud son respetadas, si son tenidas en cuenta, si dentro de las instituciones escolares, tanto en lo actitudinal como en los contenidos, hay un respeto por la diversidad cultural. Por otro lado, el mundo simbólico

y espiritual, las diversas formas de vincularse con los espacios y el tiempo, la diversidad idiomática que construye una idea de mundo no son cuantificables y deben ser tenidos en cuenta en cualquier diagnóstico y diseño de política pública. En relación con el desarrollo sustentable centrado en los derechos humanos, uno de los enfoques actuales en la esfera internacional, afirma que “a menos que pueda demostrarse que el desarrollo sirve para mejorar las condiciones de vida de las personas dentro del marco del respeto de los derechos humanos, no producirá los resultados deseados” (Stavenhagen 2008, 36). El desarrollo tiene, entre sus objetivos erradicar la pobreza, y no debe profundizar y expulsar o excluir a los pueblos indígenas, por lo tanto, el desarrollo debe ser inclusivo, con equidad, participativo y no contradictorio. Los pueblos indígenas no son opositores del desarrollo, sino complementarios.

Si tenemos en cuenta todas las dimensiones mencionadas, la histórica, la epistemológica, el acceso desigual a bienes materiales y simbólicos, la aproximación va a resultar mucho más fructífera. Además, es necesario comprender que la estigmatización y la discriminación por parte del Estado empuja a los indígenas a los márgenes de la sociedad, en términos territoriales, y simbólicos, lo que provoca que desconfíen de cualquier institución estatal.

II. El enfoque multidimensional de la pobreza y los pueblos indígenas

El enfoque multidimensional de la pobreza es un concepto genérico por el que se la concibe como una privación de capacidades y libertades básicas, reconociendo que estas están asociadas no solo con deficiencias en el ingreso, sino también con privaciones sistemáticas en el acceso a derechos y a servicios básicos (Parra Vera 2012). Esta definición multidimensional de la pobreza, consensuada en el ámbito de las Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de los Dere-

chos Humanos, obliga a realizar una medición que dé cuenta de información complementaria a la que se obtiene mediante los métodos convencionales basados en los ingresos monetarios (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 2001).

Desde una perspectiva tradicional de la pobreza, la franja de población con mayores carencias, cuyo trabajo no se incorpora al mercado institucionalizado y que se encuentra al margen del desarrollo, solo se vincula con el resto de la sociedad recibiendo asistencia para la supervivencia. Según datos acerca de la incidencia de la pobreza, calculada según la nueva metodología del INDEC, en el primer trimestre de 2019, el 34,4% de las personas perteneció a hogares cuyos ingresos no alcanzaron el nivel de la línea de pobreza, esto es, 15,4 millones de personas. Mientras que la indigencia, en el mismo período, alcanzó al 7,2% de la población, que implica a 3,2 millones de personas viviendo en hogares con ingresos que no alcanzan siquiera para adquirir la canasta alimentaria básica (CIFRA-CTA 2019).

Esta última parte de la población suele ser el objeto de programas especiales alimentarios y de atención general para sectores en situación de alta vulnerabilidad, sobre la base de transferencias de ingresos previstas en los presupuestos públicos como, en nuestro país durante los años 1980 y 2010, han sido el Programa Alimentario Nacional y la Asignación Universal por Hijo, respectivamente. La conjectura, en este punto, es que las razones de la pobreza están en las supuestas incapacidades individuales para integrarse al mercado de trabajo, por lo que la solución consiste en brindar asistencia y, en el mejor de los casos, promover la capacitación y formación.

Sin dejar de valorar estas políticas, también se debe considerar que el problema de la pobreza no está solamente ligado a un asunto de bajos ingresos, sino también a la falta de satisfacción de demandas comunitarias y de la cali-

dad de vida en general (Martínez 2017). No se trata solo de programas de asistencia, sino de avanzar hacia escenarios de reconocimiento de las personas y los grupos sociales como actores de su propia organización del trabajo y de la producción desde las necesidades comunitarias y colectivas. Ello implica asumir un enfoque de derechos del problema de la pobreza, desde el reconocimiento de la condición de sujetos de derechos de los actores involucrados.

La pobreza es, entonces, una situación que no obedece únicamente a cuestiones de ingreso monetario, sino que incluye otros factores que amplían el concepto, como una educación deficiente, la discriminación, la vulnerabilidad y la exclusión social. Este enfoque de la pobreza desde la perspectiva de derechos humanos exige también, respecto de las personas y comunidades pertenecientes a los pueblos indígenas, considerar la dimensión de la diversidad cultural, la discriminación por razones étnicas y la necesidad de un acceso a la justicia culturalmente adecuado.

Sobre esta base, las políticas públicas deben estar orientadas a la atención de las personas, grupos y colectividades históricamente discriminadas y a sus necesidades particulares para garantizar, respetando los principios constitucionales y de la democracia, condiciones de inclusión social, de igualdad real y de no discriminación. En particular, la defensa pública, considerada como un servicio público estatal de raíz constitucional y democrática, admite incorporar un criterio de actuación guiado por una visión de la pobreza en esta perspectiva multidimensional de la pobreza, con eje en las desigualdades socioeconómicas, y con un enfoque de derechos humanos y de diversidad cultural (CEPAL 2013).

Este enfoque también se adecua al principio de indivisibilidad de los derechos humanos, que garantiza el vínculo estrecho entre la protección de los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales,

ambientales y culturales. Así, esto acarrea un deber de prestar especial atención a los sectores sociales e individuos que han sufrido formas de exclusión histórica o son víctimas de prejuicios persistentes, y adoptar, de forma inmediata, las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación en la práctica (CIDH 2017).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diferentes precedentes, ha observado cómo la pobreza, exclusión y marginación pueden ser causas que faciliten las violaciones de los derechos humanos, como también pueden constituir un agravante de violaciones a derechos humanos o una consecuencia de tales violaciones¹. Se ha dicho que la falta de debida protección del derecho al territorio impidió que los miembros de la comunidad indígena ejercieran sus actividades tradicionales de subsistencia, como la práctica de la caza, pesca y recolección de frutos, lo que agravó sus condiciones de vida, afectando de este modo, su identidad cultural y religiosa, y colocándolos, además, en una situación de mucha vulnerabilidad, caracterizada por condiciones de extrema pobreza e inadecuada satisfacción de derechos básicos, como la salud y la alimentación².

III. El acceso a la justicia culturalmente adecuado de los pueblos indígenas y las desigualdades socioeconómicas

Al igual que en otras regiones de América Latina, en Argentina, las personas y comunidades de los pueblos indígenas encuentran numerosas dificultades para acceder a la justicia y reclamar

1 Corte IDH. *Caso Servellón García y otros v. Honduras Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 117. Corte IDH. *Caso Comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Alegatos de la CIDH, párr. 181.

2 Corte IDH. *Caso Comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Alegatos de la CIDH, párr. 182.

el cumplimiento de sus derechos individuales y colectivos, pese a la regulación normativa de sus derechos. Las Reglas de Brasilia interpretan el acceso a la justicia como “el acceso al goce pacífico y pleno de los derechos, y en especial, de los derechos fundamentales, así como a las diversas alternativas para la resolución pacífica de los conflictos”³. Uno de los principales obstáculos para el adecuado y pleno acceso la justicia de los pueblos indígenas es de tipo estructural y económico (Ministerio Público de la Defensa 2010). Sobre estos, la Comisión IDH incluye a los pueblos indígenas dentro de los grupos que frecuentemente encuentran barreras adicionales para acceder a la justicia y agrega que “si se considera también la falta de recursos económicos, esas barreras configuran una doble discriminación que les impide acceder a remedios judiciales efectivos contra la discriminación o las violaciones de los derechos humanos de que son víctimas” (CIDH 2007, 19).

En las personas que viven en situación de pobreza, a menudo se presenta una discriminación que puede denominarse “combinada o intersectorial”, ya que encuentra motivos, entre otros, en el origen étnico, las prácticas culturales, el idioma y otros vinculados a la diversidad cultural. Esto se profundiza en las niñas y los niños indígenas y las mujeres indígenas. En el caso *Rosendo Cantú v. México*, la Corte IDH señaló “que los obstáculos que enfrentan las mujeres indígenas para acceder a la justicia, generalmente se encuentran relacionados con la exclusión social y la discriminación étnica y que dichos obstáculos pueden ser particularmente críticos, ya que representan formas de ‘discriminación combinadas’ por ser mujeres, indígenas y pobres”⁴.

3 Declaración de Brasilia formulada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008 párr. 9 “Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables”, pág. 44.

4 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*. Ex-

El derecho a la vida digna de las personas que se encuentran en situación de pobreza comprende una doble perspectiva: por un lado, el derecho de no ser privado de la vida arbitrariamente y, por otro, el derecho a que se le garanticen las condiciones necesarias para una existencia digna⁵. Considerando esta doble perspectiva, es posible indicar que la situación de pobreza, en ciertas circunstancias, refleja una violación al derecho a la vida interpretado de manera amplia, como en los casos de las comunidades indígenas *Yakye Axa*, *Sawhoyamaxa* y *Xákmok Kásek* respecto de la obligación estatal de tomar las medidas necesarias para garantizar la provisión de agua, alimentación, salud y educación, entre otros⁶. En América Latina, la diferencia entre las tasas de pobreza de los pueblos indígenas y de los no indígenas se mantiene invariable, o sigue ampliándose en detrimento de los pueblos indígenas, lo que agudiza la desigualdad (CEPAL 2014).

También existen precedentes judiciales en el ámbito de la administración de justicia de nuestro país. En 2007, la Defensoría del Pueblo de la Nación inició una acción judicial contra el Estado nacional y la provincia de

cepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216. Parr. 169.

5 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 144 y 191.

6 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142, párr. 161; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párrs. 194 a 217.

Chaco⁷, con el fin de garantizar el derecho a la vida digna de las comunidades indígenas que, en su gran mayoría, pertenecían al pueblo qom. En la demanda se describió “una situación de exterminio silencioso, progresivo, sistemático e inexorable”. Asimismo, se solicitó que se garanticen a dichas comunidades una real y efectiva calidad de vida digna⁸ que les permita el ejercicio de sus derechos a la vida, a la salud, a la asistencia médico-social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda, al bienestar general, al trabajo, a la inclusión social, entre otros, de manera continua y permanente. Se requirió, con carácter cautelar, que se ordene a la provincia del Chaco y al Estado nacional que realicen las acciones destinadas a cubrir las necesidades básicas de estos pobladores⁹.

La CSJN convocó a una audiencia e hizo lugar a la medida cautelar solicitada, interpretando que:

[...] le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando están en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión inde-

7 CSJN, Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y Otro (provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento, resolución del día 18 de septiembre de 2007.

8 La mayoría de la población padece de enfermedades endémicas que son producto de la extrema pobreza (desnutrición, chagas, tuberculosis, donovaniosis, broncopatías, parasitosis, sarnas, etc.).

9 Para ello, se solicitó el envío de personal idóneo y suficiente para la asistencia médica, medicamentos, alimentos y agua potable en cantidades necesarias, equipos para la fumigación de plagas, ropa, frazadas, colchones, en cantidades suficientes.

bida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados (cons. 3º)¹⁰.

La medida cautelar, actualmente, sigue vigente, aunque el 26 de diciembre de 2018, la CSJN rechazó un pedido de la parte actora que procuraba ampliar el alcance de esta medida a la totalidad de las comunidades del norte chaqueño, las que, en su mayoría, pertenecen al pueblo wichi¹¹. Este caso emblemático pone en evidencia la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran algunas comunidades indígenas y la importancia de garantizar el acceso a la justicia para resguardar derechos fundamentales.

En 2011, el entonces relator especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, visitó la Argentina y tuvo oportunidad de recorrer diversas comunidades del país. En el párr. 73 de su informe final, expresó:

[...] los pueblos indígenas en Argentina sufren bajos niveles de desarrollo económico y social en comparación con los no indígenas. Las provincias con mayores niveles de necesidades básicas insatisfechas en los hogares indígenas son Formosa (74.9%), Chaco (66.5%) y Salta (57.4%); que tienen niveles alarmantes en ese sentido. Además, según un estudio del Ministerio de Salud, el ingreso de los hogares de la población indígena es, en promedio, siete veces menor al del conjunto de los hogares del país (Anaya 2012, 16).

Los operadores jurídicos que integramos,

10 “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y Otro (provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, resolución del día 18 de septiembre de 2007. Disponible en el sitio: www.csjn.gov.ar.

11 CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y Otro (provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, resolución del día 26 de diciembre de 2018. Disponible en el sitio: www.csjn.gov.ar.

de manera genérica, la administración de justicia, tenemos desafíos que resolver para mejorar el acceso a la justicia de los pueblos originarios. En nuestra experiencia, desde el Programa sobre Diversidad Cultural, en el diálogo con personas pertenecientes a pueblos indígenas advertimos, sin dudas, que padecen problemas similares a los largo de todo el territorio argentino, vinculados con las barreras socioeconómicas señaladas. Entre ellas, además podemos mencionar los gastos de traslado hasta las dependencias correspondientes (juzgados, fiscalías, defensorías, etc.) que están en las ciudades y conglomerados urbanos alejados de las comunidades que, en muchas ocasiones, residen en espacios rurales. Los integrantes de las comunidades se enfrentan a la escasez de medios de transporte y las dificultades de accesibilidad, con altos costos, a lo que hay que sumarle la alimentación y el hospedaje necesario; las dificultades de comunicación telefónica en lugares que, según constatamos, a veces no son cubiertos por las señales de las compañías de telefonía celular; el desconocimiento sobre la sede de los organismos de servicio público, de los tribunales y las defensorías; las cuestiones relativas a los horarios de atención y sus diferentes modalidades, en especial, cuando se dan turnos, entre otros. Aunque, sobre esto último, el punto de mayor sensibilidad, en caso de superar esos obstáculos de raíz económica, se refiere a la incomprendión o las dificultades de comunicación entre el consultante indígena y la persona perteneciente al organismo público, para comprender en toda su integralidad la petición realizada. A todo esto, se le suma, claro, los honorarios de profesionales en caso de no contar con defensa pública.

Una iniciativa de utilidad es la presentación de un proyecto legislativo de eximición a las comunidades indígenas de abonar las costas judiciales, sin tener que verse obligadas a iniciar la incidencia del beneficio de litigar sin

gastos¹². En esta dirección, en el ámbito de la justicia de la provincia de Río Negro, existe una regulación legal similar, por la que las comunidades indígenas y sus organismos representativos tienen reconocido el “beneficio de gratuidad” en los procedimientos judiciales “donde se reclame el ejercicio de derechos de incidencia colectiva”¹³.

Desde el Programa sobre Diversidad Cultural, compartimos el cuestionamiento a la falta de previsión en los códigos procesales de la situación de un litigante indígena para eximirlo de los costos judiciales, por incurrir en incumplimiento del artículo 75, incs. 17, 19 y 22, de la Constitución Nacional, las 100 Reglas de Brasilia y el Convenio 169 de la OIT. Consideramos que un auténtico respeto a los derechos de igualdad y no discriminación, así como al debido proceso intercultural, impone eximir de tales costos a las partes indígenas, de la misma manera que se lo hace respecto de otros sujetos titulares, por mandato legal expreso, del beneficio de litigar sin gastos; como el supuesto de los consumidores en causa de relación de consumo, de los actores de causas ambientales y de los trabajadores en el reclamo de sus derechos laborales individuales y colectivos (Hualpa 2014, 312).

En un caso que involucró a una comunidad mapuche, se cuestionó la validez procesal de poderes otorgados a determinados miembros indígenas mediante actas de un juzgado de paz local, la única instancia con que se contaba en las cercanías. El tribunal de alzada, con un criterio justo, lo admitió sobre la base de que no pueden perderse de vista las particu-

12 Inicialmente se trató del Expte. 5146-D-2012, presentado nuevamente en el 816-D-2014, y actualmente en el Expediente: 4789-D-2017. Proyecto de ley disponible en: <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=4789-D-2017>.

13 Ley 4142, Código Procesal Civil y Comercial de Río Negro, art. 78 bis

laridades del reclamo, el lugar donde habitan las personas indígenas y las dificultades de encontrar una escribanía en la zona, entre otras cuestiones¹⁴. En este marco, la actuación de la defensa pública debe tener presente que las personas y comunidades indígenas que llegan a solicitar asesoramiento jurídico han sorteado el primer obstáculo, esto es, el acceso a un profesional del derecho, que los acompañará en un proceso jurídico, o administrativo, habitualmente difícil y siempre ajeno a su propia cultura. Al respecto, compartimos la idea que ciertos aspectos prácticos de la gestión de derechos deben ser abarcados con un criterio “pro persona indígena”. De ese modo, cada intervención se torna una oportunidad para coadyuvar a remover los obstáculos en el acceso a la justicia a los que nos hemos referido a lo largo de este apartado.

IV. El rol del Ministerio Público de la Defensa para el acceso a la justicia de los pueblos indígenas

Desde todas las áreas del MPD, se actúa teniendo presentes las condiciones socioculturales de las personas asistidas para garantizar una defensa técnica adecuada, los derechos fundamentales que se encuentran en juego y las acciones procesales posibles para el efectivo acceso a la justicia. La defensa pública está pensada como un servicio público a la sociedad en general, y a las personas en situación de vulnerabilidad en particular, entre las que se encuentran las personas y comunidades pertenecientes a los pueblos indígenas. La Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa incluye, dentro de las áreas de colaboración de la Defensoría General de la Nación, a las temáticas vinculadas a los derechos

económicos, sociales y culturales, y la diversidad cultural, así como el deber de promover la defensa o asistencia con especial consideración de la diversidad cultural por parte de la defensa pública oficial¹⁵.

Un aspecto que se ha impulsado sostenidamente desde el MPD es intentar reducir el distanciamiento entre los operadores jurídicos –en nuestro caso específico, relativo a las personas que integran la defensa pública– y los miembros de comunidades indígenas. Esta “distancia social y cultural” ha sido reconocida normativamente por las 100 Reglas de Brasilia para las personas en condición de vulnerabilidad, al enunciar a la pobreza y a las circunstancias sociales y económicas como una causa probable de vulnerabilidad que obstaculiza el acceso efectivo a la justicia¹⁶. La entonces relatora especial de las Naciones Unidas sobre extrema pobreza y derechos humanos, Magdalena Sepúlveda, enfatizó la relación entre los patrones de discriminación y la situación de pobreza, dado que “la discriminación genera pobreza, pero la pobreza también genera discriminación” (Sepúlveda Carmona 2008, 14). Mientras, el Comité DESC ha señalado:

[...] La no discriminación y la igualdad forman parte del marco normativo internacional de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales inclusive. A veces la pobreza surge cuando las personas no tienen acceso a los recursos existentes por ser quienes son, creer en lo que creen o vivir donde viven. La discriminación puede provocar la pobreza, del mismo modo que la pobreza puede ocasionar discriminación. La desigualdad puede estar asentada en las instituciones y

15 Ley 27.149, arts. 10 inc. I, 6, y 42, inc. n.

16 Reglas 3 y 4 de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

14 Cámara de Apelaciones de Bariloche, Las Chinitas SA Agropecuaria c/ Linares Benito y otros s/ interdicto de retener (sumarísimo), 25 de febrero de 2009.

profundamente enraizada en los valores sociales que conforman las relaciones en los hogares y las comunidades. Por consiguiente, las normas internacionales de no discriminación e igualdad, que exigen que se preste especial atención a los grupos vulnerables y a sus miembros, entrañan profundas consecuencias para las estrategias de lucha contra la pobreza" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 2001, 4).

En el ámbito del Programa sobre Diversidad Cultural, en 2016, se promovió el "Proyecto de difusión y promoción de derechos"¹⁷, en cuyo marco se organizaron talleres en territorios comunitarios, con la participación de algunos defensores/as de diferentes regiones del país. Esas acciones tienen una doble función: por un lado, reducir las distancias culturales entre la concepción indígena y la perspectiva de quienes integran el sistema de justicia, y, por el otro, promover la difusión del rol de la defensa pública en el sistema de justicia, en un sector de la población que tradicionalmente lo ha percibido como ajeno y distante.

A partir de este proyecto, también se elaboró una *Guía de acceso a la justicia de los pueblos indígenas*¹⁸, sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, con una selección de frases traducidas a cinco lenguas originarias habladas en las zonas del país de mayor presencia indígena (qom, quechua, mapuche, wichi y guaraní) como material soporte de los talleres en territorio comunitario, y también se desarrolla allí el rol del Ministerio Público de la Defensa mediante un lenguaje accesible y con frases relevantes traducidas a cinco lenguas originarias.

Todos los aspectos hasta aquí analizados se vinculan con los problemas que enfrentan las comunidades para acceder a la justicia,

que también se presentaron en los casos en los que ha tenido la posibilidad de intervenir el Ministerio Público de la Defensa. El principal motivo de consultas y reclamos de las comunidades se refiere al derecho a la tierra y al territorio¹⁹; ya que, si bien la realidad de las comunidades indígenas es diversa, la vulneración de ese derecho se sostiene como la principal afectación común para el desarrollo y modo de vida comunitario.

El derecho al territorio se vincula directamente con el goce de otros derechos fundamentales, como lo ha expresado el relator de Naciones Unidas para pueblos indígenas. En su visita, el relator James Anaya se refirió a la relación de la vulneración del derecho a la tierra con los problemas de salud de los miembros de comunidades indígenas:

[...] la situación de pobreza de los pueblos indígenas, especialmente en las áreas rurales del norte del país, es uno de los factores que más contribuye a sus problemas de salud según el Ministerio de Salud. La limitaciones de las comunidades indígenas en Argentina respecto del acceso a las tierras y recursos naturales contribuyen a la falta de acceso a los servicios básicos (Anaya 2012, 16)

En el mismo informe, expresó su preocupación sobre los problemas vinculados con la implementación y las garantías de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente en relación con sus tierras y recursos naturales, el acceso a la justicia, a la educación, a la salud y a otros servicios básicos.

También hemos observado que el derecho a la consulta y participación es otra garantía

19 El derecho al territorio se encuentra protegido tanto por el art. 75, inc. 17, como por el Convenio 169 de la OIT (art. 13 y 14, entre otros), la Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas (arts. 10, 26, 28 y 29) y la Declaración Americana de los derechos de los Pueblos Indígenas (art. 25).

17 Creado por Resolución DGN N° 1599/16.

18 Disponibles en: www.mpd.gov.ar.

de los pueblos indígenas que no suele contar con la debida protección, pese a su regulación, y a que se encuentra vinculado con las posibilidades de desarrollo comunitario²⁰. El establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio 169 de la OIT, aunque este principio primordial sigue siendo uno de los principales desafíos que plantea la aplicación de ese instrumento internacional (OIT - CEACR 2009). Este derecho, además, remite a la búsqueda de abrir ámbitos de participación pública de las comunidades indígenas. El entonces relator ONU, Rodolfo Stavenhagen, ha resaltado la importancia de este derecho, como una manera de procurar una plena participación en la vida nacional de sus países (Stavenhagen 2010, 80).

Las situaciones de mayor tensión se dan en aquellos casos en los que se adoptan medidas inconsultas que afectan de alguna manera al territorio comunitario. Muchas veces se relacionan con los proyectos de actividades a gran escala, que suelen representar oportunidades de “desarrollo económico”. Al respecto, la CIDH ha indicado que las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que no se lleven a cabo a expensas de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas, in-

cluidas las comunidades indígenas y el medio ambiente del que dependen para su bienestar físico, cultural y espiritual²¹.

En las provincias de Salta y Jujuy, en 2010, se comenzaron a realizar actividades de explotación de litio en las Salinas Grandes, ubicadas sobre ambas provincias. Allí, habitan 33 comunidades indígenas del pueblo kolla y atacama, que iniciaron una acción ante la CSJN por afectación al derecho a la consulta y participación. En este caso, el MPD tuvo oportunidad de intervenir en representación de las niñas, niños y adolescentes de las comunidades y de hacer una visita al territorio comunitario. Si bien las actuaciones ante el máximo tribunal no prosperaron, y se inició una denuncia ante el sistema interamericano de derechos humanos, algo interesante, vinculado con la autodeterminación y el derecho a la consulta, es que a pesar del fracaso del litigio las comunidades elaboraron su propio procedimiento de consulta: el Protocolo “Kachi Yupi: Huellas de la sal. Procedimiento de consulta y consentimiento previo, libre e informado para las comunidades indígenas de la cuenca de salinas grandes y Laguna de Guayatayoc”²².

V. Consideraciones finales

Como hemos señalado, el MPD tiene especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se pueden encontrar las personas asistidas y patrocinadas, y, en el caso de quienes pertenecen a los pueblos indígenas, la necesidad de garantizar un acceso a la justicia culturalmente adecuado. De esta manera, la actuación de la defensa se orienta a

20 Este derecho se encuentra tutelado en el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional, que se refiere a la importancia de la *participación* al señalar el deber de “asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales, y a los demás intereses que los afecten”. A la vez, tanto la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (arts. 19 y 32, entre otros) como el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte IDH y CIDH, se refieren al derecho a la consulta de los pueblos indígenas como una de las obligaciones más importantes de los Estados.

21 CIDH, Informe de Fondo No 40/04, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, Belice (caso 12.053), octubre 12, 2004, párr. 150.

22 Para más información sobre el Protocolo de consulta: <https://naturaljustice.org/wp-content/uploads/2015/12/Kachi-Yupi-Huellas.pdf>.

una adecuación de su ejercicio y de la implementación de las reglas procesales a las pautas culturales propias y a las afectaciones posibles por la situación de vulnerabilidad estructural, para una tutela judicial efectiva de los derechos de los pueblos indígenas. Las personas indígenas suelen encontrarse, en nuestras sociedades latinoamericanas, en mayor situación de pobreza, con los niveles de desarrollo económico, social y humano más bajos.

De ese modo, se observa que los obstáculos o barreras para el acceso a la justicia desarrollados en este artículo no son taxativos y se encuentran interrelacionados. Según el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el acceso a la justicia no puede examinarse de manera aislada respecto de otras cuestiones vinculadas a los derechos humanos, como la discriminación estructural, la pobreza, la falta de acceso a la salud y a la educación, la falta de eficacia en el ejercicio de los derechos a la cultura y a las tierras, los territorios y los recursos. Por ese motivo, sobre la base de las dificultades que encuentran los miembros de pueblos indígenas y las propias comunidades en el ámbito del sistema de justicia, corresponde orientar las acciones en pos de promover un acceso a la justicia culturalmente adecuado.

A modo de cierre, solo resta invitar a reflexionar sobre el rol que tenemos los operadores jurídicos, tanto desde la administración de justicia como desde la defensa pública, teniendo presentes la causas y situaciones que generan una correlación entre pueblos indígenas y pobreza, especialmente aquellas relacionadas con las condiciones histórico-políticas que desvincularon a los pueblos indígenas de sus territorios, los sometieron a condiciones de especial vulnerabilidad social y los relegaron a los márgenes de la sociedad. El reclamo activo de los pueblos indígenas por una mayor eficacia en el cumplimiento de sus derechos consagrados en el sistema normativo exige, en

definitiva, una reformulación de las relaciones de los pueblos indígenas con el Estado.

Algunas de las buenas prácticas posibles, de acuerdo con la experiencia desarrollada, se relacionan con la importancia de evaluar la producción de una pericia antropológica o de un informe cultural pertinente para la defensa de los derechos indígenas, la identificación por parte de los operadores judiciales –en nuestro caso, de los miembros del MPD– de los usos y costumbres y del sistema normativo propio de la comunidad, acerca de la manera específica en la que está organizada la estructura de representatividad comunitaria, desde sus reglas de comportamiento hasta la existencia de un sistema propio de autoridades, la intervención de intérpretes lingüísticos²³, de elaborar una estrategia de defensa que incluya la concurrencia de otros profesionales y saberes complementarios del derecho, como la antropología y la sociología, entre otras cuestiones de importancia²⁴.

Por último, retomando el epígrafe de este artículo, como sostenía el antropólogo Carlos Martínez Sarasola: “los pueblos indígenas siguen luchando por un lugar digno en una sociedad que, de una manera u otra, sigue ignorándolos. Y siguen luchando, también, por ser protagonistas –sin intermediarios– de su propio camino”. El reconocimiento de su condición de sujeto de derecho y la remoción de los obstáculos en el acceso a la justicia, con la debida consideración sobre las desigualdades socioeconómicas de los pueblos indígenas, es una parte fundamental de esa inclusión con dignidad, desde la diversidad cultural reclamada.

23 Res. DGN N° 1400/16.

24 “Reflexiones acerca del rol de la defensa pública para la protección de los derechos de las personas y de niñas, niños y adolescentes indígenas”. Disponible en sitio: https://www.mpd.gov.ar/pdf/diversidad_cultural/Sugerencias%20para%20la%20atencion%20de%20personas%20indigenas.pdf.

Bibliografía

Hall, Gillette y Ariel Gandolfo. 2016. “Datos mundiales demuestran la pobreza y la exclusión que sufren los pueblos indígenas”. <https://blogs.worldbank.org>. Recuperado el 14 de agosto de 2019, de <https://www.bancomundial.org/es/topic/indigenouspeoples>; <https://blogs.worldbank.org/es/voices/datos-mundiales-demuestran-la-pobreza-y-la-exclusion-que-sufren-los-pueblos-indigenas>.

Hall, G., y Patrinos, H. A. (1 de 07 de 2010). “Pueblos indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina”. www.bancomundial.org. Recuperado el 14 de agosto de 2019, de <http://documentos.bancomundial.org/cu-rated/es/712501468300536572/pdf/330200PueblosIndigenasPobreza1resumen1es.pdf>.

Hualpa, E. 2014. *Derechos constitucionales de los pueblos indígenas*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Martínez Sarasola, C. 2011. *Nuestros paisanos los indios*. Buenos Aires: Del Nuevo Extremo.

Martínez, E. M. 2017. *Ocupémonos. Del Estado de bienestar al Estado transformador*. Buenos Aires: Instituto para la Producción Popular.

Ministerio Público de la Defensa. 2010. *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas*. Buenos Aires: MPD.

Parra Vera, Ó. 2012. “Derechos humanos y pobreza. El rol del análisis estructural a partir de informes y siete escenarios estratégicos basados en la responsabilidad internacional”. *Revista IIDH*, 56: 273-320.

Sepúlveda Carmona, M. 2008. *Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de derechos humanos y la extrema pobreza*. Naciones Unidas.

Stavenhagen, R. 2008. *Los pueblos indígenas y sus derechos*. México: Oficina de la UNESCO en México.

Stavenhagen, R. 2010. *Los pueblos originaarios: el debate necesario*. Buenos Aires: CTA. Instituto de Estudios CTA y Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO-.

Jurisprudencia nacional

CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y Otro (provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, resolución del 18 de septiembre de 2007 y resolución del día 26 de diciembre de 2018. Disponible en el sitio: www.csjn.gov.ar.

Cámara de Apelaciones de Bariloche, “Las Chinitas SA Agropecuaria c/ Linares Benito y otros s/ interdicto de retener (sumarísimo)”, 25 de febrero de 2009.

Documentos de organismos nacionales

Centro de Investigación y Formación de la República Argentina. (2019). *Informe sobre pobreza e indigencia de Agosto*. Buenos Aires.

INDEC. 2010. www.indec.gob.ar. Recuperado el 14 de 08 de 2019, de <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-2-21-99>

Proyecto de ley Expte. 5146-D-2012, presentado nuevamente en el 816-D-2014, y actualmente en el Expediente: 4789-D-2017. Proyecto de ley disponible en: <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=4789-D-2017>.

“Reflexiones acerca del rol de la defensa pública para la protección de los derechos de las personas y de niñas, niños y adolescentes indígenas”. Disponible en sitio: <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=4789-D-2017>

www.mpd.gov.ar/pdf/diversidad_cultural/Sugerencias%20para%20la%20atencion%20de%20personas%20indigenas.pdf.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa v. Paraguay*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.Parr.169.

Corte IDH. *Caso Servellón García y otros v. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006.

Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” *Villagrán Morales y otros v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 144 y 191.

Documentos de organismos internacionales

100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 al 6 de marzo de 2008.

Anaya, J. 2012. *Informe del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Argentina*. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos.

CEPAL. 2013. *La medición multidimensional de la pobreza*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Duodécima reunión del Comité Ejecutivo de la Conferencia Estadística de las Américas de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Pucón.

CEPAL. 2014. *Los Pueblos Indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Impreso en Chile: Naciones Unidas.

CIDH, Informe de Fondo No 40/04, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, Belice (caso 12.053), octubre 12, 2004.

CIDH. 2007. El acceso a la justicia como garantía de derechos económicos, sociales y culturales. *Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Washington: OEA.

CIDH. (2017). *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*. Washington: OEA.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (10 de 5 de 2001). Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: La Pobreza y el Pacto. *Declaración aprobada por el Comité DESC de las Naciones Unidas el 4 de mayo de 2001, 25º período de sesiones*. Ginebra: Naciones Unidas.

Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. AG/RES. 2888

(XLVI-O/16), aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resolución aprobada por la Asamblea General 61/295. 107^a, Sesión plenaria 13 de septiembre de 2007.

Kachi Yupi. Caminos de la sal. Procedimiento de consulta y consentimiento previo, libre e informado para las comunidades indígenas de la cuenca de salinas grandes y laguna de guayatayoc Protocolo de consulta: <https://naturaljustice.org/wp-content/uploads/2015/12/Kachi-Yupi-Huellas.pdf>.

OIT - CEACR. (2009). Observación General sobre el Convenio 169 de la OIT.

Normas

Ley 27.149, Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación.

Ley 4142, Código Procesal Civil y Comercial de Río Negro.

□ SECCIÓN III □

EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

El litigio penal en temas de pobreza en Bolivia, un enfoque desde de las personas privadas de libertad

Willma Blazz Ibañez

Directora Nacional del Servicio Plurinacional de Defensa Pública de Bolivia (SEPDEP)

I. Introducción

A partir de la promulgación de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPE)¹, los derechos humanos se convierten en uno de los pilares del Estado y de todas sus instituciones, entre ellas, las encargadas de administrar justicia, para quienes no puede resultar ajena la situación desigualdad socioeconómica de la población, que pretende tener acceso a la justicia. Tal como lo dispone la citada norma suprema CPE en su artículo 410, la composición del bloque de constitucionalidad comprende los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Como refieren los autores que determinan la pobreza desde un enfoque monetario y utilitarista, la pobreza se puede entender como aquella situación donde ciertas personas no logran un nivel de bienestar material, como un mínimo razonable para el estándar de una sociedad (Bérgolo, Leites y Salas 2008).

¹ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009 en la ciudad de El Alto de La Paz. Aprobada a través del Referéndum de fecha 25 de enero de 2009.

Según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) en Bolivia: “La pobreza extrema se redujo en más de la mitad, de 38,2% en 2005 a 15,2% en 2018; mientras que la pobreza moderada igualmente disminuyó de 60,6% en 2005 a 34,6% en 2018”. Asimismo, se refiere que “el informe de la CEPAL muestra que la desigualdad, medida a través del índice de Gini², pasó de 0,611 en el año 2002 a 0,453 en el año 2015; siendo esta disminución la mayor en la región (0,158). Con datos oficiales actualizados, el índice de Gini alcanzó a 0,44 en el año 2018, reduciéndose la desigualdad aún más”³.

Crítica es la situación en materia penal en cuanto a un real acceso a la justicia, donde surgen diversos cuestionamientos respecto a las implicancias de la pobreza de los sectores sociales del Estado boliviano, que intervienen en los procesos en materia penal en condición de víctimas o imputados. Es así que es pertinente determinar el enfoque de pobreza para contextualizar el litigio en Bolivia. Al entender la pobreza solo desde una perspectiva monetaria, como una imposibilidad de alcanzar niveles mínimos de ingreso y consumo, nos privamos de percibir el enfoque de aquel fracaso para obtener un nivel mínimo de acceso a capacidades básicas comprendidas como irreductibles para el desarrollo de un ser humano, constituyendo su privación incluso un límite para el logro de otras capacidades (Bérgolo, Leites y Salas 2008).

2 El Coeficiente de Gini es un indicador que mide la desigualdad en la distribución de los ingresos. Este indicador asume valores cercanos a uno (1) si en la economía existe concentración de los ingresos y toma valores cercanos a cero (0) cuando el ingreso es distribuido de forma más equitativa.

3 “Bolivia entre los países de la región que más redujo la pobreza”, Instituto Nacional de Estadística 12 de marzo de 2019. Consultado: 3 de mayo de 2019. <https://www.ine.gob.bo/index.php/component/k2/item/3383-bolivia-entre-los-paises-de-la-region-que-mas-redujo-la-pobreza>

II. Un enfoque criminológico del delito desde la teoría del realismo de izquierda

La afirmación de que la criminología crítica debe construir una posición realista en términos epistemológicos e ideológicos, argumentando que se debe tomar en serio al delito, es el cimiento del realismo de izquierda. En esta línea se encuentran quienes niegan que el crimen sea una “realidad ontológica”, que gravitan hacia una concepción relativista o posmoderna o hacia un desenfrenado idealismo que califica el concepto del crimen como una mera interpretación subjetiva o manipulación política (Lea y Young 2001).

Sobre la criminología realista de izquierda, Lea y Young sostienen que:

[...] como su nombre lo indica, es radical en la evaluación que hace del delito y de sus causas. Radical en cuanto a que el delito es visto como un producto endémico de la naturaleza patriarcal y de clases de las sociedades industriales avanzadas. No se trata de una criminología cosmética de tipo tradicional que considera al delito como un defecto que con el tratamiento apropiado, puede eliminarse del cuerpo de la sociedad, una sociedad que es sana en sí misma y no necesita casi ser reconstruida (2001, 5).

Esta corriente se empeña en superar la visión utilitarista del derecho penal y de la delincuencia, se concentra sobre todo en la lucha contra las causas de “toda” la criminalidad (Perez 1991, 70). Entre los argumentos principales de esta corriente, se encuentra la relevancia de la estructura social en la comprensión del delito y del delincuente, explicando que la totalidad del sistema de justicia criminal, sus actores, instituciones y prácticas se encuentran profundamente mediatisadas por las relaciones de clase y, a la vez, son reflejo de ellas. La prisión, el medio de control social por excelen-

cia de las mayorías de los países occidentales, está destinada casi con exclusividad a las clases menos favorecidas. La policía uniformada procede fundamentalmente de la clase obrera, mientras que los abogados y jueces pertenecen la clase media y alta (Matthews 2014, 184).

Por su parte, Alessandro Baratta sostiene que:

El sistema penal del control de la desviación revela, así como todo el derecho burgués, la contradicción fundamental entre igualdad formal de los sujetos de derecho y desigualdad sustancial de los individuos, que en tal caso se manifiesta respecto a las chances de ser definidos y controlados como desviados (Baratta 2004, 171).

Es decir, la relevancia de las divisiones de clase constituye un prototipo en el entendimiento de los medios penales de control social, situación que es constante en la mayoría de los países de la región.

En el entendido de los autores R. Clowar y Dl. Ohlin:

En este estudio, ponemos énfasis en las culturas delictivas (de clase baja) porque en nuestra opinión estas formas de actividad criminal, que tienen sus raíces en las prescripciones de una subcultura delictiva, representan el problema más costoso y difícil en el campo del control de la prevención del delito (citados en Lea y Young 2001).

El estereotipo del delito en nuestra sociedad es el del delincuente de clase baja, es dentro de esta parte de la estructura social que la *estadística oficial* muestra una congregación inusual del delito. Y es precisamente respecto de este tipo de delitos que se considera que el costo es mayor. Afirman Lea y Young que:

Sin embargo, es evidente, desde el trabajo

pionero de Edwin Sutherland sobre el delito de cuello blanco en la década de 1940, que las infracciones a la ley se dan en toda la estructura social y, más aún, que en términos de costo, los delitos de las sociedades comerciales exceden en mucho el costo generado por los delitos cometidos por delincuentes de clase baja (2001).

Por lo que vimos, según el realismo de izquierda, la cuestión de que no solo se debe considerar como parte la estadística aquellos delitos de la “clase baja” (los pobres de la estructura social) más al contrario quienes mayor peso tienen en lo referido al llamado “costo”, es decir, los delitos de la “clase alta”.

El segundo argumento esencial de esta corriente versa sobre la prioridad de la teoría, ya que ve a la apropiación de la realidad social como una cuestión problemática, poniendo énfasis en la significación de los conceptos y categorías para, de esta manera, proveer un cuadro conceptual sobre el que construimos y nos apropiamos de la realidad. Así, los realistas ingenuos tratan tanto la realidad social en general, como el crimen en particular, como algo preestablecido y directamente accesible; mientras que el realismo crítico entiende el crimen como una construcción social compleja, el realismo en sus varias formas tiende a conceptualizar el crimen o delito como algo dado por hecho, asumiendo que la principal finalidad de la investigación criminológica radica simplemente en reportar, contar, describir o mapear el crimen y las víctimas (Matthews 2014, 187).

Siendo que el realismo prioriza la conceptualización, ya que solo a partir de una adecuada conceptualización los objetos de estudio, se puede fijar el destino de una posterior investigación. En la selección de una teoría es necesario previamente considerar su capacidad de explicación sobre los problemas particulares a someterse a la investigación. Así,

la teoría es juzgada en atención a su poder de explicación para que así pueda ser útil.

En un tercer punto, se tiene que, desde la perspectiva del realismo crítico existen serias limitaciones en el constructivismo social, principalmente a la hora de ofrecer una explicación de cómo las fuerzas y estructuras sociales precisan el desarrollo humano y, en último término, cómo estas estructuras podrían ser reformadas.

De esta forma, el realismo crítico postula una versión débil del constructivismo social, donde se enfatiza la naturaleza construida socialmente del conocimiento, pero que, a la vez, se aparta de su versión más radical, donde se sugiere la imposibilidad de identificar objetos reales ajenos e independientes al investigador (Matthews 2014, 192).

III. La administración de justicia y el sistema penal boliviano: sus desafíos en cuanto a la vulnerabilidad por situación de pobreza

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, entre sus finalidades, refiere que los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares; entre sus criterios de vulnerabilidad se encuentra el tema de la pobreza, ámbito en el que se determinan dos reglas específicas:

(15) La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad.

(16) Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de po-

breza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia⁴.

Sin embargo, pese a la trascendencia de tales normas, que deberían convertirse en instrumentos para la generación de políticas públicas con el fin de garantizar los derechos humanos de las personas privadas de libertad; ello no termina de concretarse en el país.

Al respecto, cabe señalar que, en junio de 2016 en la ciudad de Sucre, se desarrolló en Bolivia la “Cumbre de Justicia para Vivir Bien”, donde se establecieron las bases de una revolución en la justicia con el objeto de construir un nuevo sistema de justicia plural que esté al servicio del pueblo, eliminando la retardación de justicia y garantizando el acceso a una justicia pronta y oportuna, basada en los valores y principios del Estado Plurinacional⁵.

Asimismo, las conclusiones en el ámbito de “Acceso a la Justicia Plural”, en lo que respecta al “Acceso igualitario para poblaciones en situación de vulnerabilidad”, establece la eliminación de todas las barreras que impiden el acceso a la justicia (arquitectónicas, económicas, culturales, simbólicas, etc.) y define como una de sus actividades la “Protección especial a sectores con menores recursos o al que se encuentra en situación de debilidad”. Se creó para el seguimiento de esta y otras conclusiones la “Comisión de Seguimiento de las conclusiones de la Cumbre de Justicia” mediante la ley N° 898, conformada por altas autoridades del Estado como el presidente de la Cámara de Senadores, el presidente de la Cámara de Dipu-

4 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008.

5 “Senado aprueba Ley que crea Comisión de Seguimiento de las conclusiones de la Cumbre de Justicia” Senado, 18 de enero de 2017. Consultado: 2 de mayo de 2019. <https://web.senado.gob.bo/prensa/noticias/senado-aprueba-ley-que-crea-comisi%C3%B3n-de-seguimiento-de-las-conclusiones-de-la-cumbre>.

tados, el presidente del Tribunal Supremo de Justicia, el presidente del Consejo de la Magistratura, el fiscal general del Estado; el ministro de Justicia y Transparencia Institucional, el ministro de Gobierno, el procurador general del Estado y un representante del Sistema de la Universidad Boliviana⁶.

En ese contexto, es correcto afirmar que uno de los factores que criminalizan la pobreza en Bolivia es el uso arbitrario de la detención preventiva, esto desde la interpretación que se puede hacer sobre los datos estadísticos que se tienen a partir de la información proporcionada por la Dirección de Régimen Penitenciario.

**CUADRO GENERAL POBLACIÓN
PENITENCIARÍA NACIONAL**

DEPARTAMENTO	SENTENCIADOS	PREVENTIVOS	TOTAL
Santa Cruz	2.479	4.298	6.777
La Paz	1.177	3.068	4.245
Cochabamba	772	2.150	2.922
Tarija	561	549	1.110
Beni	135	816	951
Oruro	260	695	955
Potosí	232	614	846
Chuquisaca	348	402	50
Pando	110	304	414
TOTAL	6.074	12.896	18.970
	32,02%	67,98%	

Fuente: Estadística a octubre de 2018. Dirección General de Régimen Penitenciario⁷.

⁶ Ley de la Comisión de Seguimiento de las Conclusiones de la Cumbre de Justicia, N° 989 de 18 de enero de 2017.

⁷ Dirección General de Régimen Penitenciario. Enti-

Por otra parte, es pertinente mencionar dos casos que, en el ámbito nacional, sensibilizaron al país respecto de las falencias de la administración de justicia y la implicancia en cuanto a la vulneración de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, por su condición económica restringida.

a) Detenido preventivo por más de 13 años

J.C.C.O. se encontraba privado de libertad desde hacía más de 13 años en el Penal de Palmasola (Santa Cruz-Bolivia), pese a que contaba con una resolución de sobreseimiento. Según el Código de Procedimiento Penal, ley N° 1970, del 25 de marzo de 1999, la figura del sobreseimiento se establece en favor del imputado cuando el fiscal determine que resulta evidente que el hecho no existió, que no constituye delito o que el imputado no participó en él, y cuando estime que los elementos de prueba son insuficientes para fundamentar una acusación.

En este caso, el 11 de mayo de 2005, se presentó una denuncia en contra de J.C.C.O. por la presunta comisión del delito de tentativa de robo y tentativa de homicidio. Los denunciantes señalaron que un sujeto había ingresado a su domicilio y los había agredido físicamente, por lo que se remite a J.C.C.O. a la policía técnica judicial, y el juez cautelar, ante el conocimiento del caso, dispuso su detención preventiva. Sin embargo, una vez realizada la investigación, el fiscal asignado al caso estableció que la denuncia en contra de J.C.C.O. no contaba con elementos probatorios suficientes para fundamentar y sostener una acusación, por lo que emitió una resolución de sobreseimiento el 14 de octubre de 2005.

Sin embargo, esta persona recién es puesta en libertad el 25 de julio de 2018 con la emisión de un mandamiento de libertad, aproxi-

dad pública parte del Órgano Ejecutivo (Ministerio de Gobierno) encargada de formular, dirigir, coordinar y administrar políticas en régimen penitenciario, rehabilitación y reinserción social.

madamente 13 años después de la emisión de la resolución que determinaba la conclusión del proceso. De las entrevistas que se concretaron con J.C.C.O., se pudo advertir que provenía de un entorno familiar de escasos recursos, cuya residencia se encontraba en una provincia del Departamento de Santa Cruz, razón por la cual no recibía visitas de familiares; y dado que no contaba con información respecto de su proceso, no se habría percatado del transcurso del tiempo de su permanencia en el penal.

b) Privado de libertad por 25 años sin contar con sentencia condenatoria

A.C.S. es privado de su libertad en el penal de San Pedro de la ciudad de La Paz desde el 14 de julio de 1993, en el marco de un proceso penal por la supuesta comisión del delito de robo. El señor A.C.S. es un artesano que cumple los 43 años de edad, habiendo permanecido privado de libertad desde sus 21 años, es decir, por más de 25 años, sin contar con sentencia condenatoria. Ante la vulneración de derechos humanos reconocidos tanto por la Constitución Política del Estado Plurinacional, así como por los instrumentos internacionales, tales como la presunción de inocencia, debido proceso, entre otros; se interponen en el caso recursos constitucionales y se solicita en varias oportunidades la emisión del respectivo mandamiento de libertad, que es librado por el juez competente de La Paz el 11 de diciembre de 2018 y que se efectivizó al día siguiente. Después de media vida, A.C.S. puede recuperar su libertad de locomoción, que le fue restringida en 1993 de manera preventiva en procesos penales, de los cuales a la fecha no se tiene siquiera certeza de su existencia.

De las entrevistas posteriores con el Sr. A.C.S., afirmó que al quedar en libertad no tenía un domicilio en el cual residir, familia con la cual contactarse, no reconociendo siquiera las calles de la ciudad de la cual es originario.

Ante los alarmantes datos referidos, en su oportunidad, las autoridades vinculadas a la temática de la administración de justicia y el sistema penal boliviano manifestaron en el último trimestre de la gestión 2018:

El viceministro de Régimen Interior y Policía, José Luis Quiroga, informó el martes que la población penitenciaria en el país llega a 18.970 personas hasta el 31 de octubre de este año y que el 67,9 por ciento no tiene una sentencia. [...] que corresponde a una superpoblación que abarca el 290 por ciento de hacinamiento penitenciario, dijo a los periodistas. [...] más de 12.000 personas están con detención preventiva y el resto con sentencia ejecutoriada, [...] cerca de 67,98 por ciento de personas privadas de libertad que no tienen sentencias [...]⁸.

Como consecuencia de las situaciones y hechos acontecidos en el país respecto a la administración de justicia, más particularmente en el sistema penal boliviano, se realiza la socialización de propuestas de acciones a asumirse para la implementación de las mencionadas Conclusiones de la “Cumbre de Justicia”, por parte de la Comisión creada por la Ley N° 898; y refiriéndose (en el mes de febrero de la gestión 2019) el Ministro de Justicia y Transparencia Institucional respecto a la situación de las personas privadas de libertad:

De acuerdo al último levantamiento de datos sobre la población carcelaria, Bolivia cuenta con 18.687 privados y privadas de libertad en 56 cárceles del país: 270% de hacinamiento. El 70% de la población carcelaria no cuenta con una sentencia ya sea por la

⁸ “Población penitenciaria llega a 18.970 personas en Bolivia; el 67,9% no tiene sentencia”, *Los Tiempos* 20 de noviembre de 2018. Consultado: 15 de mayo de 2019. <https://www.lostiemplos.com/actualidad/pais/20181120/poblacion-penitenciaria-llega-18970-personas-bolivia-679-no-tiene-sentencia>.

falta de recursos económicos (para contratar un abogado), la ausencia de familiares (que puedan ayudarlos con los trámites) y por la retardación de justicia.

También informó, en tal oportunidad, acerca del censo carcelario, el Proyecto de Ley de Abreviación Penal, entre otros. Tal intervención se llevó adelante en uno de los recintos penitenciarios más grandes del país, el Penal de Palmasola, donde uno de los privados de libertad señalaría textualmente:

Es la primera visita que recibimos de una autoridad tan importante y le pedimos que se haga justicia. Existen personas que, por no poder pagar 50 Bs por trámites, están recluidas en el penal. Nosotros perdemos nuestra libertad, pero no nuestra dignidad. Queremos mesas de trabajo para poder participar directamente de las acciones que mejoren nuestras condiciones de vida⁹.

III. 1. Censo Carcelario, abril de 2019

Ante las situaciones expuestas, a partir de la gestión 2018, en Bolivia se gestó el desarrollo de un Censo Carcelario de las personas privadas de libertad, de quienes, si bien se contaba con datos institucionales de las diferentes agencias estatales llamadas por ley, lamentablemente se continuaban identificando casos groseros de retardación de justicia y presunta vulneración de derechos humanos –como los narrados aquí– vinculados a la ausencia de información o seguimiento de ejecución de penas privativas de libertad.

Por ello, se identificaría la necesidad de realizar el relevamiento y registro de informa-

ción sobre la situación jurídico- procesal y las condiciones socioeconómicas de las personas privadas de libertad a nivel nacional; a objeto de facilitar el acceso a una justicia pronta y oportuna, en el marco de un sistema penitenciario acorde a las necesidades identificadas.

Es así que el 11, 12 y 13 de abril de 2019, se realizó de manera simultánea en todo el país el Censo Carcelario, con el objeto de obtener información sobre las personas privadas libertad (PPL) a nivel nacional.

Del desarrollo de tal actividad, se establece que otra situación de las personas privadas de libertad que conforme a sus medios económicos se ven restringidas en derechos, es la situación de las personas con enfermedades mentales, incurables y terminales, personas adultas mayores, personas con discapacidad visual y auditiva, personas indígenas originarias campesinas que no comprenden el idioma. Entre los casos emblemáticos identificados en el censo carcelario, se tiene que este es la población; en el primer caso se encuentran limitados respecto a su traslado a un ambiente adecuado (centros psiquiátricos, médicos u otros) considerando que los únicos centros de tales características, deben cubrirse con recursos económicos propios. Similar situación acontece en el segundo caso, adultos mayores, que habiendo ingresado a un recinto penitenciario y transcurrido el tiempo de ejecución de su condena, se ven abandonados al momento de su libertad. Si nos enfocamos en una perspectiva de equidad, podemos afirmar que la restricción a una justicia oportuna y gratuita, se constituye en una carencia en la vida del individuo, que consecuentemente limita otros elementos básicos para el desarrollo de la vida de los individuos.

III. 2. Promulgación de la ley 1173

Ante la necesidad de cambiar la norma para responder mejor a los requerimientos de la so-

9 “Censo carcelario, Proyecto de Ley de Abreviación Penal y suscripción de convenios para mejorar las condiciones de la población carcelaria” Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional, 5 de febrero de 2019. Consultado: 15 de mayo de 2019. <https://www2.justicia.gob.bo/index.php/noticias/notas-de-prensa/2947-2019-02-07-16-53-32>.

ciedad, para una eficaz protección de derechos humanos tanto de víctimas como de acusados. Identificados los principales problemas como el uso excesivo de lo escriturado en el proceso, alto índice de suspensiones de audiencias, abuso de incidentes sobre notificaciones, deficiente ejercicio de la facultad ordenadora y disciplinaria de la autoridad judicial en el desarrollo de las audiencias, imposición indiscriminada de la detención preventiva, haciendo de ésta la regla y no la excepción¹⁰.

El 3 de mayo de 2019, se promulgó en Bolivia la Ley de Abreviación Procesal Penal y de Fortalecimiento de la Lucha Integral contra la Violencia a Niñas, Niños, Adolescentes y Mujeres; que propone cambios para dar celeridad en el tratamiento de causas, en el momento de su promulgación se afirmó:

El ministro de Justicia y Transparencia Héctor Arce, explicó que la ley tiene seis ejes claves. El primero se centra en la simplificación de notificaciones, donde las partes estarán registradas en un buzón electrónico para ser notificadas. “Ya no se malgastará tanto tiempo y dinero para que un documento llegue a manos de un abogado o de su defendido”. El segundo eje hace alusión al límite de la detención preventiva y hechos investigativos, ya que la lógica del sistema debe, principalmente, presumir la inocencia de la persona acusada. El tercer eje, afianza la oralidad. Los procesos serán orales en un 100 por ciento y serán registrados en audio/video. El sistema antiguo será anulado. La suspensión de audiencias es el cuarto eje evitará suspender audiencias indiscriminadamente. Los jueces que lo hagan serán sancionados. Arce explicó

que con el quinto eje “54 delitos graves serán de conocimiento de un tribunal de tres miembros; el resto de delitos será atendido por tribunales unipersonales. Esto dará la celeridad procesal que el pueblo boliviano tanto necesita”. El último eje se enfoca en la complementación de la ley con el fortalecimiento de la Ley 348 de la lucha contra la violencia hacia las mujeres¹¹.

Esta norma modifica el Código de Procedimiento Penal Boliviano, ley N° 1970, con cambios sustanciales que responden a la referida criminalización de la pobreza a través de la detención preventiva, modificándose esta figura en aspectos determinantes como los que se puede observar en el cuadro siguiente.

Corresponde señalar que el Código de Procedimiento Penal Boliviano con anterioridad sufrió otras modificaciones, entre ellas, a través de la ley N° 007 de modificaciones al sistema normativo penal y la ley N° 586 de descongestionamiento y efectivización del sistema procesal penal, esta última con el objeto de implementar procedimientos para agilizar la tramitación de las causas penales, para descongestionar el sistema penal y reducir la retardación de justicia para garantizar una justicia pronta, oportuna y eficaz. Sin embargo, nuevamente se modifica la norma adjetiva, con la finalidad de procurar la pronta y oportuna resolución de los conflictos penales, adoptando al efecto medidas indispensables para profundizar la oralidad, evitar el retardo procesal y abuso de la detención preventiva, y posibilitar la efectiva tutela judicial de víctimas.

10 “Proyecto de ley de abreviación procesal penal” Cámara de Diputados 29 de enero de 2019. Consultado: 6 de abril de 2019. <http://www.diputados.bo/sites/default/files/leyes/PL-033-2019.pdf>.

11 “Promulgan Ley de Abreviación Procesal Penal que apunta a acabar con la retardación de justicia”, *Los Tiempos*, 3 de mayo de 2019. Consultado 15 de mayo de 2019. <https://www.lostiemplos.com/actualidad/pais/20190503/promulgan-ley-abreviacion-procesal-penal-que-apunta-acabar-retardacion>.

Temática	Ley N° 1970	Ley N° 1173
Medidas cautelares personales (artículo 231 bis)	No configuraba.	<p>Establece la evitabilidad razonable del peligro de fuga u obstaculización por otra medida que no sea la detención preventiva, para que el juez o tribunal deba imponer otra medida cautelar personal.</p> <p>Establece expresamente que la carga de la prueba para acreditar peligro de fuga u obstaculización de la investigación corresponde al acusador, y no al imputado.</p>
Improcedencia de la detención preventiva (artículo 232)	<p>1. En los delitos de acción privada;</p> <p>2. en aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad; y,</p> <p>3. en los delitos sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior a tres años.</p> <p>Tratándose de mujeres embarazadas y de madres durante la lactancia de hijos menores de un año, la detención preventiva solo procederá cuando no exista ninguna posibilidad de aplicar una medida alternativa.</p>	<p>1. En los delitos de acción privada;</p> <p>2. en aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad;</p> <p>3. cuando se trate de personas con enfermedad en grado terminal, debidamente certificada;</p> <p>4. cuando se trate de personas mayores de sesenta y cinco (65) años;</p> <p>5. en los delitos sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior o igual a cuatro (4) años;</p> <p>6. en los delitos de contenido patrimonial con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior o igual a seis (6) años, siempre que no afecte otro bien jurídico tutelado;</p> <p>7. cuando se trate de mujeres embarazadas;</p> <p>8. cuando se trate de madres durante la lactancia de hijos menores de un (1) año; y,</p> <p>9. cuando la persona imputada sea la única que tenga bajo su guarda, custodia o cuidado a una niña o niño menor de (6) años, o un grado de discapacidad que le impida valerse por sí misma.</p>
Resolución (artículo 235 ter)	Facultaba al juez, la posibilidad de aplicar una medida más gravosa a la solicitada e incluso la detención preventiva.	<p>No prevé la posibilidad de aplicar una medida más gravosa a la solicitada.</p> <p>Señala expresamente que: "Si se resuelve la aplicación de la detención preventiva, la resolución deberá fijar con precisión su duración indicando la fecha exacta de su cumplimiento y el día y hora de audiencia pública para resolver la situación jurídica de la persona cautelada, quedando las partes notificadas al efecto sin ninguna otra formalidad".</p>

Fuente: construcción propia.

VI. A modo de conclusiones

Primeramente, corresponde dejar establecido que conceptos como “clase” y “crimen” poseen una objetividad que no pueden examinarse fácilmente y sin reparos, cambiando concepciones subjetivas y representaciones sociales. Por lo cual, sería equivocado afirmar que la pobreza es condicionamiento de criminalidad en Bolivia.

Segundo, no es extremo señalar que la administración de justicia en Bolivia se encuentra atravesando una crisis por la retardación de justicia, falta de recursos económicos y humanos en los órganos estatales que se encuentran vinculados con la temática; aspecto que afecta directamente a la población vulnerable, como lo es aquella que se encuentra Privada de Libertad en el marco de procesos penales cuya duración y desarrollo pueden ser cuestionables desde diversas aristas. Es por ello que la situación jurídica de la Persona Privada de Libertad, puede concebirse con un origen en la pobreza, es decir que pudo surgir de la carencia de recursos económicos y oportunidades para el acceso a una justicia oportuna; o como un resultado, siendo tal privación de libertad la causa del límite al desarrollo de otras capacidades básicas que permitan un nivel de bienestar tanto material como de desarrollo personal. Las personas en situación de pobreza y de marginalidad, hasta ahora deben hacer frente a detención preventiva arbitraria y extendida, condenas erróneas, impacto en su salud y modo de vida, aportando esto a la sobre población carcelaria y la acumulación de causas judiciales.

A partir de la reciente promulgación de la Ley N°1173 de Abreviación Procesal Penal y de Fortalecimiento de Lucha Contra la Violencia a Niñas, Niños, Adolescentes y Mujeres; se alberga la esperanza de cambios profundos en la administración de justicia boliviana; cuya finalidad radicaría en una pronta y oportuna resolución del conflicto penal, evitando el retraso procesal y abuso de la detención pre-

ventiva; siendo este último aspecto, como se señala en el presente documento el origen o resultado de la situación de pobreza entre las Personas Privadas de Libertad en Bolivia. La vigencia plena de esta norma se difiere hasta el mes de septiembre del año en curso, lo que implica una etapa de preparación intensa en el Estado, con la participación de los operadores y partícipes de la administración de justicia en el Estado Plurinacional de Bolivia.

Bibliografía

Baratta, Alessandro. 2004. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Bérgolo, Marcelo, Martín Leites, Gonzalo Salas. 2008. “Pobreza y justicia social: concepto e interrelaciones”. *Quantum* 2 (3): 4-25. Consultado: 10 de mayo de 2019. <http://biblioteca.fcea.edu.uy/QUANTUM/Vol3/No2/Bergolo.pdf>.

Lea, John y Jock Young. 2001. *¿Qué hacer con la ley y el orden?* Traducido por Gil Martha B. y Ciafardini Mariano A. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Los Tiempos, “Promulgan Ley de Abreviación Procesal Penal que apunta a acabar con la retardación de justicia”, 3 de mayo de 2019. Consultado 15 de mayo de 2019. <https://www.lostiemplos.com/actualidad/pais/20190503/promulgan-ley-abreviacion-procesal-penal-que-apunta-acabar-retardacion>.

Los Tiempos, “Población penitenciaria llega a 18.970 personas en Bolivia; el 67,9% no tiene sentencia”, 20 de noviembre de 2018. Consultado: 15 de mayo de 2019. <https://www.lostiemplos.com/actualidad/pais/20181120/poblacion-penitenciaria-llega-18970-personas-bolivia-679-no-tiene-sentencia>.

Matthews, Roger. 2014. "Realismo crítico: un análisis estructural". *Política criminal* 17 (9):182-212.

Pérez Pinzón, Álvaro. 1991. *Curso de criminología*. Bogotá: Editorial Temis.

Documentos Internacionales

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. 2008. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. Consultado: 15 de mayo de 2019.

http://anterior.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?folderId=34921&name=DLFE-2402.pdf.

Documentos de Bolivia

Cámara de Diputados, "Proyecto de ley de abreviación procesal penal", 29 de enero de 2019. Consultado: 06 de abril de 2019. <http://www.diputados.bo/sites/default/files/leyes/PL-033-2019.pdf>

Instituto Nacional de Estadística, "Bolivia entre los países de la región que más redujo la pobreza", 12 de marzo de 2019. Consultado: 03 de mayo de 2019. <https://www.ine.gob.bo/index.php/component/k2/item/3383-bolivia-entre-los-paises-de-la-region-que-mas-redujo-la-pobreza>.

Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional, "Censo carcelario, Proyecto de Ley de Abreviación Penal y suscripción de convenios para mejorar las condiciones de la población carcelaria", 05 de febrero de 2019. Consultado: 15 de mayo de 2019. <https://www2.justicia.gob.bo/index.php/noticias/notas-de-prensa/2947-2019-02-07-16-53-32>.

Senado, "Senado aprueba Ley que crea Co-

misión de Seguimiento de las conclusiones de la Cumbre de Justicia", 18 de enero de 2017. Consultado: 02 de mayo de 2019. <https://web.senado.gob.bo/prensa/noticias/senado-aprueba-ley-que-crea-comisi%C3%B3n-de-seguimiento-de-las-conclusiones-de-la-cumbre>.

Normativa nacional (Bolivia)

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009 en la ciudad de El Alto de La Paz.

Ley N° 1970, de 25 de marzo de 1999, del Código de Procedimiento Penal.

Ley N° 007, de 10 de mayo de 2010, de modificaciones al sistema normativo penal.

Ley N°586, de 30 de octubre de 2014, de descongestionamiento y efectivización del sistema procesal penal.

Ley N° 989, de 18 de enero de 2017, de la Comisión de seguimiento de las conclusiones de la cumbre de justicia.

Ley N° 1173, de 3 de mayo de 2019, de Abreviación Procesal Penal y de Fortalecimiento de Lucha Contra la Violencia a Niñas, Niños, Adolescentes y Mujeres.

La Suprema Corte y el trabajo del hogar en el derecho laboral mexicano: una revisión histórica

Sara Hidalgo

Internacionalista por El Colegio de México y candidata a doctora en Historia por la Universidad de Columbia, Nueva York.

I. Introducción

Recientemente, la ausencia de protecciones básicas bajo la que ha operado el trabajo del hogar en México se ha vuelto un tema de una relevancia inusitada dentro de la discusión pública nacional. Desde hace algunos años, el tema comenzó a ganar espacios gracias al activismo de ciertos grupos de trabajadoras del hogar que, como el Centro de Apoyo y Capacitación para Empleados del Hogar (CACEH), comenzaron a organizarse en busca de la igualdad de derechos y el reconocimiento a su trabajo. Este esfuerzo ganó ímpetu a partir de 2011 con la adopción del Convenio número 189 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), encargado de promover el “trabajo decente” para los trabajadores del hogar. A pesar de que México, a diferencia de varios países latinoamericanos –entre ellos Argentina, Brasil, Colombia y Chile– no ha ratificado este convenio, su publicación contribuyó a ejercer presión sobre el gobierno para extender protecciones básicas a quienes ejercen esta profesión. El estreno de la película *Roma* de Alfonso Cuarón, a fines del 2018, ayudó a sensibilizar a buena parte de la población respecto de las tribulaciones

e injusticias a las que históricamente se han enfrentado las trabajadoras del hogar en México. Finalmente, el 6 de diciembre de 2018, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un fallo histórico en el que califica de anticonstitucional la exclusión del trabajo doméstico del régimen de seguridad social, y obliga al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) a proteger a este grupo en no más de 18 meses. Tres meses después, tanto el IMSS como la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) pusieron en marcha un programa piloto para la incorporación de este grupo tradicionalmente desprotegido.

En la primera parte de este artículo, ofreceré una revisión histórica del tratamiento que el derecho laboral mexicano dio al trabajo del hogar después de la Revolución mexicana (1910-1920). La transformación política que el país vivió durante y después de la Revolución sentó las bases para fortalecer el movimiento obrero, con lo que el derecho laboral adquirió también mayor relevancia y sistematización. En esta sección, argumento que en un contexto político en el que la coalición gobernante comenzaba a reemplazar el compromiso con la igualdad social por uno con la estabilización e industrialización acelerada, la legislación laboral secundaria tendió a excluir a ciertos grupos de trabajadores, entre ellos, los domésticos. Una segunda sección examina el nacimiento de lo que llamo una “fórmula jurídica” para justificar esta exclusión. Esta fórmula fue creada un pequeño grupo de juristas cuyo trabajo académico implicó sistematizar la legislación y jurisprudencia laboral con el fin de volverlo una doctrinaria coherente. Como argumento, para estos juristas la *espacialización* particular del trabajo doméstico justificaba menores protecciones de la legislación laboral. Una tercera sección del artículo muestra cómo, en su resolución de disputas entre trabajadores del hogar y sus empleadores, la Suprema Cor-

te de Justicia tendió a replicar este discurso y fórmula jurídica. Al naturalizar este discurso y volverlo jurisprudencia, la Suprema Corte jugó un papel importante al confirmar, e incluso profundizar, la exclusión de este grupo –conformado principalmente por trabajadoras mujeres– del catálogo completo de derechos laborales que se afianzaron después de la Revolución. Finalmente, a modo de conclusión, analizo la manera en la que la sentencia de diciembre de 2018 rompe con lo que fue una longeva fórmula jurídica, y reflexiono sobre las tareas pendientes que aún nos deja.

II. El derecho laboral mexicano, una historia de inclusión limitada

Resulta de cierta manera paradójico que la exclusión del trabajo doméstico frente a las protecciones de la legislación laboral se haya construido durante las décadas que siguieron a la Revolución mexicana, pues fue justamente durante este periodo –sobre todo, entre las décadas de 1920 y 1940– cuando se consolidó la ampliación de derechos asociados al trabajo, cuyas demandas habían comenzado durante la fase armada de la Revolución. El compromiso con las protecciones laborales era parte de un programa social más amplio enarbolado por la facción que eventualmente resultaría victoriosa en la guerra civil. Éste quedó plasmado en la Constitución de 1917 que aún rige a México hoy en día. El artículo 3º de la Constitución, por ejemplo, salvaguardaba el derecho a la educación pública y gratuita, mientras que el artículo 27 sentaba las bases para llevar a cabo una reforma agraria de gran envergadura, que había sido la demanda más importante de la Revolución. Finalmente, el artículo 123 establecía un catálogo importante de derechos políticos, sociales y económicos para todos los trabajadores, incluyendo el de la libre asociación, huelga, salario mínimo, jornada máxima de ocho ho-

ras, descanso semanal, seguridad social, entre varios más¹.

El texto original del artículo 123 constitucional era de espíritu ecuménico; su preámbulo señalaba que sus disposiciones deberían regular toda relación laboral, incluyendo la de jornaleros, trabajadores del campo y trabajadores domésticos. De hecho, la referencia a los trabajadores domésticos sorprendió a más de un constituyente; un congresista preguntó si estas disposiciones debían regir también para los “criados”, usando un término coloquial cuyo origen estaba en la práctica centenaria de adoptar a niños pobres en casa particulares para ser “criados” a cambio de su trabajo. Francisco Múgica, el general revolucionario conocido por su cercanía con el movimiento obrero y el encargado de presentar el proyecto del artículo 123 ante el pleno del Constituyente, sostuvo que así era. Múgica explicó que el objetivo de este artículo era el de “igualar todos los trabajos sujetos a un salario” y eliminar distinciones entre ellos, de modo que el artículo debía regir también la relación entre domésticos y sus empleadores (citado en Niemeyer 1974, 65-66)².

La exclusión del trabajo del hogar de las protecciones constitucionales establecidas en

el artículo 123 se llevó a cabo a partir de la década de los treinta en la regulación secundaria, la jurisprudencia de la Suprema Corte y la doctrina recopilada e interpretada por juristas expertos en derecho laboral. La Ley Federal del Trabajo de 1931 denominó al trabajo doméstico como un “contrato especial” que no tenía derecho a provisiones como el contrato escrito, la jornada máxima de ocho horas y el pago de horas extras. Además, este código era ambiguo sobre su derecho al salario mínimo, vacaciones pagadas y descanso semanal³ –asuntos que, eventualmente, se resolvían por medio de disputas que llegaron a la Suprema Corte. Por su lado, la Ley del Seguro Social de 1943 dispuso que, a diferencia del resto de los trabajadores asalariados, la inscripción al régimen de seguridad social no sería obligatoria para aquellos empleados en el hogar⁴.

Así, las exclusiones a estas dos leyes, que regularían las relaciones laborales en toda la federación, revelan cómo ante el desafío de pacificar y reconstruir al país, la coalición gobernante fue dejando atrás su espíritu igualitario y ecuménico frente al trabajo. En efecto, estas leyes se gestaron en un contexto político muy distinto al que dio lugar a la Constitución de 1917, y muestran cómo las prioridades de la coalición gobernante se transformaron durante estos años. Si bien Carranza, amenazado por facciones armadas más radicales, había tratado de legitimar su autoridad dando cabida a un amplio programa social; en 1930 las autoridades nacionales enfrentaban el reto de cómo estabilizar un Estado agravado por diez años de guerra civil y crisis financiera. Además, el movimiento obrero también se había transformado durante este periodo: en 1917, cuando se promulgó la Constitución, la organización laboral era aún débil e incipiente, por lo que las disposiciones del artículo

1 Venustiano Carranza, el líder de la facción victoriosa, había mostrado su antagonismo al radicalismo obrero en diversas ocasiones. Sin embargo, a medida que las demandas sociales de la Revolución se volvieron preponderantes, fue aceptando un programa que les hiciera espacio. Así, aunque su proyecto para el Congreso Constituyente se había centrado más bien en reformas políticas, varios congresistas empujaron por la incorporación de artículos que salvaguardaran el compromiso de la nueva coalición gobernante con la defensa de programas como la reforma agraria y el sindicalismo. Véase, por ejemplo, Victor Niemeyer (1974); Barry Carr (1976); John Lear (2001); Kevin J. Middlebrook (1995); Alan Knight (1984).

2 Sobre el origen del término “criado”, véase Nara Milanich (2011, 108). Sobre la práctica de criar niños pobres a cambio de trabajo en América Latina, véase Blum (2010); Cecilia Allemandi (2014); Milanich (2011a).

3 Ley federal de trabajo de 1931, Capítulo VI, artículo 129.

4 Ley del Seguro Social, artículo 13, fracción II.

123 no representaban una amenaza real al gobierno; sin embargo, en 1930 el movimiento obrero había adquirido una fuerza considerable, volviéndose un actor relevante con músculo político propio⁵.

Vistas desde este contexto, tanto la Ley Federal del Trabajo como la Ley de Seguridad Social muestran cómo la coalición gobernante que emanó de la Revolución concibió a la reforma laboral y social no tanto como instrumentos de igualación social, sino como herramientas clave para lograr un programa de estabilización política, modernización económica y paz industrial (cfr. Brachet de Márquez 1994). Así, por ejemplo, aunque la Ley Federal del Trabajo reiteraba garantías como el salario mínimo y jornada laboral máxima, también introducía cláusulas que limitaron mucho la democracia sindical y su autonomía frente al Estado (Suárez-Potts 1982, 252-253; Hamilton 1982). Por su parte, La Ley del Seguro Social de 1943 fue la solución que el gobierno del presidente Manuel Ávila Camacho (1940-46) encontró para alinear tanto a industriales y sindicatos en su programa de industrialización acelerada e intento de estabilizar políticamente al país. A diferencia de lo que sucedió en otros lugares de América Latina, esta ley retiraba los beneficios de seguridad social, como pensiones y atención médica, del control de los sindicatos y los centralizaba bajo la administración del IMSS, un instituto administrado por el gobierno, pero que tendría una junta de gobierno tripartita en la que participaban representantes del Estado, los empresarios y los obreros (Snodgrass 2014; Farfán 2009; Medina 1978).

Así, para la década de 1940 quedaba cla-

ro que el Estado mexicano abandonaba el compromiso revolucionario de redistribuir la riqueza y, en cambio, afianzaba aquel de garantizar las condiciones que permitieran una rápida industrialización que no pusiera en riesgo la estabilidad política del país, como lo podría ser un movimiento sindical fuerte y autónomo. En este proceso, tanto la cooptación como la intimidación estatal a sindicatos disidentes fueron estrategias recurrentes. Sin embargo, si bien es cierto que las organizaciones obreras perdieron músculo y autonomía durante las décadas siguientes, también lo es que el IMSS otorgó a los trabajadores industriales beneficios económicos y sociales palpables que no tenían precedente (Basurto 1984; Snodgrass 2014). Al mismo tiempo, este esquema dejaba poco espacio e incentivos para incluir en los beneficios a trabajadores del campo y de servicios que, como los trabajadores del hogar, tenían poco músculo político y estaban fuera de las prioridades de desarrollo económico del gobierno (Dion 2010). Así, miles de trabajadores se fueron volviendo invisibles para las instituciones de defensa del trabajo y de seguridad social del país y, sin las protecciones de la ley, quedaron relegados a lo que en décadas siguientes se comenzaría a conocer como el “sector informal”.

III. El discurso legal de la exclusión

Durante la gesta de estas dos leyes, los legisladores apenas reconocieron las exclusiones que estas representaban para los trabajadores del hogar⁶. Así, la tarea de explicar y justificar esta exclusión de las dos leyes secundarias laborales más importantes estuvo a cargo de una

5 Para el contexto de 1917, véase Alan Knight (1986, 470-472). Para el contexto de principios de la década de 1930, véase Suárez-Potts (1982); Kevin J. Middlebrook (1995); Nora Hamilton (1982). Para la década de 1940, véase Jorge Basurto (1984); Medina (1978); Olga Pelleri de Brody y José Luis Reyna (1978).

6 Diario de los Debates de la Legislatura XXXIV, Año I, Período Extraordinario, Número de Diario 16, 23 de julio de 1931. Para una breve discusión sobre estas exclusiones antes de que se aprobara la Ley de Seguridad Social, véase Diario de los Debates de la XXXVIII Legislatura, Año III, Período Ordinario, 23 de diciembre de 1942.

camada de juristas renombrados afiliados a la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), desde donde formarían no solo a abogados, jueces y burócratas, sino también a futuros ministros del más alto tribunal, políticos prominentes e incluso presidentes (Camp 2002, 131; Carpizo et ál. 1982; Carpizo 2002). A fines de la década de los treinta y principios de los cuarenta, juristas como Mario de la Cueva y Jesús Castorena comenzaron a compilar la legislación y jurisprudencia laboral en tratados que pudieran ser de fácil acceso para alumnos, jueces y abogados que dotarían de personal a una burocracia laboral en rápida expansión⁷. Estos tratados lograron unificar la interpretación del derecho laboral entre estudiosos y profesionales en la materia por, al menos, las siguientes cinco décadas, incluyendo la de los ministros del más alto tribunal.

En estos escritos, los juristas argumentaron que el objetivo de los constituyentes de 1917 al redactar el artículo 123 había sido el de “humanizar” el mundo del trabajo y proteger a los trabajadores de la explotación del capital. Oponían, así, la esfera pública del mercado a la esfera privada de la familia; mientras que el mercado representaba el mundo rapaz de las transacciones económicas, los juristas y ministros construyeron jurídicamente al hogar como un espacio naturalmente “humano” que reemplazaba la avaricia con la cooperación, la lucha de clases con la concordia y la animadversión con la intimidad. En efecto, las conquistas más celebradas del artículo 123, como el derecho al salario mínimo, a la pensión por incapacidad, vejez o maternidad y a la jornada laboral máxima, habían sido defendidas por los constituyentes como medidas no solo para rescatar al obrero de la alienación capitalista, sino también para permitirle los medios para

proteger a su familia y evitar la “degeneración de la raza”. Estos juristas recuperaron esta visión en los tratados y manuales de derecho obrero que formarían a varias generaciones de jueces y abogados laboralistas, de modo tal que la noción de que el hogar y el trabajo eran dos esferas opuestas se volvió uno de los pilares del derecho laboral en México (cfr., por ejemplo, Castorena 1942, 285 y 413).

Para estos juristas, la singularidad del trabajo doméstico se basaba en su *espacialización* dentro del hogar; al trabajar en el interior del núcleo familiar, en un ambiente que concebían como naturalmente humano y armonioso, los trabajadores domésticos no tenían la misma necesidad que el resto de los trabajadores de la intervención estatal en su relación laboral ni requerían de todo el catálogo de protecciones legales. En palabras de Jesús Castorena, autor de uno de los manuales más famosos en la materia, al trabajar dentro del ámbito del hogar, los trabajadores entablaban vínculos humanos y de intimidad con sus empleadores: un privilegio que los distinguía de quienes trabajaban en establecimientos industriales y comerciales. A su juicio, esta excepcionalidad justificaba la exclusión del trabajo doméstico de una serie de protecciones de la ley, como el derecho al salario mínimo o a la seguridad social. Respecto del salario mínimo de los domésticos – un aspecto confuso en la Ley Federal del Trabajo –, juristas como de la Cueva y Castorena argumentaban que no era obligatorio para los domésticos. El salario mínimo, exponían, había diseñado como un beneficio para sostener al obrero y su familia, cubriendo sus necesidades básicas y “recreaciones honestas”; pero como el doméstico vivía en el interior del núcleo familiar, no tenían necesidad de este beneficio. De igual forma, según la Ley Federal del Trabajo, el empleador tenía la obligación de atender a su empleado doméstico en caso de enfermarse o pagar su funeral

⁷ Junto con Salvador Trueba Urbina, estos juristas son considerados los pioneros del derecho laboral en México, véase Néstor del Buen (2014, ix).

en caso de muerte; así, estos juristas razonaron que por este motivo era comprensible que se les excluyera del régimen de seguridad social que, por medio del IMSS, otorgaba estos beneficios (De la Cueva 1938, 739).

Para estos expertos en derecho laboral, el espacio doméstico tenía también una *temporalización* particular. El hogar tenía, a su modo de ver, un ritmo propio que era absolutamente distinto del que corría en el mundo exterior, donde el paso del tiempo estaba guiado por demandas de producción que podían someterse al paso de un reloj. En cambio, el tiempo dentro del hogar estaba marcado por los “ritmos y necesidades familiares” que, de acuerdo a estos expertos, no eran “de ninguna manera ininterrumpidas” (De la Cueva 1938, 738). De esta manera, como el tiempo dentro del hogar no podía ser sujeto a medición, avalúo y renta como se hacía en el mercado laboral, resultaba imposible establecer el derecho a la jornada máxima de ocho horas o al pago de horas extras para los trabajadores del hogar. Castorena afirmaba, por ejemplo, que:

[...] por la razón que no siendo el trabajo en una casa particular continuo, sino sufriendo interrupciones constantes y viviendo en casa del patrón el doméstico, circunstancia que da lugar a un trato personal que humaniza la relación, aunando a que permanezca en el interior de una casa las 24 horas del día, disfruta de largos descansos para la atención de sus necesidades particulares, en forma tal que el número de horas que realmente trabaja viene a ser inferior al número de horas previsto por la Ley, como mínimo para la jornada de trabajo.

Entre las décadas de 1940 y 1960, los ministros de la Corte citarían este pasaje de manera casi textual al resolver disputas en torno al salario mínimo entre trabajadoras del hogar y sus empleadores.

IV. El trabajo del hogar ante la Suprema Corte

A pesar de estas restricciones, las trabajadoras del hogar aprovecharon y fueron parte del contexto de movilización laboral de los años veinte y treinta en México. Además de agruparse en sindicatos, comenzaron a utilizar el nuevo sistema de justicia laboral organizado alrededor de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, para reclamar varios de los derechos que les fueron negados o sobre los que la legislación era ambigua (Goldsmith 1992, 83; Olcott 2005, 116). En estas disputas cotidianas entre trabajadores del hogar y sus empleadores, las resoluciones de la Suprema Corte de la Nación resultaron decisivas para confirmar la exclusión del trabajo doméstico de protecciones fundamentales, así como la excepcionalidad de este sector dentro de la legislación laboral mexicana⁸.

Después de la publicación de la Ley Federal del Trabajo, que ubica a los trabajadores domésticos bajo un régimen especial con menos derechos que el contrato general de trabajo, la Suprema Corte, en tanto corte de última instancia, empezó a recibir disputas entre trabajadores del hogar y sus empleadores. Estas disputas llegaban a la Suprema Corte desde tribunales del trabajo por medio del juicio de amparo, un recurso de revisión que cualquier individuo puede pedir contra los actos de alguna autoridad que violaran sus derechos constitucionales. Tanto los trabajadores domésticos como sus empleadores podían buscar este recurso ante el laudo de un tribunal del trabajo que les perjudicara. Desde la formulación de Ignacio Vallarta en el siglo XIX, la resolución de un juicio de ampa-

⁸ Sobre el papel que la Suprema Corte ha jugado en el derecho laboral mexicano, véase Suarez-Potts (2012); sobre la relación entre la Suprema Corte y los tribunales del trabajo, véase T.M. James (2009); Suarez-Potts (2009).

ro tenía únicamente validez individual. Aun así, la opinión de la Suprema Corte sobre el caso –llamadas *tesis*– sentaba un precedente de interpretación importante sobre el asunto, y cinco fallos en el mismo sentido tenían la capacidad de crear jurisprudencia a la que todos los tribunales se tenían que adherir.

Entre 1931 y 1970, momento en que se expide una nueva Ley Federal del Trabajo, los ministros de la Corte mostraron una coherencia notoria al resolver casos en los que los trabajadores del hogar reclamaban algún derecho, como el salario mínimo o el pago de horas extras, que no estaba estipulado bajo su régimen especial⁹. En sus fallos sobre la materia, los ministros de la Suprema Corte tendieron a negar estos derechos para los trabajadores domésticos, argumentando, como los juristas que revisamos en la sección anterior, que el espacio doméstico, al ser inherentemente humano, no necesitaba una regulación ni presencia estatal considerable¹⁰.

La *espacialización* de este tipo de trabajo se volvió tan importante, que para la Corte fue este el criterio fundamental –y no, por ejemplo, el sexo del empleado– para decidir si el o

la empleada en cuestión era o no un trabajador doméstico bajo la ley, con la reducción de derechos y beneficios que esta categoría implicaba. Esta construcción del espacio doméstico, con su espacialización y temporalidad singulares, se volvió tan fundamental dentro de nuestro derecho laboral, que para mediados del siglo XX la jurisprudencia de la Suprema Corte había introducido una diferencia importante entre los trabajadores del hogar (primordialmente mujeres) y otros trabajadores de servicios privados, como porteros, veladores y choferes (primordialmente hombres), que tradicionalmente se habían concebido como “domésticos”. Ni la Ley Federal del Trabajo ni la jurisprudencia de la Corte establecieron una diferencia explícita entre unos y otros trabajadores. Pero mientras sus sentencias sistemáticamente negaron protecciones como el contrato escrito, el salario mínimo, la jornada máxima o el pago de horas extras a los trabajadores del hogar; tendieron a confirmarlas a porteros, veladores, y choferes con el argumento de que, al no vivir dentro del hogar, eran trabajadores con cierta autonomía frente a los “ritmos y necesidades” familiares, y que por lo mismo debían estar sujetos a un contrato, horario determinado y salario mínimo¹¹.

En cambio, al confirmar la exclusión del trabajo doméstico de estas protecciones para todos aquellos que trabajaban dentro del hogar, implícitamente la Corte tendió a homogeneizar –y devaluar– cualquier tipo de trabajo realizado dentro de este espacio. En ocasiones, las empleadas buscaban un amparo ante un laudo desventajoso de algún tribunal del trabajo con el argumento de que no deberían ser consideradas bajo las provisiones del trabajo doméstico, pues al realizar un trabajo de

9 Esta consistencia interpretativa no debe de sugerir que la Corte operara de forma aislada de los acontecimientos políticos del periodo. Al contrario, una serie de reformas a partir de la década de 1920 había vuelto a la Suprema Corte menos independiente frente al ejecutivo y, por esta razón, su composición y fallos solían reflejar las prioridades y alianzas de régimen político mexicano, gobernado por un partido único hasta el año 2000. Véase Andrea Pozas y Julio Ríos-Figueroa (2016, 23); véase también Pilar Domingo (2000).

10 Véase por ejemplo Semanario Judicial de la Federación (en adelante SJF), Quinta Época, LIV: 2621 (1937); SJF, Quinta Época, LXIII: 3712 (1940); SJF, Quinta Época, LXXII: 5702 (1942); SJF, Quinta Época, C:363 (1949); SJF, Quinta Época, CXVI: 451 (1953); SJF, Quinta Época, LIV: 2621 (1937); SJF, Quinta Época, LXIII: 3712 (1940); SJF, Quinta Época, LXXII: 5702 (1942); SJF, Quinta Época, C:363 (1949); SJF, Quinta Época, CXVI: 451 (1953). Véase también Amparo directo, 2391/42 (Julio 30, 1942).

11 Véase 13295/32 (Mayo 26, 1933), Archivo Histórico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante AHSCJN); 13295/3 (Mayo 26, 1933), AHSCJN; 1679/33 (Noviembre 21, 1933), AHSCJN; 2934/33 (Noviembre 22, 1933), AHSCJN; 2322/34 (Octubre 9, 1934), AHSCJN; 6351/34 (Noviembre 19, 1935), AHSCJN.

cierta especialización –por ejemplo, al ser niñeras, cocineras, costureras o amas de llaves– su trabajo no era el de una “simple doméstica”. Pero, para los ministros de la Corte, continuó siendo la espacialización particular –con todas las características que le atribuían–, y no la actividad ni el tipo de trabajo, el rasgo definitorio del trabajo doméstico. Sus sentencias agruparon bajo la categoría de “simple doméstica” a una variedad de profesiones que existían dentro del hogar, como si este espacio esfumara los atributos que distinguían a estos trabajadores en el mercado laboral. Así, una consecuencia importante de estas decisiones fue la redefinición del trabajo doméstico como uno primordialmente femenino, de baja calificación, especialización y paga.¹²

V. Reflexiones finales a la luz de la sentencia de 2018

Son precisamente estas características que la sentencia de diciembre de 2018 reconoce y busca revertir. El juicio laboral que la originó empezó como muchas otras disputas entre empleados del hogar y sus patrones desde la década de los treinta. Al ser despedida después de trabajar durante 57 años como doméstica para una familia, el 28 de abril de 2016 la quejosa acudió a la Junta Local de Conciliación y Arbitraje para reclamar una amplia gama de beneficios constitucionales, incluyendo la indemnización, el pago de aguinaldo, de salarios caídos, de horas extras y la inscripción retroactiva ante IMSS. Pero, en esta ocasión, el proyecto del ministro Alberto Pérez Dayán rompió con casi 90 años de interpretación jurídica en la materia al amparar a la quejosa y sostener que el trato diferenciado que la Ley de Seguridad Social hace al excluir al trabajo doméstico de su régimen

obligatorio no es compatible con el artículo 1º constitucional, que garantiza igualdad ante la ley. Al mismo tiempo, sin embargo, la sentencia no condena a la patrona ni al IMSS al pago retroactivo de las cuotas, pues al actuar conforme a lo establecido en la Ley de Seguridad Social, ambas partes actuaban bajo “plena presunción de constitucionalidad”. La Corte, en cambio, utiliza la sentencia para poner al conocimiento del IMSS un trato que considera discriminatorio en términos de género. Así, la sentencia obliga al instituto a incorporar a su régimen a este grupo, e incluso guiar las directrices de manera que se emita una política pública que tome en cuenta las particularidades del trabajo doméstico.

Esta lógica argumentativa rompe con una fórmula jurídica que imperó desde la década de los treinta, y corona años de un activismo que desde varios frentes trató de cambiar la concepción generalizada de que el trabajo del hogar no merece todas las protecciones de la ley. Sin embargo, este cambio cultural más amplio de algún modo ha tendido a reforzar, más que a cuestionar, la excepcionalidad del trabajo doméstico frente a otros trabajos. Esto resulta evidente a la luz de la película *Roma* y las discusiones que ha suscitado. Si bien *Roma* ha logrado poner bajo escrutinio las injusticias que tradicionalmente viven las trabajadoras del hogar México, al mismo tiempo, refuerza la noción de intimidad y familiaridad entre estas trabajadoras y sus empleadores. Felizmente, a diferencia del pasado, estas referencias a la intimidad no sirven para justificar la ausencia de derechos, sino más bien para presentarla como particularmente inmoral y lastimosa. El mismo proyecto del ministro Pérez Dayán presenta la incorporación de este sector a la seguridad social con el argumento de que está compuesto por un grupo de la población tradicionalmente discriminado y desprotegido.

La demanda de derechos laborales al trabajo del hogar es, sin duda, deseable y encomia-

12 Véase, por ejemplo, Amparo en revisión en materia de trabajo, 6498/51 (Junio 5, 1952), AHSCJN. SJF Quinta Época, CXII: 1261, (Junio 5, 1952).

ble. Pero la insistencia en la intimidad y en la excepcionalidad de este tipo de trabajo como base para la extensión de derechos corre el riesgo de esconder el hecho de que la informalidad en la que operaban las trabajadoras del hogar es más la regla que la excepción en nuestro país, sobre todo conforme se intensifica la “überización” de la economía. Así, quizás esta sentencia nos deje con una suerte de paradoja histórica: en un momento en el que se extendieron y formalizaron los derechos laborales después de la Revolución, los de los trabajadores del hogar explícitamente se limitaron frente a los de los demás, en gran parte gracias a las sentencias de la Suprema Corte. En cambio, ahora la Suprema Corte juega un papel opuesto: a medida que más y más trabajadores pasan a la informalidad, esta sentencia coloca a los y las trabajadoras del hogar aparte, para salvaguardar y extender sus derechos laborales. Así, puede ser que la Corte finalmente formalice un trabajo que la Revolución informalizó. Está por verse si la nueva interpretación jurídica del trabajo doméstico abrirá la puerta al reconocimiento de los derechos laborales de las mayorías que aún viven en la informalidad.

Bibliografía y referencias

Allemandi, Cecilia. 2014. “Una aproximación al servicio doméstico a partir de las ‘colocaciones’. Ciudad de Buenos Aires (fines del XIX y principios del XX)”, Instituto de Desarrollo Económico y Social, Serie Documentos para Discusión, Buenos Aires, núm. 23.

Basurto, Jorge. 1984. *La clase obrera en la historia de México. Del Avilacamachismo al Alemánismo (1940-1952)*. México: Siglo Veintiuno Editores.

Blum, Ann. 2010. *Domestic Economies: Family, Work, and Welfare in Mexico City, 1884-1943*. Lincoln: University of Nebraska Press.

Brachet de Márquez, Viviane. 1994. *The Dynamics of Domination: State, Class, and Social Reform in Mexico, 1910-1990*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Buen Lozano, Néstor de. 2014. “Prólogo”. En: Kurczyn Villalobos y Rafael Tena Suck (eds.), *Temas selectos de derecho laboral*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Camp, Roderic Ai. 2002. *Mexico's Mandarins: Crafting a Power Elite for the Twentieth-First century*. Berkeley y Los Ángeles: University of California Press.

Carpizo, Jorge et ál. 1982. *Testimonios sobre Mario de la Cueva*. México: Porrúa.

Carpizo, Jorge “Palabras del doctor en el Homenaje por el centenario del natalicio del doctor Mario de la Cueva,” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 35 (104).

Carr, Barry. 1976. *El movimiento obrero y la política en México, 1910-1929*. México: Secretaría de Educación Pública.

Castorena, Jesús. 1942. *Tratado de derecho obrero*. México, D. F.: Editorial Jaris.

De la Cueva. 1938. *Derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa.

Dion, Michelle L. 2010. *Workers and Welfare: Comparative Institutional Change in Twentieth-Century Mexico*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Domingo, Pilar. 2000. “Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico”. *Journal of Latin American Studies* 32 (3): 705-735.

Farfán, Guillermo. 2009. *Los orígenes del*

Seguro Social en México: un enfoque neoinsitucionalista histórico. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Goldsmith, Mary. 1992. "Sindicato de trabajadoras domésticas en México: (1920-1950)," *Política y Cultura*, 1.

Hamilton, Nora. 1982. *The Limits of State Autonomy: Post-Revolutionary Mexico*. Nueva Jersey: Princeton University Press.

James, T.M. 2009. "Liberal Jurisprudence, Labor Tribunals, and Mexico's Supreme Court, 1917-1924". *Law and History Review*, 27.

Knight, Alan. 1984. "The Working Class and the Mexican Revolution, C. 1900-1920". *Journal of Latin American Studies* 16 (1): 51-79.

_____. 1986. *The Mexican Revolution*. Lincoln: University of Nebraska Press.

Lear, John. 2001. *Workers, Neighbors, and Citizens: The Revolution in Mexico City*. Lincoln: University of Nebraska Press.

Medina, Luis. 1978. *Del Cardenismo al Avi-lacamachismo*. México: El Colegio de México.

Middlebrook, Kevin J. 1995. *The Paradox of Revolution: Labor, the State, and Authoritarianism in Mexico*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Milanich, Nara. 2011a. "Degrees of Bondage: Children's Tutelary Servitude in Modern Latin America". En: Gwyn Campbell, Suzanne Miers y Joseph C. Miller (eds.) *Child Slaves in the Modern World*. Athens: Ohio University Press.

_____. 2011b. "Women, Children, and the Social Organization of Domestic La-

bor in Chile". *Hispanic American Historical Review*, 91: 29-62.

Niemeyer, Victor. 1974. *Revolution at Querétaro: The Mexican Constitutional Convention of 1916-1917*. Austin: The University of Texas Press.

Olcott, Jocelyn. 2005. *Revolutionary Women in Postrevolutionary Mexico*. Durham and London: Duke University Press.

Pellicer de Brody, Olga y José Luis Reyna. 1978. *El afianzamiento de la estabilidad política*. México: Colegio de México.

Pozas, Andrea y Julio Ríos-Figueroa. 2016. "The Transformation of the Role of the Mexican Supreme Court". En: Andrea Castagnola y Saúl López Noriega (eds.) *Judicial Politics in Mexico: The Supreme Court and the Transition to Democracy*. Nueva York y Londres: Routledge.

Snodgrass, Michael. 2014. "The Golden Age of Charrismo: Workers, Braceros, and the Political Machinery of Postrevolutionary Mexico". En: *Dictablanda: Politics, Work, and Culture in Mexico, 1938-1968*. Durham: Duke University Press, 175-95.

Suarez-Potts, William J. 2012. *The Making of Law: The Supreme Court and Labor Legislation in Mexico, 1875-1931*. Stanford: Stanford University Press.

Suarez-Potts, William J. 2009. "The Mexican Supreme Court and the Juntas de Conciliación y Arbitraje, 1917-1924: The Judicialisation of Labour Relations after the Revolution". *Journal of Latin American Studies* 41 (4): 723-756.

Documentos nacionales (México)

Amparo directo, 2391/42 (Julio 30, 1942).

Archivo Histórico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (AHSCJN)

AHSCJN 13295/32 (Mayo 26, 1933)

AHSCJN 13295/33 (Mayo 26, 1933)

AHSCJN 1679/33 (Noviembre 21, 1933)

AHSCJN 2934/33 (Noviembre 22, 1933)

AHSCJN 2322/34 (Octubre 9, 1934)

AHSCJN 6351/34 (Noviembre 19, 1935)

AHSCJN Amparo en revisión en materia de trabajo, 6498/51 (Junio 5, 1952).

Diario de los Debates de la Legislatura XXXIV, Año I, Período Extraordinario, Número de Diario 16, Julio 23, 1931.

Diario de los Debates de la XXXVIII Legislatura, Año III, Período Ordinario, Diciembre 23, 1942.

Semanario Judicial de la Federación (SJF), Quinta Época, LIV: 2621 (1937);

SJF, Quinta Época, LXIII: 3712 (1940);

SJF, Quinta Época, LXXII: 5702 (1942);

SJF, Quinta Época, C:363 (1949);

SJF, Quinta Época, CXVI: 451 (1953);

SJF, Quinta Época, LIV: 2621 (1937);

SJF, Quinta Época, LXIII: 3712 (1940);

SJF, Quinta Época, LXXII: 5702 (1942);

SJF, Quinta Época, C:363 (1949);

SJF, Quinta Época, CXVI: 451 (1953).

SJF, Quinta Época, CXII: 1261, (Junio 5, 1952)

Normas nacionales (México)

Ley federal de trabajo de 1931.

Ley del Seguro Social de 1943.

Los DESC en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso “Poblete Vilches” y su potencialidad*

Liliana Ronconi

Abogada y Profesora en Ciencias Jurídicas (UBA), Doctora en Derecho (UBA), Becaria de Post-Doctorado CONICET. Investigadora Adscripta al Instituto de Investigaciones Jurídicas “A. L. Gioja”, Facultad de Derecho, UBA. Profesora Adjunta Interina, Facultad de Derecho, UBA. Autora del libro Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

Agradezco a María Barraco la lectura crítica y sugerencias respecto de este trabajo.

I. Introducción

El 8 de marzo del 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) resolvió el caso *Poblete Vilches y otros v. Chile*. El caso es paradigmático en el sentido de que se convirtió en el primer pronunciamiento de la Corte IDH, al cumplirse 40 años de su creación, respecto de la violación directa del art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) en relación con la prestación de medidas de carácter básico (*contenido mínimo*) y con la identificación de las personas mayores como un grupo que debe ser especialmente protegido. En este trabajo, me propongo reconstruir la línea argumentativa de la Corte IDH, desde que los DESC golpearon sus puertas hasta que se logró un reconocimiento directo de la violación de estos derechos y se definen ciertas obligaciones de los Estados parte.

El trabajo se dividirá en las siguientes secciones: II) en primer lugar, me referiré a los hechos del caso. III) Luego, analizaré el camino recorrido por la Corte IDH en lo que respecta al reconocimiento y exigibilidad de los DESC en el contexto latinoamericano para, así, IV) mostrar el gran avance que esta sen-

* Una versión previa de este artículo fue publicada como Ronconi, L. 2019. “Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron ¿para quedarse?” En Clérigo, Laura y Morales, Mariela (eds.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del Caso Poblete Vilches de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 315- 334. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

tencia representa en lo que respecta al reconocimiento del derecho a la salud en el contexto latinoamericano, en tanto exista violación del contenido mínimo del derecho y se trate de la vulneración de un grupo especialmente vulnerado (adultos mayores). V) Por último, concluiré que los DESC llegaron para quedarse en la jurisprudencia de la Corte IDH, pues se han mantenido, e incluso ampliado, los estándares elaborados en “Poblete Vilches”.

II. Hechos

Es importante entender de manera acabada los hechos del presente caso para vislumbrar claramente las violaciones producidas por el Estado chileno. En este sentido, y como se verá a continuación, las particularidades del caso demuestran que el Estado no garantizó el contenido mínimo del derecho a la salud y no tuvo en cuenta el especial grado de vulnerabilidad en el que se encontraba Poblete Vilches al ser un adulto mayor.

El señor Vinicio Antonio Poblete Vilches falleció el 7 de febrero de 2001, a la edad de 76 años, como consecuencia de varias ineficiencias en la atención en un hospital público de Chile. Al momento de los hechos, vivía junto con su esposa y sus tres hijos. Días antes de su fallecimiento, había ingresado al Hospital Sótero del Río a causa de una insuficiencia respiratoria grave. Estuvo durante cuatro días hospitalizado en la UCI Médica, y luego ingresó a la Unidad de Cuidados Intensivos Quirúrgicos donde estuvo amarrado con cables de sonda y bajo efectos de sedantes. A sus familiares no se les permitía visitarlo, sin embargo, se les informó que el señor Poblete Vilches se encontraba en buen estado de salud. Asimismo, se les avisó que lo llevarían al “pabellón” para hacerle una pequeña punción para ver si tenía líquido en el corazón, pero que no sería operado. Frente a este aviso, los familiares advirtieron que su padre padecía diabetes y que

no podía ser intervenido quirúrgicamente. Sin embargo, el señor Poblete Vilches entró “a pabellón”, y al salir los familiares pudieron observar que tenía en la cintura tres grandes heridas de las que salía un tubo de drenaje. Además, declararon que nunca se les solicitó autorización para someterlo a dicha cirugía¹, ya que él se encontraba inconsciente.

Días después, el señor Poblete Vilches fue dado de alta pese al mal estado de salud en el que se encontraba. Llegó a su casa con una fiebre muy elevada, emanando pus de sus heridas, de las que solo una estaba suturada. Dado que su situación no mejoraba, 3 días después sus familiares llamaron a una doctora privada, quien, luego de examinarlo, ordenó trasladarlo de inmediato al hospital, debido a que presentaba un cuadro febril complicado y diagnosticó “shock séptico, bronconeumonía bilateral, diabetes mellitus 2 y pericarditis”. Ese día, el señor Poblete Vilches fue nuevamente ingresado al Hospital Sótero del Río en el Servicio de Urgencias, y se les informó a los familiares que tenía una “simple bronconeumonía” que requería que ingresara a la unidad de cuidados intensivos y el apoyo de ventilador mecánico. Este ingreso no fue garantizado, con la excusa de que no había camas disponibles. Tampoco fue entregado el ventilador mecánico, y la familia carecía de recursos para poder conseguir uno por su cuenta. Dos días después se produce el deceso.

1 Los demandantes alegan que esta intervención se llevó a cabo sin su consentimiento. Este punto fue tratado por la Corte IDH en el considerando 161 y ss., y sostuvo que: a) el consentimiento informado es una garantía esencial del derecho a la salud como asimismo de la autonomía y de la dignidad de la persona; b) debe brindarse a la persona o sus familiares, garantizando la efectiva comprensión de las acciones a seguir. Dado que, en el caso, no se garantizó el acceso de los familiares del señor Poblete Vilches a un consentimiento libre e informado sobre los tratamientos a seguir, la Corte IDH consideró que el Estado chileno violó los arts. 26, 13, 11 y 7 de la CADH.

Frente a esta situación, los familiares iniciaron denuncias criminales, civiles y administrativas para identificar la existencia de negligencia médica, y, en su caso, a los/as responsables de la muerte del señor Poblete Vilches. Más allá de la grave situación de negligencia médica y de los esfuerzos de los familiares, estas denuncias fueron archivadas en las diferentes instancias.

Como se desarrollará en la Sección IV, esta base fáctica sirvió para que la Corte IDH determine por primera vez la justiciabilidad del derecho a la salud, en virtud del artículo 26 de la CADH. Así, estos hechos sirvieron para establecer que el Estado de Chile violó la obligación de brindar un contenido mínimo del derecho a la salud, de manera no discriminatoria, y teniendo en cuenta la obligación reforzada por tratarse de una persona mayor, porque tanto en el primer ingreso como en el segundo, el Estado chileno no cumplió con la calidad, disponibilidad, accesibilidad y aceptabilidad mínimos que requería el derecho a la salud del señor Poblete Vilches.

III. El camino recorrido por la Corte IDH en el reconocimiento de los DESC

En el sistema interamericano, la Corte IDH se ha caracterizado, en general, por no utilizar la perspectiva DESC, sino que en su enfoque siempre prevaleció una lectura de los casos en clave de violación de derechos civiles y políticos². Así, en la jurisprudencia de la Corte IDH se encuentra desarrollado, y fuertemente arraigado, el reconocimiento de los DESC solo de manera indirecta. Su pro-

tección se logra solamente por medio de un derecho civil (derecho a la vida “digna”, a la integridad personal, entre otros). Sin embargo, no existe, sino hasta hace muy poco, un reconocimiento directo de la violación de un derecho social y, en especial, en lo que se refiere a su contenido mínimo³.

Posteriormente, comienza a vislumbrarse un enfoque distinto en el reconocimiento de los DESC en la jurisprudencia de la Corte IDH. El caso *Gonzales Lluy y otros v. Ecuador*⁴ fue paradigmático en este sentido. En este caso, se reclamaba por la violación de diversos derechos de Talía Gabriela Gonzales Lluy y su familia. Cuando Talía tenía tres (3) años de edad, fue contagiada con el virus de VIH al recibir una transfusión de un banco de sangre de la Cruz Roja, en una clínica privada de salud. Se determinó que la sangre transfundida a Talía estaba contagiada con el virus y no había sido (suficientemente) analizada en el banco de sangre ni en la clínica. Más allá de las idas y venidas judiciales, la vida de Talía y su familia sufrió un fuerte impacto desde el contagio de VIH a la niña. Este impacto se tradujo varios aspectos: a) afectación en la salud de Talía y en la de su familia; b) discriminación por la situación de pobreza de la familia; y c) afectación del derecho a la educación de Talía.

El caso fue celebrado desde diversos ámbitos de los derechos humanos (activistas, académicos), ya que fue la primera vez que la Corte IDH reconoció la violación de un derecho garantizado en el Protocolo de San Salvador (en adelante, PSS; art. 13, educación). Sin embargo, las críticas pueden dirigirse en dos sentidos:

a) Si bien en el caso existe un reconocimiento de la violación al derecho a la edu-

² En este sentido, puede leerse, entre otros, el caso de la Corte IDH “Niños de la Calle”, *Villagrán Morales y otros v. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C. N° 63, párr. 191-196, donde se refirió al “derecho a la vida digna” que tenían los menores, estableciendo implícitamente obligaciones para los Estados en materia de DESC.

³ Al respecto, ver Ronconi (2016, 129).

⁴ Corte IDH. *Gonzales Lluy v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C. N° 298.

cación (art. 13 PSS), este se otorga debido a su fuerte vinculación con el principio de igualdad y la razonabilidad (proporcionalidad) conculado por la distinción efectuada por las autoridades educativas (separaron a la niña de la escuela). Abordar el caso solo por trato discriminatorio parece mostrar que se trata de un caso aislado de violación de DESC, cuando, en el contexto latinoamericano, la falta de acceso o goce de los derechos sociales para las poblaciones más vulnerables (como, por ejemplo, las personas portadoras de VIH) indica que es necesario reforzar el reconocimiento amplio de estos derechos y las obligaciones del Estado en la materia. Como la propia Corte reconoce, en el caso no solo existió discriminación por ser una persona con VIH, sino, principalmente, por la falta de acceso a los derechos sociales básicos de Talía (salud, educación, vivienda) y de su familia (salud, vivienda, derechos laborales, entre otros). Incluso con este reconocimiento de la Corte, aquí es necesario subrayar que no se trata de un caso individual de violación, sino de la situación en la que se encuentran los DESC en la región.

b) Si bien la Corte IDH reconoció la violación del derecho a la vida y a la integridad personal de Talía y su familia, es poco lo que dice respecto de la violación del derecho a la salud, porque solo reconoce la violación del derecho a la salud por su conexión con otros derechos. Como se detalló, la protección del derecho a la salud se logró por medio de un derecho civil. En este sentido, nuevamente, la Corte recordó la estrecha interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales, reconociendo que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que, además, deben adoptar medidas positivas en función de las necesidades particulares del sujeto de derecho. Lo que estaba en juego era principalmente el derecho a la salud

de Talía y de su familia. Específicamente, la obligación que le corresponde al Estado (en virtud del art. 26 CADH) es garantizar condiciones mínimas del derecho y de adoptar providencias para lograr la plena efectividad de la vigencia de tales derechos. El Estado no garantizó las condiciones mínimas para realizar transfusiones de sangre seguras y esto, como lo determinó la Corte, es contrario a la obligación de progresividad. El reconocimiento de la violación directa al derecho a la salud (no vía un derecho clásico) requiere necesariamente la determinación de las obligaciones concretas del Estado en la materia. Si bien esta era una oportunidad propicia para que la Corte IDH determinara las obligaciones específicas del derecho a la salud en virtud del art. 26 CADH, y la correspondiente violación a dicho artículo, el Tribunal no la aprovechó en este caso.

De todas maneras, es necesario destacar que el voto particular del juez Ferrer MacGregor parece ir más allá. Si bien aclara que está de acuerdo con el voto de la mayoría, emite su voto porque considera necesario:

[...] enfatizar y profundizar algunos elementos del caso, que consider[a] fundamentales para el desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: (...) II) la posibilidad de haber abordado el “derecho a la salud” de manera directa y eventualmente haber declarado la violación del artículo 26 de la Convención Americana (...); y III) la necesidad de seguir avanzando hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano [...] (cons. 4)⁵.

5 Esta postura ya había sido sostenida por el juez MacGregor en su voto concurrente en el caso Corte IDH, *Suárez Peralta v. Ecuador*, y será reiterada en el voto concurrente en el caso Corte IDH, *Chinchilla Sandoval*

Respecto de la posibilidad de haber abordado el “derecho a la salud” de manera directa, sostiene que la Corte IDH tiene plena competencia para atender en el caso y declarar la violación de ese derecho en virtud del art. 26 de la CADH⁶. Afirma que, pese a los avances

v. *Guatemala*. En el primero de los casos, se trataba la violación de diversos derechos de la Sra. Suarez Peralta a raíz de una intervención quirúrgica realizada por una persona que no tenía habilitación como profesional de la salud, lo que derivó en una mala praxis médica, que generó una afectación grave a la salud de una mujer de 22 años y madre de tres hijos, provocando distintas intervenciones quirúrgicas y padecimientos que fueron en detrimento de su dignidad humana. Si bien la Corte resuelve el caso a favor de la actora, el juez Mac-Gregor argumenta sobre la posibilidad de haber abordado el caso desde el derecho a la salud de manera directa y autónoma (artículo 26). Sostuvo, en el párrafo 11 de su voto que “sin negar los avances alcanzados en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía indirecta y en conexión con otros derechos civiles y políticos —que ha sido la reconocida práctica de este Tribunal Interamericano—; en mi opinión, este proceder no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de todos los derechos conforme a los evidentes avances que se advierten en los ámbitos nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos”. Opinión que reiteraría en el párr. 71 del caso *Chinchilla Sandoval v. Guatemala*. En un sentido similar, había manifestado su voto concurrente la jueza Margarete May Macaulay en el caso “Furlan” (Corte IDH. *Furlan y familiares v. Argentina*), analizando “el tema de la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social, con el fin de contribuir a las discusiones futuras que tendrá la Corte en relación con este tema” (párr. 1). En el mismo sentido, puede leerse el voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el caso “Canales Huapaya” (Corte IDH, Caso *Canales Huapaya y otros v. Perú*. Voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot).

6 Al respecto, afirma que “es claro que la Corte IDH no puede declarar la violación del derecho a la salud en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo 19.6 del mismo. Sin

producidos en la protección de los DESC, la protección por vía indirecta “no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia” (cons. 15).

El punto es, precisamente, que la determinación de una violación directa de un derecho social (como, por ejemplo, el derecho a la salud) se constituye en una herramienta orientadora de las obligaciones de los Estados en materia de DESC. En este sentido:

[...] hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del *corpus juris* sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el alcance del derecho a la vida o a la integridad personal [...]. Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta técnica argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud (párr. 15).

La justiciabilidad directa “implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública” (párr. 102). De alguna manera, este voto refleja las críticas que recibiría la sentencia res-

embargo, es posible entender entonces al Protocolo de San Salvador como uno de los referentes interpretativos sobre el alcance del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana. El Protocolo Adicional, a la luz del *corpus juris* de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía respecto a este derecho. Es decir, el Protocolo de San Salvador *orienta* sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José” (cons. 15).

pecto de la necesidad de haber declarado una violación directa al art. 26 CADH. Asimismo, constituye un antecedente importante para determinar las obligaciones de los Estados parte de la CADH en materia de DESC.

Por último, en el caso *Lagos del Campo v. Perú*⁷, la Corte IDH reconoce nuevamente la violación directa del art. 26 de la CADH⁸, recordando su competencia para atender y resolver en controversias relativas a este artículo. El Sr. Lagos del Campo fue despedido como consecuencia de manifestaciones realizadas siendo presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de una empresa. En las instancias internas, este despido se entendió como justificado. La Corte IDH, por su parte, reconoce que la estabilidad laboral queda amparada por el art. 26 de la CADH (desarrollo progresivo)⁹. Dio por probado que se trató de un despido discriminatorio originado en las manifestaciones del Sr. Lagos del Campo y sostuvo que ante un despido discriminatorio el Estado “no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros” (párr. 151), deteriorando la estabilidad laboral y demás beneficios de la seguridad social. Esta se convierte, entonces, en una sentencia en donde la mayoría reconoce la violación directa al art. 26 de la CADH en lo relativo a derechos laborales. Ello se vincula a la línea iniciada por la Corte IDH en los casos *Cinco Pensionistas v. Perú y Acevedo Buendía y otros*

7 Corte IDH. *Lagos del campo v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 31 de agosto de 2017. Serie C. N° 340.

8 Los jueces Vio Grossi y Sierra Porto votaron en contra en este punto.

9 Es necesario tener presente que la Corte IDH se manifiesta sobre el punto (estabilidad laboral) aun cuando no había sido solicitado por la CIDH, sin embargo, de las manifestaciones del Sr. Lagos del Campo y de los reclamos en las instancias internas surgió la posible violación a este derecho.

v. Perú que, si bien permite delinear posibles avances en el reconocimiento de los DESC, no se refiere en forma exclusiva a los derechos sociales no clásicos.

IV. Los argumentos en la sentencia “Poblete Vilches” (y su importancia)¹⁰

En el caso que analizamos aquí, la Corte IDH aborda la violación de los siguientes derechos: el derecho a la salud (art. 26 CADH), los derechos a la vida e integridad personal (art. 4 y 5 CADH), el derecho al consentimiento informado en materia de salud (arts. 26, 13, 11 y 7 CADH), los derechos a las garantías judiciales y protección judicial (art. 8 y 25 CADH) y el derecho a la integridad personal respecto de los familiares (art. 5 CADH), todos ellos en relación con el art. 1.1 de la CADH. En lo que sigue, enfocaré mi análisis en la violación del derecho a la salud.

La Corte entendió que el Estado chileno violó el art. 26 CADH, sobre la base de los siguientes argumentos:

- *El derecho a la salud se encuentra protegido por el artículo 26 de la CADH*

10 Es necesario destacar que la sentencia dictada por la Corte en el caso “Poblete Vilches” fue tenida en cuenta por los Estados de Chile, Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay para emitir la “Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, presentada ante la CIDH el 11 de abril de 2019. En efecto, mediante dicha Declaración, los países manifestaron que el SIDH debe tener en cuenta: el principio de subsidiariedad; el legítimo estado de autonomía de los Estados; el derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la igualdad procesal; el margen de apreciación de los Estados; y “las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados”, lo que debe influir en que las reparaciones sean proporcionales y respetuosas de los ordenamientos jurídicos. Más allá de las críticas que podrían hacerse a dicha declaración, lo cierto es que demuestra que la sentencia dictada en el caso Poblete Vilches no fue ignorada por los Estados, e incluso les genera preocupación por el impacto que podría tener respecto de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en especial, de DESC.

La Corte IDH entendió que el derecho a la salud está protegido por el art. 26 de la CADH, ya que es un derecho que se deriva de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Agrega, además, que desde la Opinión Consultiva OC-10/89 se sostuvo que los Estados Miembros han considerado que la Declaración Americana de Derechos Humanos contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que se refiere la Carta, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos sin integrar sus normas pertinentes con las correspondientes disposiciones de la Declaración (cons. 107). En especial, en este caso resulta esencial el art. 29 de la Declaración, donde se reconoce el derecho a la salud.

A raíz de esto, el tribunal entiende que tiene competencia para analizar casos donde se denuncia la violación de este derecho (salud).

También agrega que el derecho a la salud se encontraba protegido en el art. 19, inc. 9, de la Constitución chilena y que existe un amplio consenso regional en la consolidación del derecho a la salud, reconocido explícitamente en diversas constituciones y leyes internas de los Estados de la región (cons. 113)¹¹.

- *El art. 26: diferentes tipos de obligaciones*

La Corte IDH entiende que del art. 26 se desprenden dos tipos de obligaciones: por un lado, la adopción de medidas generales de manera *progresiva*, y, por otro lado, la adop-

ción de medidas de carácter *inmediato* (cons. 104). La realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESC. Ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, pero tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, más aún luego de casi cuarenta años de la entrada en vigencia del tratado interamericano (cons. 104). Asimismo, se impone, la obligación de *no regresividad* frente a la realización de los derechos alcanzados.

Respecto de las obligaciones de carácter *inmediato*, estas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho.

En este sentido, en otro trabajo se propuso la interpretación del derecho a la salud como regla y como principio (Ronconi 2011). Existen ciertos tratamientos o atención a la salud que nadie dudaría de que resultan urgentes y necesarios, y que no pueden ser negados a ninguna persona. Se trata de aquellos casos donde lo que está en juego es la vida de la persona. Estos casos se caracterizan por “la obligación estatal de hacer positiva es imposible, en caso contrario lo que se viola no es sólo el derecho a la salud sino también el derecho a la ‘subsistencia de la persona’” (Clérigo 2008, 479).

En estos casos podríamos decir, entonces, que *el derecho a la salud actúa como regla*. Una regla “es una restricción de un derecho fundamental cuando, con su vigencia [...], aparece una no-libertad definitiva o un no-derecho definitivo de igual contenido” (Alexy 1993, 274). Las reglas presentan un carácter definitivo, pueden ser cumplidas o no; es decir, si se

11 Si bien la Corte IDH no se explaya mucho más sobre estas cuestiones, parece interesante esta referencia al diálogo interjurisdiccional en futuras decisiones. En este sentido, al referirse a la situación de las personas mayores y el reconocimiento de sus derechos, considera que “las decisiones de altas cortes de algunos Estados de la región han desarrollado la tutela de los derechos de las personas mayores en materia interna, destacando la necesidad de brindar una protección especial para el adulto mayor” (cons. 129). Sobre el diálogo interjurisdiccional, ver Nash Rojas (2012).

da el supuesto de hecho de la norma se sigue la solución: por ejemplo, si circulo en automóvil y veo un semáforo con luz roja, entonces tengo la obligación de detenerme; esta obligación es definitiva. En estos casos, se aplica el modelo de la subsunción y no corresponde una ponderación de derechos: "las normas sobre contenidos mínimos de los derechos sociales se aplican como reglas (modelo de la subsunción). El contenido mínimo del derecho no puede ser ponderado o graduado frente a otros principios" (Clérigo 2008, 479).

Es por esto que se adopta una teoría del contenido esencial de los derechos. Esto implica que existen ciertas obligaciones básicas que son inderogables. Estas obligaciones están dentro del contenido esencial del derecho a la salud que es *indisponible*¹². En este caso,

la Corte IDH entendió que no se trataba de valorar las acciones u omisiones del Estado en lo que respecta al desarrollo progresivo, sino "la prestación de medidas de carácter básico e inmediato a fin de tutelar la salud del señor Poblete Vilches" (cons. 134).

- *Obligaciones de contenido mínimo en situaciones de urgencia*

La obligación general de garantizar contenidos mínimos de derechos, en particular del derecho a la salud, se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población. Correspondiente a los Estados garantizar la *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*¹³ respecto del derecho a la salud, como asimismo el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas.

Así, la Corte IDH consideró que las medidas que debían adoptarse en el caso del señor Poblete Vilches eran básicas dadas su condición de salud. En este sentido, el alta temprana no fue acorde con el estado de salud de la persona, y esta tuvo un impacto considerable en el deterioro de la salud del paciente (*calidad*). Tampoco se les brindó a los familiares indicación alguna sobre cómo cuidar al paciente en su domicilio, ni cuáles podrían ser las señales de alarma (*aceptabilidad*). Posteriormente, se le negó el acceso a la unidad de cuidados intensivos, que resultaba vital dada su condición de salud, como también el acceso a un respirador artificial (*accesibilidad*), asimismo, no se buscó el traslado de la persona a otro lugar donde pudiera recibir estos cuidados básicos (*disponibilidad*). Esto implicó que la muerte del señor Poblete Vilches se produjera como consecuencia de la negación

12 Ahora bien, hablar de un contenido mínimo digno de los derechos no significa negarles mayores alcances. En este sentido, existen otros casos donde la necesidad del tratamiento es más dudosa pues, en principio, no estaría en juego la salud en el sentido que trabajamos antes, es decir, en estos casos la afección no pondría en riesgo la vida (existencia) de la persona. Son casos que están por fuera de lo que hemos caracterizado como contenido esencial, pero en los que, sin embargo, pueden resultar afectados el derecho a la salud. "Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas" (Alexy 2010, 20). Por lo tanto, no contienen mandatos *definitivos* (como las reglas), sino solo *prima facie*. Alexy sostiene que "los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas" (2010, 99). Y entiende, así, que los principios son mandatos de optimización. Entonces, los casos de conflictos de esta "parte" del derecho con otros derechos fundamentales deberán resolverse mediante la ponderación, teniendo en cuenta el peso de los principios en pugna. Esto implica que un principio puede ser dejado de lado cuando se enfrenta a otro principio de mayor peso, porque "a diferencia del contenido esencial, la periferia [ámbito donde el derecho a la salud actúa como principio] puede de ser restringida, según las necesidades que se deriven de otros derechos, bienes o intereses que aparezcan tipificados en la Constitución o que sean relevantes en la vida social" (Bernal Pulido 2007, 411).

13 Observación General N° 14 Comité DESC.

de un tratamiento médico adecuado y básico para preservar su salud.

- *La situación de las personas adultas mayores*

La Corte IDH sostuvo que el derecho a la salud debe garantizarse en el mayor nivel posible y sin discriminación (cons. 127). En general, los DESC deben ser gozados en condiciones de igualdad.

Esta afirmación implica tener en cuenta, por un lado, que:

[...] el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados (cons. 123)¹⁴.

Por otro lado, que la adopción de estas medidas positivas se acentúa en relación con la protección de personas en situación de vulnerabilidad. La Corte reconoce que las personas mayores son un grupo que merece protección especial. Sostuvo que el artículo 1.1 de la Convención Americana no representa un listado taxativo o limitativo, sino meramente enunciativo y deja abierta la inclusión de otras categorías con el término “otra condición social”¹⁵. Así, la Corte entiende que la edad es también una categoría protegida por esta norma.

De esta manera y luego de reconocer los avances normativos en los ámbitos internacional y regional respecto de los derechos de las personas adultas mayores, la Corte resalta

la particular vulnerabilidad de las personas mayores frente al acceso a la salud (cons. 131), indicando la existencia de diversos factores como las limitaciones físicas, de movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades de recuperación. Reconoce que esta especial vulnerabilidad se hace especialmente visible en lo que refiere al derecho a la salud¹⁶.

Así, concluye que las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada, lo que exige la adopción de medidas diferenciadas. En el caso, a pesar de que el señor Poblete Vilches era un adulto mayor en condiciones de salud delicadas¹⁷, no recibió del Estado la atención médica básica que garantizaba su salud. Por esto, considera que “el Estado violó el derecho a la salud, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Poblete Vilches” (cons. 143).

El caso *Poblete Vilches v. Chile* resulta paradigmático ya que la Corte IDH determina que el derecho a la salud se encuentra protegido de manera directa y autónoma por el art. 26 CADH. Asimismo, la Corte define claramente qué implica el derecho a la salud, cuáles son las obligaciones estatales para que se garantice un contenido mínimo del derecho, y qué implica la obligación reforzada del derecho a la salud respecto de las personas adultas ma-

¹⁴ En lo que respecta al *consentimiento informado*, remarcó que la vulnerabilidad de las personas mayores “se encuentra incrementada en razón del desequilibrio de poder que existe en la relación médico-paciente, por lo que resulta indispensable que se garantice al paciente, de manera clara y accesible, la información necesaria y el entendimiento de su diagnóstico o situación particular, así como de las medidas o tratamientos para enfrentar tal situación” (cons. 131).

¹⁵ Rige, aquí, el concepto de “discriminación interseccional” que implica que la persona se encuentra en una especial situación de vulnerabilidad por la interacción de dos o más causales de discriminación (en el caso, edad, estado de salud, condición socioeconómica) (Ronconi 2016).

¹⁴ Estas son identificadas por la doctrina como igualdad como no discriminación arbitraria e igualdad como no sometimiento. Al respecto, ver Saba (2016); Ronconi (2018).

¹⁵ Corte IDH. *Atala Riff y niñas v. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

yores. Ello es de suma importancia, teniendo en cuenta, como se ha detallado, la situación de este derecho en la región latinoamericana.

V. Los DESC llegaron para quedarse

El camino de reconocimiento de los DESC en el sistema interamericano no ha sido claro ni lineal. Es por esto que la sentencia aquí analizada y los argumentos brindados por la Corte IDH resultan a todas luces un avance en el reconocimiento de la exigibilidad de los DESC en el ámbito regional.

Además, es posible notar que este fue el puntapié inicial y que, luego de un poco más de un año de la sentencia, es posible afirmar la justiciabilidad autónoma de los DESC en el sistema interamericano (esto es, por aplicación directa del art. 26 de la CADH). En este sentido, la Corte IDH se expidió también en el caso “Cuscul Piraval”¹⁸. En este caso, nuevamente se encuentra en juego el derecho a la salud, en particular, se refiere a 49 personas que viven o vivieron con el VIH en Guatemala y sus familiares¹⁹. Se trataba de personas de escasos recursos, madres o padres que eran el sustento económico y/o moral de sus familias, con baja escolaridad, vivían en zonas alejadas de las clínicas donde debían recibir atención médica, o eran mujeres embarazadas que requerían tratamiento antirretroviral para evitar la transmisión vertical del virus o cesárea para evitar cualquier tipo de contagio al momento del parto.

18 Corte IDH. *Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C. N° 359.

19 De estas personas, 15 habían fallecido al momento de la sentencia y 34 seguían con vida. Las 49 presuntas víctimas fueron diagnosticadas con el VIH entre los años 1992 y 2004, y la mayoría de ellas no recibió atención médica estatal previa al año 2004. Muchas de ellas contrajeron enfermedades oportunistas y, en algunos casos, fallecieron por causa de estas enfermedades.

Una vez más, la Corte IDH reconoció la violación directa al derecho a la salud (art. 26 CADH). En particular, estableció que la obligación de realización progresiva de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para la efectiva protección de estos derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o a su integridad personal. Esto ocurre con las personas que viven con el VIH cuando no reciben atención médica, por lo que la Corte concluye que la inacción estatal en materia de protección del derecho a la salud, antes de 2004, constituyó una violación al principio de progresividad previsto por el artículo 26 de la Convención²⁰. Así, se refiere aquí no ya al contenido mínimo como en “Poblete Vilches”, sino a cómo deben interpretarse las obligaciones de progresividad y no regresividad.

Además, vuelve a sostener que existió discriminación en el actuar del Estado, pues se trataba de personas en situación de vulnerabilidad (pobreza, mujeres embarazadas). Reconoce, así, otro grupo en situación de desventaja que debe ser especialmente protegido,

20 El Tribunal verificó distintas omisiones en la atención médica brindada a las víctimas fallecidas. Específicamente, el Estado incumplió en su deber de asegurar una terapia antirretroviral, realizar las pruebas diagnóstico para la atención y tratamiento del VIH y de enfermedades oportunistas, y en proveer apoyo social. Estas omisiones constituyeron fallas terapéuticas que si se hubieran evitado, se hubieran reducido las probabilidades de que se desarrollaran enfermedades oportunistas que causaron la muerte de las víctimas (Corte IDH. *Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala*, párr. 158). Agregó, además, que el Estado omitió brindar una adecuada atención médica a mujeres que viven con el VIH en estado de embarazo, lo cual tuvo un impacto diferenciado y generó un riesgo de transmisión vertical del VIH a sus hijos (Corte IDH. *Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala*, párr. 137).

las *personas con VIH*. La Corte entiende que la obligación de no discriminación en cuanto al acceso al derecho a la salud es una obligación de exigibilidad inmediata²¹, lo que implica que deban aplicarse las políticas inclusivas necesarias para que toda la población pueda acceder a los servicios públicos. Por último, en lo que respecta al VIH la Corte IDH, reconoce que las personas que viven en una situación de pobreza a menudo tienen un acceso inequitativo a los servicios e información en materia de salud, lo que los expone a un mayor riesgo de infección y de recibir una atención médica inadecuada o incompleta²². El Tribunal también advierte sobre la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran mujeres que viven con el VIH, sobre todo aquellas que se encuentran en edad reproductiva²³.

Posteriormente, la Corte resuelve el caso “Muelle Flores”²⁴, en el que se alegaba la violación del derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia del incumplimiento, durante 24 años, de una sentencia judicial a favor del señor Muelle Flores para su reincorporación a un régimen de pensión. La Corte IDH afirma que este caso no versa sobre *las obligaciones de progresividad* derivadas del artículo 26 de la Convención, sino que se refiere al *contenido mínimo del derecho a la seguridad social*. Sostiene, así, que:

[...] las obligaciones incumplidas por el Estado, es decir la obligación de adoptar salvaguardas para evitar los efectos negativos de la privatización llevada a cabo por

21 Corte IDH. *Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala*, párr. 98.

22 Corte IDH. *Poblete Vilches y otros v. Chile*. Sentencia 8 de marzo del 2018, párr. 131.

23 Corte IDH. *Poblete Vilches y otros v. Chile*, párr. 131.

24 Corte IDH. *Muelle Flores v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C. N° 375.

decisión del Estado, la de informar sobre la forma mediante la cual se garantizaría su pensión reconocida judicialmente, la de establecer con claridad qué entidad se haría cargo del pago, así como el cumplimiento y ejecución de las sentencias judiciales internas, son obligaciones de carácter inmediato, que no tienen que ver con el desarrollo progresivo del derecho (cons. 202).

[...]

Ello, debido al carácter alimenticio y a la especial importancia que tiene la pensión de vejez en la vida de una persona jubilada, ya que podría constituir el único monto sustitutivo de salario que reciba en su vejez para suplir sus necesidades básicas de subsistencia. La pensión, y en general la seguridad social, constituyen un medio de protección para gozar de una vida digna” (cons. 197).

Argumenta, además, que el simple reconocimiento de las pensiones no implica que el derecho se haya visto satisfecho o materializado. Es indispensable que efectivamente se cumplan las sentencias dictadas en el ámbito interno (cons. 195).

Agrega que las pensiones de vejez son, de por sí, otorgadas a personas mayores, quienes, en algunos supuestos, se encuentran en una situación de vulnerabilidad, y la ausencia de recursos económicos ocasionada por la falta de pago de dichas pensionales genera en una persona mayor directamente un menoscabo en su dignidad, pues en esta etapa de su vida la pensión constituye la principal fuente de recursos económicos para solventar sus necesidades primarias y elementales como ser humano (cons. 205); además, implica angustia, inseguridad e incertidumbre en cuanto al futuro por la posible falta de recursos económicos para su subsistencia (cons. 206).

Reconoce, entonces, por un lado, la justiciabilidad directa del art. 26 en lo que hace al

contenido mínimo del derecho a la seguridad social, por otro lado, reitera la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas adultas mayores.

VI. A modo de cierre

El camino de reconocimiento de los DESC en el sistema interamericano no ha sido claro ni lineal. Con la sentencia analizada se ha dado un gran paso. Este avance ha sido reafirmado e incluso ampliado en sentencias posteriores de la Corte IDH.

Estos casos demuestran, entonces, que la Corte no solo considera que la violación de un derecho social (salud, seguridad social) implica una violación directa al art. 26 de la CADH (por violación al contenido mínimo o a la obligación de progresividad), sino que además establece la especial protección que los Estados deben brindar a ciertos grupos desventajados (en una especial situación de vulnerabilidad).

Bibliografía

Alexy, Robert. 2010. *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Alexy, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de E. Garzón Valdés). Madrid: CEPC.

Bernal Pulido, Carlos. 2007. “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*” (tercera edición). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Clérigo, Laura. 2008. “Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural”. En Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los derechos 2005/2007. Como impactan en la vida de los ciudadanos las decisiones del*

máximo tribunal

Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Nash Rojas, Claudio. 2012. “Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos”. En: Capaldo, Sieckmann y Clérigo (comps.), *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires: EUDEBA.

Ronconi, Liliana. 2016. “Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de derechos humanos*, 12: 119-131. ISSN 0718-2279.

Ronconi, Liliana. 2011. “Derecho a la salud: Un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”. *Revista salud colectiva*, 8 (2): 131-149.

Ronconi, Liliana. 2018. *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

Saba, Roberto. 2016. *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH. *Atala Riff y niñas v. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Corte IDH. *Canales Huapaya y otros v. Perú*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio 2015. Serie C. N° 296.

Corte IDH. *Chinchilla Sandoval v. Guate-*

mala. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C. N° 312.

Corte IDH. *Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala*. Excepción Preliminaria, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C. N° 359.

Corte IDH. *Furlan y familiares v. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C. N° 246.

Corte IDH. *Gonzales Lluy v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C. N° 298.

Corte IDH. *Lagos del campo v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 31 de agosto de 2017. Serie C. N° 340.

Corte IDH. *Muelle Flores v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C. N° 375.

Corte IDH. *Poblete Vilches y otros v. Chile*. Sentencia 8 de marzo del 2018.

Corte IDH. *Suárez Peralta v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C. N° 261.

Corte IDH. “Niños de la Calle” *Villagrán Morales y otros v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C. N° 63.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos y sociales: de la prudencia a la audacia

Laurence Burgorgue-Larsen

Catedrática de Derecho Público en la Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Traducción al español por Nicolás Montoya Céspedes, candidato a doctor en Derecho de Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne y miembro del GEDILAS.

I. Introducción

Sin importar las latitudes, la cuestión de los derechos económicos, sociales y culturales¹ ha causado y causará debates: su naturaleza y, por ende, su justiciabilidad, no cesa de ser cuestionada y los argumentos tendentes a evitar un compromiso demasiado importante por parte de los jueces en esta materia son numerosos². Se sabe que los sistemas constitucionales y convencionales —todos ellos fruto de consensos políticos en un momento determinado— reflejan la falta de acuerdos sobre el reconocimiento de un respeto equivalente entre los derechos sociales, por un lado, y los derechos

1 Se sabe que la terminología de “derechos económicos, sociales y culturales” (DESC) es comúnmente admitida a escala internacional. Por cuestiones de simplicidad, pero con miras a evitar una excesiva recurrencia a la sigla DESC, emplearé generalmente la expresión de “derechos sociales”.

2 Diane Roman (2012) presenta con mucha claridad los dos argumentos que clásicamente se han presentado en contra de la justiciabilidad plena de los derechos sociales: el argumento democrático —según el cual le corresponde al Parlamento efectuar las decisiones presupuestales y encargarse de las cuestiones generales del orden económico y social—; el argumento técnico —que afirma que la imprecisión y el carácter progresivo de su realización—.

*Este artículo está extraído del libro "Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH", coordinado por Mariela Morales Antoniazzi y Laura Clericó.

civiles y políticos, por otro. Aunque los estudios demuestran que, alrededor del mundo, las constituciones que consagran este tipo de derechos no dejan de aumentar, los catálogos no son para nada homogéneos. Los derechos sociales consagrados en ellos no son idénticos, no tienen el mismo estatus, no tienen el mismo alcance jurídico y su interpretación —lejos de efectuarse en un vacío— depende de una serie de elementos de orden sociológico relacionados con el poderío o no de partidos políticos de izquierda, el compromiso de la sociedad civil, el perfil de los intérpretes y las tradiciones jurídicas que favorecen o no cierto grado de activismo judicial, etc. [...]. Todo esto proporciona un panorama extremadamente contradictorio sobre el alcance de los derechos sociales en el seno de los Estados³. Así, aunque se pretende que las necesidades elementales de las personas puedan ser satisfechas, aunque estudios recientes en el campo de la filosofía hayan propuesto fundamentos teóricos que invitan a su valorización⁴ y aunque creativos juristas hayan propuesto nuevas maneras de estructurar los derechos a fin de hacerlos exigibles⁵, el hecho es que las normas positivas no han integrado estas revoluciones conceptuales, a pesar de que los últimos 20 años han mostrado, en todo el mundo, un incremento significativo de decisiones judiciales relacionadas con los derechos sociales⁶. Por consiguiente, toda

vez que la Corte Interamericana decidió tomar en serio estos derechos, erigiéndose como la primera jurisdicción regional de protección de derechos en desarrollar una política jurisprudencial de las más audaces en la materia, sus desarrollos merecen especial atención.

A pesar de que durante mucho tiempo los casos basados de manera específica en los derechos sociales fueron pocos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, hacia finales de la primera década del siglo XXI SE ha presentado un incremento significativo gracias a algunas decisiones emblemáticas. La primera de ellas se produjo en 2009, con el fallo *Acevedo Buendía*. Este fallo, relativo al derecho a la pensión de funcionarios y jubilados en Perú, marcó una importante ruptura analítica en la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana —cuyo título es “desarrollo progresivo”—, a pesar de que en el caso en concreto no se determinó su violación⁷. Con fundamento en dicha ruptura, varios de los jueces de la Corte Interamericana desarrollaron, a través de opiniones separadas, un discurso innovador sobre la justiciabilidad de esta original disposición que, como se sabe, constituye ella sola la totalidad del capítulo 3 de la Convención. Así, la jueza jamaicana Maccaulay, en el caso *Furlan*⁸ y, sobre todo, el juez Ferrer Mac-Gregor en cuatro casos⁹ desplegaron aná-

(2008:740); Gargarella, Domingo y Roux (2006:328).

7 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) v. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C. N° 198.

8 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares v. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 agosto de 2012. Serie C. N° 246.

9 Se trata de los casos: Corte IDH. *Caso Suárez Peralta v. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C. N° 261; Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C. N°

3 Debe referenciarse el impresionante estudio de derecho comparado adelantado por Jung, Hirsch y Rosevear (2014). No son menos de 195 las constituciones que han sido analizadas con miras a evaluar el número y el estatus de los derechos económicos y sociales que incluyen.

4 Los trabajos de Amartya Sen (sobre la igualdad), de Martha Nussbaum (sobre la vulnerabilidad y las capacidades) de John Rawls (sobre la justicia) son significativos al respecto.

5 Entre la abundante literatura véase Carbonell y Ferrer Mac-Gregor (2014:161); y Arango (2012:226).

6 La literatura en inglés demuestra la intención. Langford

lisis audaces y creativos, en ruptura total con posturas doctrinales precedentes, con miras a reconocer en el artículo 26 un alcance singular. Con dicho fin, estos votos desplegaron una ingeniería interpretativa novedosa al recurrir a técnicas como las remisiones normativas y al aperturismo interpretativo.

Toda la argumentación técnica ya contenida en estos votos estaba a la espera de ser acogida por la mayoría de los miembros de la Corte. Esto se produjo gracias a la postura de algunos jueces (como el costarricense Ventura Robles y el brasileño Caldas en el caso *Gonzales Lluy*) y la llegada de nuevos integrantes al seno de la Corte (como la jueza costarricense Odio Benito, el juez argentino Zaffaroni y el juez ecuatoriano Pazmiño Freire). Así, todo estaba listo cuando el 31 de agosto de 2017, en el caso *Lagos del Campo*, se construyó una mayoría al interior de la Corte, no solamente para declarar la justiciabilidad del artículo 26 —y de los derechos sociales a los que remite—, sino para declarar su violación en el caso en concreto¹⁰. Esta aproximación, que sin lugar a dudas puede ser calificada como “revolucionaria” —toda vez que es al mismo tiempo subversiva y progresista—, fue confirmada algunos meses más tarde en otro caso proveniente de Perú en el que se cuestionaba el despido masivo de varias decenas de trabajadores en el sector de los hidrocarburos¹¹ y en el marco de la importante

opinión consultiva, solicitada por Colombia, sobre la relación entre los derechos humanos y el medioambiente¹². Luego de haber determinado los contornos de esta nueva política jurisprudencial, que fija una nueva línea interpretativa, la Corte los confirmó y afinó en importantes decisiones posteriores¹³. Nadie duda que, cada vez que los hechos del caso lo permitan, la Corte continuará reforzando esta innovadora línea argumentativa.

Ahora bien, es importante resaltar que el incremento en la fuerza normativa del artículo 26 a lo largo de la década de 2010 hasta la revolución jurídica del fallo *Lagos del Campo*, no quiere decir que la jurisprudencia anterior no haya sido rica o que no haya anunciado este incremento en el contencioso social al interior de la Corte Interamericana. En efecto, se pueden listar —además de la trascendental opinión consultiva 18, acerca de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados¹⁴, solicitada por México en un contexto político y jurídico particularmente tenso con Estados Unidos—¹⁵ importantes casos relacionados con

paraciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C. N° 344.

12 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A. N° 23.

13 Corte IDH. Caso *San Miguel Sosa y otras v. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C. N° 348; Corte IDH. Caso *Poblete Vilches y otros v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C. N° 349.

14 Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A. N° 18.

15 Al origen de la solicitud se encuentra una decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos

298; Corte IDH. Caso *Canales Huapaya y otros v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de julio de 2015. Serie C. N° 296; y Corte IDH. Caso *Chinchilla Sandoval y otros v. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C. N° 312.

10 Corte IDH. Caso *Lagos del Campo v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C. N° 340, pár. 154. Véase también Parra Vera (2017).

11 Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Re-

cuestiones de salud¹⁶, vivienda¹⁷, educación¹⁸ y, last but not least, el derecho al trabajo. Sin duda, en este último aspecto la jurisprudencia proveniente de San José fue durante mucho tiempo la más rica. De la libertad sindical¹⁹, pasando por el derecho a la pensión²⁰, para llegar al despido

que preocupó al gobierno mexicano. En efecto, la jurisdicción suprema estadounidense decidió en el caso *Hoffman Plastics Compound Inc.* [Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. *Hoffman Plastics Compound, Inc v. National Labour Relations Board (NLRB)*. 27 de marzo de 2002], que un trabajador mexicano, despedido por haber distribuido información de carácter sindical, no tenía derecho a ninguna indemnización puesto que se encontraba en situación irregular sobre el territorio de Estados Unidos. Con esta decisión, la Corte Suprema de Justicia cambió una jurisprudencia pacífica de la NRLB y abría la caja de Pandora de los abusos contra los trabajadores migrantes desprovistos de “papeles” en debida forma.

16 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C. N° 149; Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros v. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C. N° 171; Corte IDH. *Caso Suárez Peralta v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C. N° 261; Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval y otros v. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C. N° 312.

17 Aquí se debe entender la noción de “vivienda en el sentido amplio, lo que incluye la relación con la tierra que mantienen las comunidades indígenas”. En ese sentido se puede mencionar la primera “gran decisión” tomada por la Corte que la convirtió en la primera jurisdicción internacional en interesarse por estas cuestiones. Véase Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni v. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C. N° 79. Véase también Anaya y Grossman (2002).

18 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador*, *supra*.

19 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C. N° 121; Corte IDH. *Caso Contoral Huamán y García Santa Cruz v. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C. N° 167.

20 Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” v. Perú*. Fondo,

abusivo²¹, la Corte Interamericana ha sido llevada a pronunciarse principalmente sobre casos relacionados con las múltiples facetas de los derechos de los trabajadores.

La relativa rareza jurisprudencial, hasta finales de la primera década del siglo XXI, se explica gracias a varios factores: uno de tipo político, el otro exclusivamente jurídico. Tratándose de las consideraciones políticas, la configuración del contencioso interamericano ha sido durante muchos años, y lo es en gran parte todavía, la consecuencia de violaciones masivas de los derechos humanos que fueron perpetradas en el continente en los años setenta del siglo XX, en pleno periodo dictatorial. Así, la mayoría de los casos ante la Corte se refiere a asuntos sobre la protección del derecho a la vida (art. 4), la prohibición de la tortura (art. 5), la protección de la libertad y la seguridad personal (art. 7). En lo que atañe al factor jurídico, debe tenerse en cuenta que las disposiciones de la Convención Americana en materia de derechos sociales no son muy numerosas. A decir verdad, no hay más que una; la contenida en el muy importante artículo 26 que lleva por título “Desarrollo progresivo”²², que constituye la totalidad del

Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C. N° 98; y Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)* v. Perú, *supra*.

21 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C. N° 72; y Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C. N° 144.

22 Dicho art. se lee como sigue: “Los Estados partes se comprometen 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 de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

capítulo 3 de la Convención bajo el título “derechos económicos y sociales”, cuyo alcance jurídico no ha sido unánime en la doctrina ni en el seno de la Corte.

Por otra parte, no se puede analizar la jurisprudencia de la Corte de San José ignorando otros textos, de desigual importancia, centrados en las cuestiones económicas y sociales que han sido adoptados en el hemisferio sur. En primer lugar, la Carta Interamericana de Garantías Sociales —adoptada con ocasión de la Conferencia Americana de Río de Janeiro en 1947— que fuera el primer texto internacional en el que se reconocieron los derechos de los trabajadores en el continente americano. Este texto —conocido también con el nombre de Declaración de los Derechos Sociales de los Trabajadores— es, simbólicamente, un precedente importante. No obstante, no pasa de tener un valor declaratorio desprovisto de desarrollos jurisprudenciales. El texto de carácter obligatorio que viene a perfeccionar la protección de los derechos sociales en el continente americano es el Protocolo adicional a la Convención Americana de San Salvador adoptado el 17 de noviembre de 1988, y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Sin embargo, conviene mencionar que al día de hoy no ha sido ratificado más que por 15 Estados miembros²³ de los 23 que han ratificado la Convención Americana y han reconocido la competencia de la Corte²⁴. Este Protocolo no reconoce la posibilidad de presentar demandas ante la Corte Interamericana —contra Estados que lo han ratificado— sino en lo que respecta a dos derechos: la libertad sindical (art. 8.a) y el

derecho a la educación (art. 13). Frente al resto de derechos enumerados en él, los Estados simplemente tienen la obligación de presentar informes periódicos a la Asamblea General de la OEA (art. 19.1). De manera general, el Protocolo de San Salvador afirma en su preámbulo que otros instrumentos ya han reconocido los derechos sociales, pero que estos deben ser “desarrollados, perfeccionados y protegidos” en América. En cualquier caso, su existencia implica *prima facie* una escisión de los regímenes jurídicos. En efecto, los Estados que no lo han ratificado no están sometidos más que a las referencias precisas contenidas en la Carta de la OEA y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que contienen ciertas disposiciones relativas a la cuestión²⁵. Se verá, empero, que dicha escisión de regímenes jurídicos ha sido totalmente reevaluada con la aproximación innovadora que la Corte inauguró en el fallo *Lagos del Campo*²⁶, que fuera confirmado rápidamente.

El análisis de la protección de los derechos sociales en el Sistema Interamericano demuestra que la Corte de San José ha tomado varios caminos para estar en capacidad de garantizarlos. *i.* la *protección indirecta*, a través de los derechos civiles y políticos, en donde recurre a la técnica de la conexidad para protegerlos; *ii.* la *protección específica*, reconocida en el Protocolo de San Salvador, siempre que el Estado lo haya ratificado y, finalmente, *iii.* la *protección original*, luego de que la Corte reconociera la justiciabilidad del artículo 26 acudiendo al concepto de “derivación” para proteger los de-

23 Al 18 de julio de 2018, únicamente Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay habían ratificado el Protocolo de San Salvador.

24 En realidad, la Convención fue ratificada por 24 Estados, pero Trinidad y Tobago la denunció el 26 de mayo de 1998.

25 La Declaración garantiza los siguientes derechos económicos, sociales y culturales: derecho a la protección a la maternidad y la infancia (art. VII), derecho a la preservación de la salud y al bienestar (art. XI), derecho a la educación (art. XII), derecho a los beneficios de la cultura (art. XIII), derecho al trabajo y a una justa retribución (art. XIV), derecho al descanso y a su aprovechamiento (art. XV) y el derecho a la seguridad social (art. XVI).

26 Corte IDH. *Lagos del Campo v. Perú, supra*.

rechos contenidos tanto en la Carta de la OEA como en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (III).

II. Una protección indirecta a través de los derechos civiles y políticos

La Corte Interamericana ha hecho suyo un pasaje del preámbulo del Protocolo de San Salvador, que proclama:

[l]a estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

La “interdependencia” de los derechos ha permitido de esa forma construir la jurisprudencia relativa a la protección de los trabajadores, puesto que el enmarañamiento de los derechos sociales con los derechos civiles y políticos impide una separación clara entre unos y otros. Así, tanto a través de ciertos derechos “sustantivos” (A) como de los derechos “procedimentales” (B), la Corte Interamericana ha logrado construir poco a poco un *corpus* social protector para los individuos y los grupos. Es importante, entonces, destacar que aun antes de descubrir las “ventajas” del artículo 26 en el caso *Acevedo Buendía*, la Corte había usado todas las potencialidades de los derechos civiles y políticos para poder proteger, de manera indirecta, los DESC.

II.1. La protección a través de los derechos sustantivos

Los derechos sustantivos que han participado en la protección de los derechos sociales, por medio de la técnica de la conexidad son cuatro. Se trata del derecho a la vida (art. 4); el derecho a la integridad física (art. 5); la

libertad de asociación (art. 16), y el derecho de propiedad (art. 21). Estas disposiciones fueron empleadas en el marco de casos relacionados con las condiciones de internación en instituciones de salud (*Ximenes Lopes*), modalidades de atención y trato médico de pacientes (*Albán Cornejo, Suárez Peralta, Gonzales Lluy*), al despido de miembros de sindicatos (*Baena Ricardo*) o su ejecución extrajudicial (*Huilca Tesce, Cantoral Huamani y García Santa Cruz*) y en el marco del derecho a la jubilación (*Cinco Pensionistas*).

En términos generales, se puede decir que la Corte ha sido particularmente audaz. Se verá que ella utiliza, al mismo tiempo, tanto las virtudes de la teoría de las obligaciones positivas —derecho a la vida, derecho a la integridad física— como el potencial de ciertas disposiciones del texto convencional —libertad de asociación—. Se descubrirá, igualmente, que la Corte tampoco ha podido negar la posibilidad de los Estados de limitar algunos derechos, lo que ha sido lógicamente utilizado —por no decir instrumentalizado— por ellos según su conveniencia, especialmente en materia del derecho de propiedad.

II.1.1. El derecho a la vida

El “contencioso” respecto de los niños²⁷ y de las comunidades indígenas²⁸ le ha permitido a la Corte —especialmente a través del derecho a la vida que fue rápidamente transformado en el “derecho a una vida digna” (Pasqualucci, 2008)— tomar posiciones im-

27 Corte IDH. Caso *Instituto de Reeducación del Menor* v. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C. N° 112.

28 Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Yaky Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. N° 125; Corte IDH. Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C. N° 245.

portantes sobre cuestiones de salud, educación, vivienda, alimentación y acceso al agua potable (Melish, 2006).

Sin embargo, es sobre todo el caso *Ximenes Lopes*²⁹ el que proporciona la ocasión para detenerse de forma muy clara, incluso solemne, en la importante problemática de la salud. Se trata del primer caso en el universo interamericano que aborda la situación tan particular de las personas detenidas que sufren problemas psíquicos. Un joven, enfermo psiquiátrico, hospitalizado en un instituto privado especializado bajo control del Estado, es encontrado muerto después de haber sido admitido en dicha institución. Este caso presentó a la Corte la oportunidad de abordar no solo la cuestión de la autonomía personal de los enfermos³⁰,

29 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, *supra*.

30 La Corte se toma el tiempo de presentar de manera muy precisa su visión considerando que “todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas”. Corte IDH. *Ximenes Lopes v. Brasil*, *supra*, párr. 130. Se ve aquí cómo surge el concepto de autonomía personal, el que, como se sabe, Cecilia Medina Quiroga considera integrado en el corazón del art. 5, párr. 1 (Medina Quiroga, 2003, 138-139). Se corre el riesgo de pensar en este caso que se trata de una actualización de la concepción de la jueza chilena. El *dictum* del parágrafo 130 es fundamental, puesto que plantea varios principios claves: 1) la autonomía personal puede ser limitada (en la medida en que, en interés del enfermo, se le pueden imponer medidas de salud, i.e. sin su consentimiento); 2) se plantea una presunción de capacidad de expresión a favor de los enfermos psiquiátricos, puesto que la enfermedad mental no equivale a “una incapacidad de autodeterminarse” (por tanto el personal médico y las autoridades deben tener en cuenta esta capacidad); 3) cuando se demuestre que el enfermo mental está imposibilitado para expresar su consentimiento, serán sus parientes, sus representantes legales o las autoridades competentes quienes deberán decidir el tratamiento que se le ha de administrar. El aporte de la Corte de San José en relación con esta cuestión es enor-

sino también las obligaciones del Estado en materia de salud. En relación con este segundo elemento, la Corte afirmó, con fuerza, que “la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados”³¹. En este contexto ha decantado las obligaciones que corren a cargo de ellos y que, si no son respetadas, entrañan su responsabilidad internacional. La Corte no ha vacilado en afirmar que los Estados tienen un deber de reglamentación y de control que se despliega cualquiera que sea el estatus jurídico del organismo de salud en cuestión (*i.e.*, tanto si es privado como si es público)³². Así, el deber especial de protección de la vida y de la autonomía personal impone a cargo del Estado la obligación de estar en disposición de prevenir todo tipo de intervenciones de terceros que choquen con esos dos elementos³³. Dicho de otro modo, todo fallo en los mecanismos de protección de los enfermos, por su propia naturaleza vulnerables, será imputado a los Estados que verán automáticamente comprometida su responsabilidad internacional. Eso es tanto como decir que el umbral de las obligaciones a cargo de las instancias estatales es particularmente elevado..., lo que generó un

me; prefigura la emergencia de un nuevo contencioso, más diversificado y menos centrado sobre las violaciones masivas de los derechos humanos.

31 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, *supra*, párr. 89.

32 En dicho parágrafo se señala lo siguiente: “90. La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. *La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud*” (cursivas añadidas).

33 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, *supra*, párr. 89.

contencioso bastante surtido, como los casos que pusieron de relieve el derecho a la integridad personal (art. 5) lo muestran.

II.1.2. El derecho a la integridad personal

En el caso Albán Cornejo, la Corte vinculó directamente el derecho a la vida y la integridad personal con los servicios de salud al considerar que las falencias en las modalidades de tratamiento médico podían constituir una violación del artículo 5 de la Convención³⁴. Este caso se refirió al fallecimiento de la hija de los peticionarios, que se produjo luego de ser hospitalizada para tratar una meningitis aguda. Al analizar la obligación de los Estados de adoptar medidas internas (art. 2), la Corte presentó varios principios generales sobre la prestación de servicios de salud, la legislación sobre la materia, sus profesionales y las malas prácticas en las que se puede incurrir³⁵. A partir de dicho análisis, la Corte aprovechó para recordar que el artículo 10 del Protocolo de San Salvador reconocía el derecho a la salud como un “bien público”, por lo que los Estados debían establecer mecanismos de control sobre la prestación de servicios médicos y debían implementar un sistema de represión penal que tuviera por objeto la sanción de las malas prácticas. Consciente de la no justiciabilidad directa del derecho a la salud, según el Protocolo de San Salvador, la Corte sintió la necesidad de presentar un marco de referencia muy preciso sobre los derechos y deberes de los Estados en la materia, como el juez García Ramírez lo hizo explícito en su voto concordante.

El caso Suárez Peralta, por su parte, puso de presente las malas prácticas médicas que

siguieron al tratamiento de una apendicitis en un establecimiento privado que provocó sufrimiento permanente a la peticionaria. Sin embargo, aunque la legislación ecuatoriana preveía mecanismos de control y seguimiento a las instituciones médicas, la Corte estimó que no fueron efectivos en el caso en concreto. Por consiguiente, declaró la violación del artículo 5.1 por parte de Perú, por faltar a su deber de garantía y de prevención del derecho a la integridad física en cabeza de la señora Suárez Peralta³⁶. Este caso permitió recordar, con vehemencia, que los Estados tienen la obligación, sin importar la naturaleza pública o privada del establecimiento médico, de supervisar y controlar la prestación de los “servicios públicos” médicos³⁷.

Estos elementos fueron importantes para condenar a Ecuador en el caso *Gonzales Lluy* sobre la base de los artículos 4 y 5. Este caso demostró la serie de negligencias que occasionaron la transmisión, específicamente a través de una transfusión de sangre, del virus del SIDA a Talía Gabriela Gonzales Lluy, quien tan solo tenía tres años a la época de los hechos³⁸. Este fallo fue particularmente llamativo en el continente por haber adoptado el concepto de “discriminación intersectorial”, muy en boga en la literatura especializada³⁹.

Se debe resaltar aquí que los artículos 4 y 5 son usualmente invocados de manera conjunta en el contencioso relativo al derecho a la salud. El caso *Poblete Vilches* lo demuestra⁴⁰. Aunque este caso sea conocido por haber consagrado la autonomía del derecho a la salud bajo la nue-

34 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros v. Ecuador*, *supra*, párr. 117; y Corte IDH. *Caso Suárez Peralta v. Ecuador*, *supra*, párr. 130.

35 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros v. Ecuador*, *supra*, párrs. 116-137.

36 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta v. Ecuador*, *supra*, párr. 154.

37 *Ibidem*, párr. 144.

38 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador*, *supra*, párr. 191.

39 Véase *infra*, apartado 3 de este capítulo.

40 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros v. Chile*, *supra*.

va interpretación del artículo 26⁴¹, al mismo tiempo pone de manifiesto la utilización, aún eficaz, de los artículos 4 y 5 de la Convención para tratar las omisiones de los Estados en materia de salud⁴². Siendo posterior a la revolución jurídica del fallo *Lagos del Campo* (véase *infra*), la Corte combinó, aún así, los derechos civiles y políticos mencionados con el artículo 26 y el artículo 1.1 del Pacto de San José.

II.1.3. *El derecho a la asociación*

El caso *Baena Ricardo* es destacable, puesto que desveló el astuto método de la Corte para extender el campo de aplicación de la Convención hacia las cuestiones sociales. Sin decirlo explícitamente —eso es lo que resulta paradójico—, utiliza las potencialidades ofrecidas por el artículo 16.1 de la Convención. Dicho artículo está redactado como sigue: “Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos *o de cualquiera otra índole*” (cursivas añadidas). El inciso final y las referencias a los objetivos profesionales y sociales son capitales, puesto que permiten incluir, sin ninguna dificultad, la asociación con fines sindicales bajo la esfera de protección de la libertad de asociación. Este punto era importante en el caso *Baena Ricardo*, en el que el artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador —que protege directamente los derechos de los trabajadores a afiliarse a sindicatos, federaciones y otras confederaciones— no podía ser invocado *in casu*, al no haber entrado en vigor el Protocolo en el momento de los hechos⁴³. Y, por tanto, mientras que la Corte hubiera podido justifi-

car fácilmente la conexidad entre la libertad sindical con la libertad de asociación con los simples resortes de la interpretación exegética, se contentó con considerar que para determinar si la libertad de asociación ha sido infringida en el caso, conviene analizarla en relación con la libertad sindical.

Se convendrá que podía haberlo hecho mejor. De todas formas, no se puede perder de vista que el caso era importante porque revelaba, conforme al testimonio del procurador general del Estado, que la ley retroactiva adoptada en respuesta a la huelga de 201 funcionarios —esencialmente sindicalistas que militaban a favor de una mejora de las condiciones de trabajo en el seno de los establecimientos públicos— había tenido como efecto “quebrantar” los sindicatos más potentes considerados como “opositores” políticos. Ante esta situación, la Corte constató la violación del artículo 16 de la Convención Americana. Además, aprovechó para definir claramente el contenido de “la libertad de asociación en materia sindical”, que concierne “la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho”. La Corte continúa revelando lo que comúnmente se denomina la libertad negativa de asociación al afirmar que “esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad”⁴⁴. Es en el párrafo 159 del fallo en donde se abordan estos dos puntos, revelando que se trata, en el caso del primero, de un “derecho” (el de constituir organizaciones sin ninguna restricción, excep-

41 Véase, *infra*, apartado 4 de este capítulo.

42 Corte IDH. *Poblete Vilches y otros v. Chile*, *supra*, párr. 156.

43 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá*, *supra*, párr. 99

44 *Ibidem*, párr. 156.

to aquellas previstas en los párrs. 2 y 3 del art. 16) y de una libertad —la de no ser obligado a afiliarse—. Este último elemento es importante, ya que marca la coherencia jurisprudencial en la protección de ambas dimensiones del derecho. El Tribunal Europeo ha interpretado el artículo 11 de su Convención regional de manera tal que incluya el derecho negativo de asociación⁴⁵. Su jurisprudencia toma nota de que “los Estados contratantes son poco favorables al mantenimiento de los acuerdos de monopolio sindical”⁴⁶. Como se ve, el vector de un derecho civil y político, como la libertad de asociación, ha permitido al juez interamericano —a la manera de su colega europeo— consagrarse y definir los contornos de la libertad sindical de la que ha tenido a bien recordar su “importancia mayor” para “la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores”⁴⁷.

Cabe preguntarse si la defensa de esos intereses legítimos pasa por el derecho a hacer huelga, como considera parte de la doctrina, como Tara J. Melish, especialista autorizada en materia de derechos sociales. Es el caso *Huilca Tecse* lo que lleva a pensar así (Pérez y Amato, 2007). La Corte condenó a Perú por la violación de los artículos 4 —derecho a la vida— y 16 —libertad de asociación— como consecuencia del asesinato del líder sindical peruano más relevante de la escena política y social a comienzos de los años noventa⁴⁸. A pesar del reconocimiento de responsabilidad llevado a cabo por el Estado, el juez interamericano decidió oportunamente consagrarse algunas consideraciones jurisprudenciales a la importancia

del derecho de asociación en materia sindical. Así, afirma que el Estado, siendo incapaz de prevenir o de responder de manera apropiada a la ejecución extrajudicial de Pedro Huilca, había vulnerado la dimensión individual —en perjuicio de la víctima—, pero también la colectiva —en perjuicio de la sociedad en su conjunto— del derecho a la libertad sindical. Eso suponía de nuevo utilizar la teoría de la “doble dimensión” de los derechos, que como ya se sabe, también es utilizada particularmente en materia de libertad de expresión (Burgorgue-Larsen y Úbeda de Torres, 2008, 564-605)⁴⁹.

El asesinato de este líder sindical tuvo, en efecto, repercusiones respecto a los otros integrantes del movimiento en Perú, quienes, aterrorizados por el asesinato, pudieron temer por su vida. Por consiguiente, la Corte derivó una obligación positiva en cabeza de los Estados consistente en “garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna”⁵⁰. Este elemento fue confirmado y desarrollado en el caso *Cantoral Huamán y García Santa Cruz*, en el que el conflicto armado interno que Perú conoció entre 1980 y 2000 constituyó de nuevo el telón de fondo de un asunto relativo al arresto y la ejecución extrajudicial de dos dirigentes sindicales del sector minero⁵¹. En este caso, la Corte consideró que “de la libertad de asociación también se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones

45 TEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyer v. Belgium*. Sentencia de 23 de junio de 1981. Serie A. N° 43.

46 TEDH, *Sørensen y Rasmussen v. Denmark*, Gran Sala. Sentencia de 11 de enero de 2006, párr. 75.

47 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá*, *supra*, párr. 158.

48 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse v. Perú*, *supra*.

49 Para una actualización, véase la traducción inglesa del libro Burgorgue-Larsen y Úbeda de Torres (2011, 886).

50 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse v. Perú*, *supra*, párr. 77.

51 Corte IDH. *Caso Cantoral Huamán y García Santa Cruz v. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C. N° 167.

entre particulares, si el caso así lo amerita”⁵². El efecto horizontal de la Convención Americana despliega aquí todos sus consecuencias, lo que resulta fundamental para extender la eficacia convencional, particularmente cuando el ataque a la vida de los sindicalistas es llevado a cabo, como en el caso, por comandos paramilitares. La obligación de abrir una investigación de manera efectiva acerca de “los crímenes contra dirigentes sindicales” es particularmente importante ya que, según la Corte, el incumplimiento negligente por parte del Estado tiene un “efecto amedrentador que impide el ejercicio libre de los derechos sindicales”⁵³. Cuando la ausencia de investigación repercute sobre la dimensión colectiva de la libertad sindical...

Tratándose de la dimensión individual de la libertad de asociación, la Corte considera en el asunto *Huilca Tesce* que “la libertad de asociación en materia sindical no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a la formación de sindicatos, sino que incluye igualmente y sobre todo de manera indisociable *el derecho de utilizar todos los medios apropiados para ejercer esta libertad*”⁵⁴ (cursivas añadi-

52 *Ibidem*, párr. 144

53 *Ibidem*, párrs. 146 y 148.

54 Corte IDH. *Caso Huilca Tecse v. Perú*, *supra*, párr. 70: “En su dimensión individual, la libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad. Cuando la Convención proclama que la libertad de asociación comprende el derecho de asociarse libremente con fines «de cualquier [...] índole», está subrayando que la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga. De ahí la importancia de la adecuación con la Convención del régimen legal aplicable a los sindicatos y de las acciones del Estado, o que ocurran con tolerancia de este, que pudieran hacer inoperante este derecho en la práctica”.

das). Este pasaje final es fundamental, puesto que permite pensar que el derecho a la huelga se encuentra incluido entre los “medios apropiados”. La cuestión de saber si está protegido por el sistema convencional americano no se plantearía con tanta agudeza si una lectura estricta del Protocolo de San Salvador no viniese a arrojar cierta duda. En efecto, la competencia de la Corte desde el punto de vista de este Protocolo no vale más que para el párrafo 1.a del artículo 8 relativo al derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y afiliarse a aquellos de su elección. Esto resulta de una lectura estricta del artículo 19.6, que prevé la competencia de la Corte. Ahora bien, el derecho de huelga en sí se encuentra mencionado en el párrafo 1.b del artículo 8, que se encuentra, por tanto, en principio excluido de la competencia de la jurisdicción de San José, así como los párrafos 2 y 3 del artículo 8 que conciernen, respectivamente, a las restricciones legítimas a la libertad sindical y a la libertad negativa de asociación. A pesar de que estos elementos podrían militar en favor de una competencia restrictiva de la Corte Interamericana, otros, por el contrario, llevan a pensar que esta será audaz. Basta referirse a la que integra la libertad negativa de asociación como parte del artículo 16⁵⁵ y la manera categórica con la que en lo sucesivo afirma que “el ámbito de protección del artículo 16.1 incluye el ejercicio de la libertad sindical”⁵⁶. ¿Estos elementos permiten o no considerar que ocurre lo mismo con el derecho de huelga? ¿Será, algún día, considerado como un “medio apropiado” para ejercer la libertad de asociación? Por el momento, si la Corte en su opinión consultiva 22 ha expresamente recordado, con fundamento en el Protocolo de

55 Véase lo relativo al *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá*, *supra*.

56 Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz v. Perú*, *supra*, párr. 144. Véase también Corte IDH. *Caso Lagos del Campo v. Perú*, *supra*, párr. 157.

San Salvador, que no era competente para examinar casos donde el derecho a la huelga haya sido violado, tomó la precaución, y esto no es anodino de afirmar que los Estados, conforme al artículo 1 del mismo Protocolo, “deben adoptar las medidas necesarias con miras a lograr en forma progresiva la efectividad plena de este derecho”⁵⁷. En todo caso, es importante señalar que, en la misma opinión consultiva, la Corte dio un amplio alcance al artículo 8.1.a del Protocolo al afirmar que “el derecho que la norma consagra a favor de los trabajadores constituye un marco a través del cual se generan derechos más específicos en cabeza de los sindicatos, las federaciones y confederaciones como sujetos de derechos autónomos, cuya finalidad es permitirles ser interlocutores de sus asociados, facilitando a través de esta función una protección más extensa y el goce efectivo del derecho de los trabajadores”⁵⁸.

II.1.4. El derecho a la propiedad

En cuanto al derecho de propiedad, sabemos que es calificado como “natural e imprescriptible” por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 2), y que su naturaleza es todavía fuente de controversias en el seno de la doctrina. El Sistema Europeo no lo reconoció sino hasta 1952, con ocasión de la adopción del Primer Protocolo Adicional a la Convención Europea, que lo contempla en su artículo 1. Al respecto, debe señalarse que sus promotores no tuvieron éxito en alcanzar un acuerdo en 1950 para

incluirlo entre los primeros derechos garantizados, puesto que este era percibido como un conjunto de derechos económicos y muy pronto se decidió que la Convención Europea no consagraría más que derechos civiles y políticos... En el continente americano, aunque este derecho fue consagrado directamente en el corazón de la Convención Americana (art. 21), la dualidad del derecho de propiedad no es menos real. No obstante, eso no ha impedido que la Corte haya establecido los criterios para protegerlo, ampliando de manera considerable su campo de aplicación. La afirmación de la existencia y de la necesidad de proteger la propiedad colectiva o “comunitaria” es, sin duda alguna, el elemento más innovador de su jurisprudencia. El juez interamericano de derechos humanos ha desarrollado a través de esta vía el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad ancestral de sus tierras, tierras fuertemente ligadas a su modo de vida tradicional y a sus medios de subsistencia. Esto ha conducido, en consecuencia, a proteger ciertos derechos sociales como la salud, la educación y la cultura, a través de los artículos 4 —derecho a la vida—, 5 —derecho a la integridad—, 19 —derechos del niño— o incluso 21 de la Convención⁵⁹.

El vector del derecho de propiedad no solo ha beneficiado a las comunidades indígenas, sino que también ha sido utilizado por la Corte para proteger los derechos de los trabajadores, en particular el derecho a la jubilación. Los “Cinco Pensionistas” es el asunto de referencia

57 Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), opinión consultiva OC-22/16, 26 de febrero de 2016, Serie A, núm. 22, párr. 104.

58 *Ibidem*, párr. 92.

59 Ad ex., Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C. N° 79; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. N° 125; y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C. N° 146.

en la materia⁶⁰. Las consecuencias y los efectos de esta sentencia fueron, y son todavía, objeto de controversias en relación con los “derechos adquiridos” en la jubilación. En esta decisión, la Corte de San José consideró de forma lógica que “Si bien el derecho a la pensión *nivela*da es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados” (cursivas añadidas)⁶¹. Este extracto debe ser interpretado en el marco de las restricciones “legítimas” que todo Estado puede aplicar en el ejercicio de un derecho garantizado que no sea un derecho absoluto. La Corte lo recuerda mencionando dos disposiciones específicas: el artículo 5 del Protocolo de San Salvador —que trata de los límites al disfrute y al ejercicio de los derechos sociales— y el artículo 21 de la Convención presentado como argumento final. “En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, esta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana”⁶². Eso supone asegurar un necesario margen de apreciación en beneficio de los Estados, que no deben disponer del mismo de forma arbitraria. Los países de América Latina viven todavía situaciones políticas y sociales delicadas. Así, en Perú, el gobierno reformó la legislación relativa a las pensiones en vigor como consecuencia de la condena de la Corte de San José. La reforma tuvo, sin embargo, como propósito reducir, e

incluso eliminar, la teoría de los derechos adquiridos, ¡muy onerosa para el Estado! Cuando el enunciado de los límites al derecho de propiedad permite así poner en cuestión la efectividad de una condena.

II.2. Los derechos procedimentales

Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana consagran respectivamente el derecho a “garantías judiciales” y a la “protección judicial”. En realidad, hacen referencia a lo que en Europa se denomina el derecho a un proceso equitativo y el derecho a un recurso efectivo (respectivamente los arts. 6, párr. 1, y 13 de la Convención Europea). La jurisprudencia interamericana es enormemente rica en lo que respecta a estas cuestiones. No existe un solo asunto que le sea sometido a la Corte en el que las peticiones no mencionen esas dos disposiciones, que son generalmente combinadas con la violación de los artículos 1 —obligación de respetar los derechos— y 2 —deber de adoptar disposiciones de derecho interno—. De la misma forma que en el Sistema Europeo de garantía de los derechos (donde el art. 6.1 es una de las disposiciones más invocadas) el “derecho al juez” aparece como consustancial a las democracias hasta el punto de que el artículo 27.2 no autoriza la suspensión de las garantías “indispensables” para la protección de los derechos. Los principios que la Corte Interamericana ha deducido desde sus primeras opiniones consultivas⁶³ son tanto más importantes, puesto que ayudan a reformar completamente los sistemas judiciales nacionales. La independencia y la

60 Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas” v. Perú, *supra*.

61 *Ibidem*, párr. 116.

62 *Idem*.

63 Corte IDH. El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A. N° 8; y Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A. N° 9.

imparcialidad de las jurisdicciones judiciales; la publicidad, la efectividad, la celeridad en el examen de los recursos y el desarrollo del proceso son elementos estructurales para las jóvenes democracias latinoamericanas. Ahora, para que los valores encarnados por el Pacto de San José estén vivos en el seno de las Américas, hacen falta órganos jurisdiccionales sólidos. La jurisprudencia interamericana participa en el establecimiento de los ejes de esta solidez deduciendo algunos principios fundamentales. Este aspecto es más importante si se tiene en cuenta que el Sistema Interamericano no tiene verdaderamente como vocación juzgarlo todo. Su naturaleza de sistema subsidiario⁶⁴ induce a que pueda contar con la colaboración de los jueces nacionales. Pero estos deben actuar en el marco de estructuras judiciales que garanticen los elementos esenciales de una justicia adecuada. El caso *Apitz Barbera* es sintomático de la importancia de estas cuestiones en Estados en los que el equilibrio democrático continúa siendo frágil y en los que la independencia e imparcialidad de la jurisdicción pueden ser, rápidamente, las primeras víctimas de una “presidencialización del régimen”⁶⁵.

64 Sobre el principio de subsidiariedad en general, véase Carozza, Paolo G. (2003, 78-79).

65 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C. N° 182. Este caso asunto encuentra su origen en la destitución de tres miembros de la “Corte Primera de la Contencioso-Administrativo”, por haber cometido un error de derecho acordando un amparo cautelar que tuvo como consecuencia la suspensión de los efectos de un acto administrativo. Venezuela fue condenada por la violación de algunas de las garantías previstas en el art. 8.1. La falta de imparcialidad del órgano que procedió a la destitución de los magistrados fue cuestionada. Correspondía a la Corte preguntarse si el hecho de no poder revocar a los jueces de la instancia disciplinaria era contrario a la exigencia de imparcialidad mencionada en el art. 8.1 (párr. 62). La Corte, tras haber estimado que

Además de constituir el armazón democrático de cualquier Estado, el derecho al juez constituye igualmente uno de los vectores de protección de los derechos sociales. El caso *Baena Ricardo* es ejemplo de ello. Este caso se refirió al despido masivo de 270 funcionarios que habían participado en una serie de manifestaciones contra el gobierno. Este último decidió aplicar retroactivamente una ley que sometía a esas personas a la competencia de las autoridades administrativas, con lo que les privaba de las vías de derecho específicas para los litigios nacidos en el marco de las relaciones laborales. La Corte enunció en esa ocasión que “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber”⁶⁶. El Estado se encuentra así confrontado en cualquier ámbito, incluido el laboral, al límite esencial del respeto de los derechos humanos. El caso *Acevedo Jaramillo* hubiera podido ser “banal”, puesto que se refería en particular a la no ejecución por el

“la recusación es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial” (párr. 64), continuó afirmando que si “no hay prueba que indique que el Estado haya desconocido el derecho de las víctimas a ser juzgadas por un tribunal imparcial, pero si está demostrado que su legislación y jurisprudencia impidieron solicitar que la imparcialidad de su órgano juzgador fuera revisada. Dicho de otro modo, no está demostrado el incumplimiento del deber de respeto del derecho, sino la falta de garantía del mismo” (párr. 66). Tratándose de la *independencia* del poder judicial, la Corte consideró *in casu* —sobre la base de los elementos de prueba de que disponía—, que no se podía considerar que el conjunto de aparato judicial venezolano sufriese una falta de independencia (párr. 108). Sin embargo, la Corte estimó —de nuevo *in casu*— que las tres víctimas no pudieron beneficiarse de un juicio establecido por un órgano suficientemente independiente (párrs. 147-148). Sobre la problemática de la independencia de la justicia, véase el muy minucioso análisis de Ayala Corao (2008, 41).

66 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá, supra*, párr. 127.

Estado peruano de las sentencias dictadas por instancias judiciales nacionales. Así, por haber negado a los demandantes el derecho a un recurso efectivo, la violación del artículo 25 de la Convención fue el argumento principal de los peticionarios. Sin embargo, las consecuencias particularmente graves sobre los derechos laborales son tomadas en cuenta a lo largo de las consideraciones de la Corte. Aquí, la interacción entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos es especialmente importante toda vez que el respeto de los primeros sirvió de base indirecta para medir el impacto sobre los segundos, concretamente el respeto de las garantías judiciales. Por ello, la Corte declaró en este asunto que el Estado había violado el artículo 25.1 y 2.c, combinados con el artículo 1.1 del Pacto de San José, teniendo en cuenta las serias consecuencias sobre “los derechos laborales” en el momento de establecer las reparaciones⁶⁷.

Los casos peruanos ponen perfectamente de relieve el hecho de que la violación del derecho al juez puede tener consecuencias “patrimoniales” —en general, usualmente adversas— y afectar indirectamente los derechos de los trabajadores. En otras palabras, una violación de la obligación de ejecutar las decisiones de la justicia (fijada por el art. 25.2.c de la Convención Americana) puede conllevar una violación del derecho de propiedad (protegido por el art. 21 de la misma) que, como se sabe, es interpretado de manera amplia por la Corte de San José⁶⁸.

67 Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú, *supra*, párr. 278.

68 De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de San José, el derecho a la propiedad comprende “el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”. Véase Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C. N° 170, párr. 174; y Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga v.

como de hecho hace su homóloga de Estrasburgo. Los casos “Cinco Pensionistas”⁶⁹, y Acevedo Buendía⁷⁰ demuestran lo anterior. Estos casos se refirieron a la no ejecución, por parte del Estado peruano, de varias decisiones de la justicia nacional —incluyendo fallos del Tribunal Constitucional de Lima— que protegían el derecho a la pensión consagrado en el ordenamiento jurídico interno, a nivel constitucional y legislativo. Mientras que el gobierno peruano había disminuido arbitrariamente, con decretos leyes, el monto de las pensiones de personas que se habían desempeñado en la función pública; el juez nacional había decidido su inconstitucionalidad y, por ende, la inaplicabilidad de las disposiciones adoptadas por el ejecutivo. No obstante, las decisiones del guardián de la Constitución peruana, que buscaban que la pensión de los funcionarios retornara a los niveles que nunca debió haber perdido, no fueron aplicadas por el Estado. En este delicado contexto, político y jurídico, la Corte Interamericana recalcó varias veces que el derecho a la pensión, generado por cotizaciones regulares pagadas por personas afiliadas a organismos de seguridad social, tenía “efectos patrimoniales”⁷¹ que, como tales, se encontraban protegidos por el artículo 21 del Pacto de San José. De esta forma, la no ejecución de las decisiones de la justicia nacional que tenían por objeto hacer efectivo el derecho a la pensión, no solamente implica una violación del artículo 25.2.c de la Convención, sino que también una violación del artículo 21 de la misma⁷². Así, la

Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C. N° 179, párr. 55.

69 Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas” v. Perú, *supra*.

70 Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) v. Perú, *supra*.

71 Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas” v. Perú, *supra*, párr. 103 y Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú, *supra*, párr. 85.

72 Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas” v. Perú, *supra*,

protección indirecta de los derechos sociales se conjuga con su protección específica que deriva del Protocolo de San Salvador.

Se ve, entonces, cómo el recurso a los derechos civiles y políticos ha sido un vector omnicomprensivo, pertinente y eficaz para abordar la protección de los derechos sociales. Sin embargo, en la medida en que la jurisprudencia fue profundizando en la materia, dicho vector fue complementado por la utilización del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención.

III. Una protección específica sobre la base del protocolo de san salvador

La protección específica se desprende de la redacción del artículo 19.2 del Protocolo de San Salvador. Dicho artículo permite la aplicación del sistema de petición individual (tal como fue reglamentado por los arts. 44-51 y 61-69 de la Convención Americana) cuando un caso permita observar la violación del artículo 8.1 relativo a los derechos sindicales o el artículo 13 relativo al derecho a la educación. Un caso en particular puso en evidencia el uso del Protocolo de San Salvador: el fallo *Gonzales Lluy*⁷³. Este es original, puesto que la Corte, por un lado, continua utilizando el vector de los derechos civiles y políticos (arts. 4 y 5 de la Convención) para proteger el derecho a la vida y salud (véase *supra*) y, por otro lado, se trata del primer caso en la historia del Tribunal Interamericano en el que el derecho a la educación protegido por el Protocolo de San Salvador fue invocado y declarado vulnerado con respecto a la peticionaria⁷⁴ quien, en este caso, fuera expulsada a los cinco años de una escue-

la pública —expulsión amparada por el poder judicial— por temor a que pudiese contagiar a sus compañeros de clase del VIH que había contraído en una transfusión de sangre.

Los argumentos de la Comisión y de los representantes de la víctima pusieron en evidencia que el derecho a la educación había sido infringido por la expulsión de la escuela, ya que perpetuó un tratamiento discriminatorio y estigmatizador de las personas infectadas por el virus del SIDA (párrs. 230-231). El artículo 1.1 de la Convención desempeñó aquí un rol central. Después de recordar lo que lo distinguía del artículo 24, luego de que los representantes de las víctimas hubieran alegado, erróneamente, con fundamento a esta disposición⁷⁵, la Corte argumentó a partir del artículo 1.1, al considerar que los portadores del virus del SIDA eran sujeto de la protección allí reconocida. Se sabe, en efecto, que la serie de motivos de no discriminación contenidas en la disposición citada es de naturaleza “abierta”, al terminar con la precisión de “otra condición social”⁷⁶, lo que permitió incluir al amparo de esta disposición lo relativo a la seropositividad. La Corte presentó, además, las consecuencias jurídicas derivadas de este avance: la obligación de activar un control judicial estricto de los motivos de no discriminación, lo que con apoyo en la jurisprudencia de jurisdicciones internas —como la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Argentina, Costa Rica y la Corte Constitucional de Colombia— denominó “juicio estricto de igualdad”⁷⁷. En este contexto, la Corte Interamericana recordó la importancia de efectuar un examen riguroso y exhaustivo de las restricciones de los derechos con miras a verificar si las autoridades internas, sobre las cuales pesa la carga de la

párrs. 115 y 121 y Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) v. Perú*, *supra*, párr. 91.

73 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy v. Ecuador*, *supra*.

74 *Ibidem*, párr. 291.

75 *Ibidem*, párr. 243.

76 *Ibidem*, párr. 255.

77 *Ibidem*, párr. 256.

prueba, están en capacidad de demostrar que existían elementos suficientemente serios para justificar el trato diferenciado y que no había ni finalidad ni efecto discriminatorio. Resulta interesante destacar, en este momento, que conforme a otros fallos, como el producido en el marco del caso *Kimel*⁷⁸ en materia de libertad de expresión, la Corte decidió acudir a una herramienta —la proporcionalidad— que como se sabe se ha convertido en “lengua común” de numerosas cortes constitucionales (Cartabia, 2016) y regionales (Sudre, 2017).

Luego de establecer el marco teórico de su análisis, la Corte examinó de manera precisa el contexto social y jurídico que originaba la exclusión escolar de Talía⁷⁹. Es interesante constatar que la evaluación sobre la necesidad de la medida cuestionada se realizó a la luz de varios de los criterios desarrollados en el campo de la educación y la salud por parte de dos órganos convencionales, el Comité de Derechos Económicos y Sociales y el Comité sobre los Derechos del Niño⁸⁰. El primer elemento que la Corte resalta se refiere a la exigencia de adaptabilidad en el campo educativo cuando el cuerpo profesional se ve confrontado a niños portadores del VIH. No obstante, omitiendo dicha exigencia, las autoridades ecuatorianas no tomaron medidas para combatir los prejuicios asociados a la situación médica de la peticionaria⁸¹. Igualmente, la Corte recordó que era inadmisible fundar una decisión como la exclusión de una niña de cinco años de la escuela en elementos abstractos y desprovistos de evaluaciones concretas. En otros términos, “las especulaciones, presuncio-

nes o estereotipos sobre los riesgos de ciertas enfermedades particularmente cuando reproducen el estigma entorno a las mismas”⁸² no son admisibles como justificación de tratos diferenciados. El segundo elemento se refiere a la obligación, en cabeza de las “instituciones educativas”, de proporcionar un ambiente que acepte y celebre la diversidad humana de la que la discapacidad es “una manifestación inagotable”⁸³.

El elemento más llamativo del análisis de la Corte Interamericana en el caso *Gonzales Lluy* es el relativo a la referencia a la interseccionalidad de la discriminación⁸⁴ que, de hecho, es resaltada en la opinión separada del juez Ferrer Mac-Gregor⁸⁵. En este caso, la Corte Interamericana puso de relieve el hecho de que la discriminación contra Talía se encontraba asociada a una serie de factores relacionados con su sexo

82 *Ibidem*, párr. 264

83 *Ibidem*, párr. 284.

84 *Ibidem*, párrs. 285-291.

85 Se sabe que los trabajos académicos sobre la cuestión son numerosos y que han iniciado por los proponentes de la literatura feminista afroamericana y fueron posteriormente retomados por especialistas anglosajones del derecho de los derechos humanos en general. Se puede considerar que aquí, una vez más, la Corte Interamericana fue pionera, puesto que su homólogo europeo, hasta hoy, no se ha interesado verdaderamente por la cuestión de la interseccionalidad. En 2012, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos habría podido desarrollar un análisis profundo sobre la “discriminación multifactor”, tal como lo invitaban los intervenientes, en el caso *B.S.*, en el que una joven prostituta africana fue maltratada por la policía (TEDH, *B.S. v. Spain*, 24 de julio de 2012). Pero el Tribunal no se pronunció. En 2017, aunque se avanzó un poco en la consideración de nuevos esquemas analíticos propios de la doctrina sobre los estereotipos (TEDH, *Carvalho da Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, 25 de julio de 2017; véase Burgorgüe, Laurence, *AJDA*, 25 de septiembre de 2017, p. 1769), no se comprometió a efectuar una evaluación profunda de la interseccionalidad. Dicho de otra forma, por el momento no se encuentra una decisión emblemática de la Gran Sala que fije, para Europa, la manera en la que se debe interpretar la interseccionalidad de la discriminación.

78 Corte IDH. *Caso Kimel v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C. N° 177.

79 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy v. Ecuador*, *supra*, párrs. 260 y ss.

80 *Ibidem*, párr. 264.

81 *Ibidem*, párr. 263.

—mujer—, su enfermedad —portadora del VIH—, su discapacidad, su edad —menor— y a su estatus social —pobreza—. Conjunto de elementos que la hacían vulnerable y que agravaron los daños por ella sufridos (párr. 285). En el párrafo 290, la Corte presentó el panorama general mencionando expresamente la combinación de factores múltiples de vulnerabilidad de “forma intersectorial múltiple”. El argumento de la Corte resalta que es de la *interacción* entre los múltiples factores de vulnerabilidad —portadora del VIH, niña, mujer y pobre— que emana la discriminación multifactorial.

Actualmente, es pertinente preguntarse por el destino contencioso del Protocolo de San Salvador. En efecto, partiendo de la base del cambio de interpretación del artículo 26 y la “autonomización” subsecuente de varios derechos sociales (véase *infra*), ¿continuará siendo invocado por los peticionarios?

IV. Una protección original a través del artículo 26 de la convención americana

A la protección indirecta y la protección específica de los derechos económicos y sociales se suma hoy una protección original a través del artículo 26 de la Convención Americana. Después de un comienzo caótico, en el que el artículo 26 fue descartado judicialmente (4.1.), en la actualidad se anuncia el comienzo de una nueva era, extremadamente prometedora, donde el alcance y el sentido de esta disposición han tomado un giro manifiestamente revolucionario, puesto que la justiciabilidad del artículo 26 es, desde hace poco, aceptada (4.2.).

IV.1. El descarte judicial del artículo 26 de la CADH

Según el artículo 26 de la Convención, que lleva por título “Desarrollo progresivo” (siendo la única disposición incluida en el capítulo III, que lleva a su vez por título “Derechos

económicos, sociales y culturales”), “Los Estados Partes se comprometen 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 de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (cursivas añadidas).

La redacción del artículo 26 ha suscitado siempre importantes *disputatio* doctrinales, marcadas todas ellas por la idea de la imprecisión normativa de tal disposición, que no hace sino acentuar el carácter jurídicamente ambiguo de los derechos sociales. El célebre jurista uruguayo Hector Gross Espiell criticó su “debilidad” normativa, así como su carácter “superfluo” (1989, 291), si se tiene en cuenta la protección que resulta de la combinación de la Carta de la OEA, tal como fuera reformada por el Protocolo de Buenos Aires⁸⁶ y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸⁷. Por su parte, Víctor Rodríguez Rescia puso de relieve, de manera más clásica, el carácter impreciso de los derechos sociales al calificarlos como “derechos programáticos” (2004, 1).

El artículo 26 engendra todavía más perplejidad en relación con el principio de progresividad que menciona. Esta noción no es desconocida en el universo del derecho internacional y más específicamente en el del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

86 En particular, las referencias contenidas en los arts. 2 y 17 de la Convención Americana.

87 Esta enuncia el derecho a la salud, art. XI; el derecho a la educación, art. XII; el derecho a los beneficios de la cultura, art. XIII; el derecho al trabajo, art. XIV, y el derecho a la seguridad social, art. XVI.

Sociales y Culturales. Se sabe que a la luz de dicho pacto se han instaurado estándares de evaluación (*i.e.*, de *monitoring*) en términos de progresividad y no regresividad. Estos se materializan con la presentación periódica de informes por parte de los Estados al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Es a través de dos importantes textos como el citado Comité ha precisado la naturaleza y la extensión de las obligaciones de los Estados en el marco del Pacto. El artículo 26 es, entonces, la manifestación, a escala interamericana, del principio de progresividad que, en sí mismo, no puede servir de una base jurídica “justiciable”, en la medida en que los estándares de progresividad y de no regresividad no son susceptibles de control por el juez, sino más bien por los órganos del Sistema Interamericano, empezando por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Lo que el juez puede hacer es utilizar los logros del principio de no discriminación o extraer todas las consecuencias de la obligación de adoptar las medidas precisas. Esta obligación era, por otra parte, claramente expuesta por el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al exponer los principios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y afirmar que,

si bien el Pacto [*internacional de derechos económicos, sociales y culturales*] preveía efectivamente que el ejercicio de los derechos deberá ser asegurado progresivamente y reconocía las obligaciones resultantes del carácter limitado de los recursos disponibles, imponía también diversas obligaciones con efecto inmediato, de las que dos son particularmente importantes para comprender la naturaleza precisa de las obligaciones de los Estados partes. Una obligación [...] es que los Estados partes “se comprometen a garantizar” que los derechos considerados “serán ejercidos sin discriminación”. [...]

La otra obligación reside en el hecho de que conforme a los términos del párrafo 1 del artículo 2, los Estados se comprometen a adoptar medidas, obligación que, en sí misma, no se encuentra matizada o limitada por otras consideraciones⁸⁸.

Adicionalmente, si bien la cuestión de la “progresividad” fue objeto de numerosas discusiones doctrinales —puesto que los derechos sociales generan sistemáticamente numerosos “mitos”— (Mejía R., 2007), la misma no ha sido abordada de manera general por la Corte de San José. Durante mucho tiempo, hasta la decisión del 1 de julio de 2009, el único análisis del artículo 26 de la Convención —sucinto y generador de numerosos interrogantes— provino de la sentencia de los “Cinco pensionistas”⁸⁹. Tanto la Comisión como los representantes de las víctimas alegaban la violación del artículo 26, dado que —desde su punto de vista— el Estado, al modificar los modos de cálculo de las pensiones, no había respetado la obligación resultante del principio de progresividad: la prohibición de toda regresión en materia económica y social. A este argumento, la Corte respondió con un *dictum* particularmente ambiguo y, para algunos, notablemente peligroso y regresivo (Melish, 2005). La Corte afirmó:

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente *cobertura* de los derechos eco-

88 Comité DH. La naturaleza de las obligaciones de los Estados partes (art. 2, párr. 1 del Pacto), observación general 3, 14 de diciembre de 1990, párr. 9.

89 Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas” v. Perú, *supra*.

nómicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, *sobre el conjunto de la población*, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente⁹⁰.

Para el juez de Roux Rengifo, la Corte se había equivocado subordinando al “test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población”⁹¹. Según él, la Corte confundía la función de *monitoring* de los derechos —que corresponde a la Comisión Interamericana— y la función judicial que es la propia de la Corte y que no está en absoluto subordinada a la existencia de un número preciso y determinado de personas que hayan visto vulnerados sus derechos. Para Tara Melish, si el párrafo 147 de la sentencia de los “Cinco Pensionistas” es una “catástrofe”, es porque confunde efectivamente las dos funciones, complementarias pero distintas, de *monitoring*, por un lado, y de control contencioso, por otro. Ahora bien, si la Corte se ha equivocado es porque habría sido inducida al error por los argumentos de la Comisión y de los representantes de las víctimas que, a propósito, se basaron equivocadamente sobre el trabajo realizado a escala universal en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde hace más de treinta años. Cabe preguntarse si estas críticas fueron escuchadas por la Comisión y la Corte. Así lo parece, dado que los asuntos posteriores en los que cuestionaban derechos de los trabajadores demuestran una moderación argumentativa de

buena ley, al menos por parte de la Comisión. Esta no invocó la violación del artículo 26 en el caso de los *Trabajadores cesados del Congreso*⁹² ni en el caso *Acevedo Jaramillo*⁹³. Tal actitud de self restraint argumentativo no fue la opción estratégica elegida por los representantes de las víctimas. Plantear, por ejemplo, la violación de la obligación de progresividad respecto del derecho a la seguridad social previsto en el artículo 45 de la Carta de la OEA⁹⁴ o solicitar que la reglamentación y la jurisprudencia internacional sean tenidas en consideración “a fin de precisar el alcance y el contenido” del derecho del artículo 26⁹⁵, fueron estrategias procesales que les llevaron in fine hacia un impasse. En los dos casos aludidos, la Corte rechazó esas pretensiones. El rechazo fue tajante en el caso *Acevedo Jaramillo*: “La Corte no analizará la alegada violación al artículo 26 de la Convención porque ya se refirió a las graves consecuencias que tuvo el incumplimiento de las sentencias en el marco de los derechos laborales amparados en aquellas”⁹⁶ y no menos implacable en el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso. La Corte explicó expressis verbis que tras haber tenido en cuenta los derechos de las víctimas desde el ángulo de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, era “consciente de que las violaciones a dichas garantías necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las presuntas víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el

92 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C. N° 158.

93 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú*, *supra*.

94 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*, *supra*, párr. 134.

95 104 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú*, *supra*, párr. 283.a.

96 *Ibídem*, párr. 285.

90 Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” v. Perú*, *supra*, párr. 147 (cursivas añadidas).

91 Último párrafo de la opinión concordante de Carlos Vicente de Roux Rengifo a la sentencia de la Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” v. Perú*, *supra*.

ejercicio y goce de otros derechos propios de una relación laboral”⁹⁷. Sin embargo, relegó el examen de sus “consecuencias” a la etapa de las reparaciones. El recurso a las reparaciones resulta aquí de capital importancia. La Corte de San José pone de relieve, una vez más, toda la originalidad del Sistema Interamericano que beneficia, *in casu*, a los trabajadores. Además de las indemnizaciones pecuniarias —a menudo bastante elevadas, como en el caso de los “Cinco Pensionistas”— la violación de los derechos de los trabajadores ha permitido a la Corte pronunciarse sobre la *restitutio in integrum*, una reparación cuya aplicación se sabe difícil, o incluso imposible, a la luz de las violaciones graves y sistemáticas del derecho a la vida a las que el Sistema Interamericano se enfrenta desde hace años. La Corte desarrolla en toda su amplitud la noción de *restitutio* exigiendo del Estado no solo cambios legislativos y jurídicos importantes, tales como la creación de un órgano independiente e imparcial para evaluar los despidos de los trabajadores del Congreso peruano⁹⁸, sino también la adopción de medidas imponiendo el reintegro de las personas indebidamente despedidas en sus puestos de trabajo, llegando incluso hasta exigir al Estado que ofrezca a esas personas “alternativas de empleo que respeten las condiciones, los salarios y las remuneraciones que [los empleados] tenían en el momento de ser despedidos”⁹⁹. Medidas, por tanto, que imponen a los Estados una carga notablemente más pesada que la que enfrentan en el marco de la protección de los derechos civiles y políticos más comunes.

Aunque la etapa de las reparaciones ha permitido *in fine* que la situación de los peticionarios-trabajadores fuera tomada en cuenta, no

97 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*, *supra*, párr. 136.

98 *Ibidem*, punto 4 del dispositivo.

99 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú*, *supra*, punto 6 del dispositivo.

se puede ocultar el hecho de que el caso de los “Cinco Pensionistas” no permitió tener una visión clara y definitiva del alcance del artículo 26. Afortunadamente, el asunto Acevedo Buendía y después el caso *Lagos del Campo* colmaron las lagunas analíticas y conceptuales anteriores.

IV.2. La justiciabilidad actual del artículo 26

La justiciabilidad del artículo 26 se produjo en varias etapas. El fallo Acevedo Buendía analizó las condiciones históricas de su elaboración y su ubicación en el texto de la Convención. La aproximación interpretativa utilizada por la Corte le permitió tomar posición sobre esta disposición (4.2.1). No fue sino en 2017, es decir, 38 años después de la instalación de la Corte en 1979 y ocho años después del caso Acevedo Buendía, que la Corte “cruzó el Rubicon” para afirmar, expresamente, la justiciabilidad del artículo 26 (4.2.2).

IV.2.1. La apertura del caso Acevedo Buendía

El caso Acevedo Buendía hace parte de lo que se podría llamar las “grandes decisiones” de la Corte de San José, pues es la primera sentencia que toma posición *expressis verbis* sobre el alcance de “cláusula de progresividad”. Como hemos visto, si tal disposición fue mencionada en el caso de los “Cinco Pensionistas”, fue de manera muy breve y, además, generó muchos malentendidos y controversias doctrinales. La sentencia del 1 de julio de 2009 es todo lo contrario. Es una verdadera profesión de fe por parte de la Corte, ya que toma posición de manera unívoca acerca de esta importante cláusula. Tal opción metodológica estaba anunciada, de forma casi premonitoria, por el juez mexicano Sergio García Ramírez, quien, en su voto concurrente en el asunto “Cinco Pensionistas”, había anunciado

el desarrollo casi inevitable de esta temática “actual y trascendental” del contencioso interamericano¹⁰⁰. Ya es cosa hecha. Los hechos que originaron el fallo eran un “clásico” de los casos peruanos presentados ante la Corte de San José, ya que eran ampliamente similares a los del caso de los “Cinco Pensionistas”.

Los peticionarios, todos miembros de una Asociación que agrupaba los Cesantes y Jubilados de la Contraloría General del Perú¹⁰¹, se quejaban del incumplimiento de dos fallos del Tribunal Constitucional peruano (de 21 de octubre de 1997 y de 26 de enero de 2001). Se trató de decisiones judiciales fundamentales para los peticionarios, ya que obligaban a la Contraloría a abonar una parte de la pensión de jubilación de los integrantes de la Asociación que habían visto cómo la cuantía de aquella había disminuido luego de la promulgación de unos decretos ley. Por un lado, la Comisión no invocó la violación del artículo 26, fundando su argumentación sobre la vulneración de los artículos 21 —derecho de propiedad— y 25 —protección judicial—. Por el otro lado, el artículo 26 combinado con el artículo 1, párrafo 1 fue al centro de la argumentación de los representantes de las víctimas. La novedad procesal¹⁰² radicaba en la excepción preliminar *ratione materiae* presentada por el gobierno peruano, que rehusaba la competencia de la Corte para decidir a propósito de la violación del derecho a la seguridad social, que tanto el Convenio como el protocolo de San Salvador

no protegía. La Corte desestimó tal excepción afirmando que tenía la compétence de la compétence para determinar el alcance de su propia competencia¹⁰³. Añadiendo, como argumento subsidiario, que “puesto que el Perú es Estado Parte de la Convención Americana y ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte, esta es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma. Por lo tanto, el análisis de esta controversia, es decir, la determinación de si el Estado es responsable por el incumplimiento del artículo 26 de la Convención, se realizará en el capítulo de fondo de la presente Sentencia”¹⁰⁴.

En una materia tan discutida y controvertida, la Corte fue muy clara al afirmar que “la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”¹⁰⁵. Tal afirmación no fue acompañada, *in casu*, de una constatación de violación del artículo 26, pero el paso efectuado fue gigantesco. Para llegar a tal solución, utilizó —haciendo gala de su forma tan característica de interpretación acudiendo tanto la jurisprudencia europea como la “doctrina” del Comité Económico y Social— el método histórico y sistemático para estudiar las obligaciones que derivan del Pacto americano¹⁰⁶. Habrá que seguir con mucha atención la evolución de la jurisprudencia para ver si, en otro caso, la Corte será aún más audaz declarando la vulneración del artículo 26.

Si la Corte fue, en cierta forma, pionera con el fallo *Acevedo Buendía*, al ser la primera

100 Voto concurrente razonado en la sentencia de los “Cinco Pensionistas”, punto 3: “Cabe suponer que la Corte podrá examinar esta relevante materia en el futuro. Habrá ocasión, pues, de subrayar de nueva cuenta la jerarquía de esos derechos, que no tienen menor rango que los civiles y políticos”.

101 En total se trataba de 273 personas. Véase Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) v. Perú, supra*, párr. 4.

102 Si la comparamos al Caso “Cinco Pensionistas” v. Perú, *supra*.

103 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) v. Perú, supra*, párr. 16.

104 *Ibidem*, párr. 17.

105 *Ibidem*, párr. 103.

106 *Ibidem*, párrs. 99-103.

jurisdicción internacional en consagrar la justiciabilidad de la obligación de no regresividad impuesta a los Estados, su liderazgo judicial en esta materia se puso de manifiesto, con mayor agudeza, en el caso *Lagos del Campo*.

IV.2.2. La revolución del fallo Lagos del Campo

Este caso se refiere al despido de un trabajador, por falta grave, luego de declaraciones públicas que había efectuado en su calidad de representante del personal. Un despido que las jurisdicciones internas, específicamente la jurisdicción suprema que revocó la decisión de primera instancia, avalaron con fundamentos cílicos. Al ser despedido, el trabajador estaba en la imposibilidad de beneficiarse de una pensión y no encontraba un trabajo. Su vida familiar y su salud se vieron afectadas¹⁰⁷. El Estado peruano fue condenado, con una votación de 5 contra 2, por haber infringido, por un lado, el derecho a la “estabilidad laboral” reconocido por el artículo 26 (combinado con los arts. 1.1, 13, 8 y 16 de la Convención) y, por otro lado, la libertad de asociación de los trabajadores consagrada por los artículos 16 y 26 (combinado con los arts. 1.1, 13 y 8 de la Convención Americana). De esta manera, la Corte hizo justiciable el artículo 16. ¿Cuál fue la argumentación de la Corte para llegar a tal resultado cuando ninguna de las disposiciones de la Convención Americana menciona, *prima facie*, el derecho al trabajo y el Protocolo de San Salvador solo hace justiciable los derechos a la educación (art. 13) y el derecho de asociación sindical (art. 8.1.a.)?

Por lo que respecta al derecho a la estabilidad laboral, la Corte actuó en tres movimientos: reiterar, innovar, aperturar. Empecemos por examinar el movimiento “reiterar”. Gra-

cias a la combinación de los literales b y d del artículo 29 —que consagra el principio de no regresividad— no solamente en el marco del goce y ejercicio de los derechos consagrados a nivel estatal, sino en el marco de las convenciones de las que los Estados son parte, así como en relación con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y “textos internacionales de la misma naturaleza”, la Corte reafirmó solemnemente la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales¹⁰⁸. Además de citar los casos *Acevedo Buendía, Suárez Peralta, Gonzales Lluy* —en los que ya había abordado este elemento crucial—, la Corte, casi de manera imperceptible, citó el preámbulo de la Convención al final de la nota al pie número 189, contenida en el párrafo 141, sin identificar un considerando en particular. Podríamos, en este momento, suponer que se refería específicamente al primero y al último¹⁰⁹. En todo caso, la Corte presentó así, de entrada, el fundamento filosófico de su análisis. Muchas veces invocadas en medios doctrinales progresistas, a veces anunciadas solemnemente por las jurisdicciones, la interdependencia y la indivisibilidad en general nunca trascendían de afirmaciones vacuas. Se verá que, en esta oportunidad, no fue así. La Corte prosiguió recordando el posicionamiento del artículo 26 en la Convención. Aunque constituye la totalidad

108 *Ibidem*, parr. 141.

109 El primer párrafo prevé: “Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el último está redactado de la siguiente manera: “Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967), aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia”.

107 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo v. Perú, supra*, párr. 152.

del capítulo —el tercero—, se encuentra en la primera parte del texto, reiterando que por ello estaba sujeto, como los derechos enumerados en el capítulo 2, a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1, y 2¹¹⁰. Hasta aquí, se admite, el razonamiento es familiar, puesto que en términos generales se trata de una sucesión de reiteraciones de posturas que la Corte ya había tomado.

La innovación vendría inmediatamente, tomando la forma de lo que se podría denominar la técnica de la “derivación”. Esta consiste en derivar el derecho al trabajo de otros textos —Carta de la OEA y Declaración Americana— gracias al mecanismo de la remisión —tanto textual como jurisprudencial—.

En tres párrafos, del 143 al 145, la Corte hizo que el derecho al trabajo “derivara” de una interpretación del artículo 26 combinada con la Carta de la OEA y la Declaración Americana. Para iniciar, la Corte acudió al texto mismo del artículo 26, que menciona *expressis verbis* que “aquellos derechos se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA”. Esta mención expresa, aunque aislada del resto del texto del artículo 26, permitió, por consiguiente, analizar el texto adoptado en 1948 —y reformado por el Protocolo de Buenos Aires de 1967— para de allí extraer los artículos que hacen referencia al trabajo. Ello se logró con los artículos 45.b y c, y 34.g de la Carta de la OEA, que mencionan que el “trabajo es un derecho y un deber social”; que “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos” deben existir; que los trabajadores tienen derecho a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses” y, finalmente, que los Estados deben “armonizar la legislación social” para proteger esos derechos.

110 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo v. Perú, supra*, párr. 142.

Con fundamento en el artículo 26, que remite a la Carta de la OEA, la Corte adjunta una dosis de interpretación jurisprudencial y recuerda que —desde su décima opinión consultiva, rendida en 1989 sobre la interpretación de la Declaración Americana— ya había afirmado que era imposible “interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”¹¹¹ y que dicha Declaración es “fuente de obligaciones internacionales”¹¹². Es así como, con fundamento en la Carta de la OEA y sus disposiciones relativas al trabajo, la Declaración resurge (y particularmente su art. XIV sobre las condiciones justas de trabajo) gracias a la opinión consultiva de 1989 y a una segunda alusión al literal d, del artículo 29¹¹³. Al considerar que se debía interpretar el artículo 26 en relación con la Carta de la OEA, siendo ella misma “interpretada y aplicada” teniendo en cuenta las disposiciones de la Declaración Americana, que a su vez impide toda interpretación regresiva de la Convención (art. 29.d), la ingeniosidad interpretativa de la Corte estuvo en todo su esplendor. No obstante, ella decidió no detenerse allí y procedió a su tercer movimiento.

La Corte termina su argumentación acudiendo a su técnica principal, el “aperturismo” (Burgorgue-Larsen, 2015). Así, no solamente se remite a las disposiciones constitucionales de 18 Estados para concluir que el derecho al

111 Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A. N° 10, párr. 43

112 *Ibidem*, párr. 45.

113 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo v. Perú, supra*, párr. 144.

trabajo estaba consagrado en ellas¹¹⁴, sino que hace un barrido por el *corpus juris* internacional más representativo para demostrar que lo mismo ocurría en el nivel internacional: A nivel universal (con el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 6 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el art. 32.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño), a nivel regional (en el contexto interamericano, con los arts. 7 y 8 de la Carta Social de las Américas; los arts. 6 y 7 del Protocolo de San Salvador), en el europeo (con el art. 1 de la Carta Social Europea), y el africano (con el art. 15 de la Carta Africana).

Todo estaba preparado para, en el párrafo 146, afirmar que analizando “el contenido y el alcance” del artículo 26, la Corte tendrá en cuenta, sobre la base de las reglas de interpretación previstas en el artículo 29.b, c y d, la protección de la estabilidad laboral. Restaba, entonces, definir qué entendía la Corte por esta expresión. Inspirándose de la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC) sobre el derecho al trabajo, del Convenio 158 de la OIT relativo a la terminación de la relación de trabajo, y la recomendación 143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores, la Corte precisó la obligación de los Estados en lo que respecta a la protección del derecho a la estabilidad laboral¹¹⁵ pero, al mismo tiempo, recordó que ella “no consiste en una permanencia desprovista de restricciones en un mismo puesto de trabajo” sino que, más bien, consiste en “respetar este derecho” reconociendo al trabajador “garantías de protección” en caso

de que sea despedido¹¹⁶. Así, para la Corte, el despido arbitrario del señor Lagos del Campo no solamente lo privó de su empleo, sino de los “beneficios derivados de la seguridad social” que no fueron correctamente protegidos por las jurisdicciones internas¹¹⁷.

El segundo eje importante del fallo *Lagos del Campo* se refiere al derecho de defender y promover los intereses de los trabajadores a través de la libertad de asociación. En lugar de hacer derivar este derecho únicamente del artículo 16 —cuya redacción habría permitido perfectamente a la Corte referirse a la expresión de fines “profesionales” o a la de “todo otro fin”—, la Corte prefirió aislar, para singularizarla de mejor manera, la libertad de asociación de los trabajadores con miras a defender sus intereses, al hacerla derivar del artículo 26 combinado con el artículo 16. La mención del artículo 26 permite la remisión a las normas sociales de la Carta de la OEA —una vez más sin mención a un artículo específico— y al preámbulo de la Carta Democrática Interamericana que reconoce el derecho de los trabajadores a asociarse para la promoción y defensa de sus intereses¹¹⁸. Se trató, de cierta forma, de una distinción del derecho de asociación sindical tal como hasta entonces había sido utilizado por la Corte en el marco de casos de despido y ejecución extrajudicial de líderes sindicales¹¹⁹. La aproximación metodológica de la Corte fue ampliamente explicada, para dotarla de mayor legitimidad, por el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto concordante, que proporciona explicaciones importantes para entender de mejor manera el proceder de la Corte que, en este aspecto, fue menos prolífico que en lo que se refiere a la estabilidad laboral. Con fundamento en estos

116 *Ibidem*, párr. 150.

117 *Ibidem*, párr. 153.

118 *Ibidem*, párr. 158.

119 Véase *supra*, apartado 2 de este capítulo.

114 *Ibidem*, párr. 145, particularmente la nota al pie número 199.

115 *Ibidem*, párr. 149.

elementos, la mayoría de los jueces de la Corte consideró que el despido del peticionario no solamente no le permitió representar más a los trabajadores en el marco del proceso electoral interno de la empresa, que él mismo era responsable de supervisar¹²⁰, sino que este evento tuvo consecuencias sobre la dimensión colectiva del derecho, ya que pudo tener un efecto “amedrentador e intimidante” sobre el resto de los miembros de la “comunidad industrial”¹²¹.

IV.2.3. Las extensiones del fallo Lagos del Campo

En los seis meses que siguieron la revolución del fallo *Lagos del Campo*, la Corte confirmaría su nueva aproximación, basada en la derivación de derechos, en la decisión *Petroperú* y en la opinión consultiva 23, solicitada por Colombia¹²². En el caso concerniente a Perú, la Corte declaró la violación del derecho al trabajo a favor de más de un centenar de trabajadores en razón de su imposibilidad de acceder a un recurso judicial efectivo en los términos de los artículos 8, párrafo 1, y 25¹²³. En el marco de la solicitud de opinión consultiva presentada el 14 de marzo de 2016 por el gobierno colombiano, la Corte aprovechó las cuestiones basadas en las obligaciones del Estado en lo que respecta a la preservación del medioambiente en la región del Caribe, para consagrar la justiciabilidad del derecho “auténtomo” a un ambiente sano¹²⁴, lo que según el juez Humberto Sierra Porto fue un *obiter dictum* inconveniente.

120 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo v. Perú*, *supra*, párr. 161.

121 *Ibidem*, párr. 162.

122 Corte IDH. Opinión consultiva OC-23/17.

123 Corte IDH. *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros v. Perú*, *supra*, párr. 195.

124 Corte IDH. Opinión consultiva OC-23/17, párr. 57.

A modo de preámbulo a su solicitud de opinión consultiva, el gobierno colombiano presentó sus inquietudes sobre la degradación ambiental en la región del Caribe, consecuencia del desarrollo de “imponentes infraestructuras” que tenían vocación de implantación permanente¹²⁵. Conviene aquí precisar inmediatamente, como no lo hiciera Colombia en sus escritos, que dichas “infraestructuras” se refieren al proyecto faraónico nicaragüense de construcción de un canal interoceánico¹²⁶. Sin embargo, el trasfondo político de la solicitud de opinión consultiva no es anodino y permite comprender la estrategia, por no decir táctica judicial, del gobierno colombiano. Este último ha sido llevado ante la Corte Internacional de Justicia tres veces por Nicaragua en litigios de orden fronterizo. Uno de ellos fue resuelto por una decisión del 19 de noviembre de 2012¹²⁷. Los otros dos, presentados en 2013, están pendientes de decisión¹²⁸. Demandado ante

125 *Ibidem*, párr. 2.

126 *Ibidem*, párr. 25. En realidad, esta precisión fue presentada por Guatemala en la audiencia.

127 Corte Internacional de Justicia, 19 de noviembre de 2012, *Différend territorial et maritime (Nicaragua v. Colombia)*, Recueil 2012, p. 624. Este fallo causó gran commoción en círculos políticos y jurídicos colombianos. Lo anterior puesto que, aunque la CIJ reconoció la soberanía del Estado sudamericano sobre algunas islas, islotes y archipiélagos que se encuentran en el Mar Caribe en las proximidades de Nicaragua, el mismo fallo modificó la frontera marítima entre los dos Estados, reduciendo significativamente el mar territorial de Colombia. Como consecuencia de esto, a los pocos días de conocido el fallo, de 27 de noviembre de 2012, el gobierno colombiano denunció el Pacto de Bogotá, base jurídica de su reconocimiento de la jurisdicción de la CIJ, véase Comunicado de prensa de la Presidencia de la República de Colombia. Consultado: 8 de agosto de 2018, disponible en http://wsp.Presidencia.gov.co/Prensa/2012/Noviembre/Paginas/20121128_01.asp

128 Se trata del caso de supuestas violaciones de los derechos soberanos y los espacios marítimos en el mar ca-

el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, Colombia decidió tomar las riendas y jugó la carta judicial interamericana al solicitar a la Corte de San José que se pronunciara sobre cuestiones relacionadas con los diferendos pendientes ante la Corte Internacional de Justicia. En función de la jurisprudencia progresista y audaz de la Corte Interamericana, y su aproximación *pro personae* y *pro ecología*, era fácil predecir quien sería favorecido. Desde este punto de vista, la estrategia fue un logro formidable porque esta opinión consultiva, en 98 páginas, presenta el alfa y a omega de las obligaciones en materia ambiental que se derivan no solamente de lo que la Corte llama el “*corpus juris* interamericano”, sino de las reglas y principios del derecho internacional del medioambiente.

Las tres preguntas formuladas por Colombia eran muy técnicas, algunos dirían incluso que eran áridas. La primera se refería al alcance de la noción de jurisdicción. Se trataba de saber si, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, una persona que no se encontraba en el territorio de uno de los Estados parte a la Convención Americana podría, a pesar de ello y sujeto a condiciones, encontrarse bajo su jurisdicción. La segunda se refería al alcance de las obligaciones convencionales. Lo que se pretendía era saber si las medidas y comportamientos de uno de los Estados parte a la Convención —cuyos efectos serían susceptibles de causar graves daños al ambiente marino (por acción y/u omisión)— eran compatibles con las obligaciones consagradas en los artículos 4.1 —derecho a la vida— y 5.1 —integridad física— de la Convención, leídos de manera combinada con el artículo 1.1. Finalmente, la tercera

pregunta consistía en saber si se debía interpretar las obligaciones de respeto y garantía de los derechos y libertades previstas en los artículos 4.1 y 5.1 de manera tal que implican una obligación más general en cabeza de los Estados de respetar las normas del derecho internacional del medioambiente que tienen por objeto impedir la causación de un daño ambiental capaz de imposibilitar el goce efectivo... En caso afirmativo, Colombia quería saber si esta obligación general podría traducirse en la realización de estudios de impacto ambiental en zonas protegidas.

Debe subrayarse, de entrada, que la Corte fue audaz sobre la totalidad de las preguntas. La Corte confirmó, en primer lugar, que el concepto de jurisdicción que se encuentra en el artículo 1.1 de la Convención se refiere a toda situación en la que un Estado parte ejerce su autoridad o un “control efectivo” sobre las personas, sin importar que sea sobre su territorio o fuera de él¹²⁹, aspecto en el que comparte la postura con la jurisprudencia del TEDH. Por ello, considera que “las posibles víctimas de las consecuencias negativas de esas actividades se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen, a efecto de la posible responsabilidad del Estado por el incumplimiento de su obligación de prevenir daños transfronterizos”¹³⁰. Sobre todo, las respuestas a la segunda y tercera pregunta formuladas demuestran que la voluntad de la Corte no titubea, por ahora, al imponer a los Estados una serie de obligaciones relacionadas directamente con el respeto de los derechos a la vida y la integridad, dos derechos que se encontraban en el centro de la solicitud colombiana y que, sin duda alguna, explican el origen de afirmaciones particularmente progresistas.

La Corte Interamericana valoriza, prime-

ribe (*Nicaragua v. Colombia*) y el caso de la cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia, más allá de las 200 millas marinas de la costa nicaragüense (*Nicaragua v. Colombia*).

129 Corte IDH. Opinión consultiva OC-23/17, párrs. 72-81.

130 *Ibidem*, párr. 102.

ro, las obligaciones de prevención de las que infiere obligaciones de hacer. Así, prevenir los “daños ambientales significativos” con miras a respetar y garantizar la vida y la integridad personal de los individuos requiere la reglamentación y control de las actividades peligrosas; la realización de estudios de impacto ambiental —cuando existen riesgos de ocurrencia de dichos “daños significativos”— y la atenuación de sus efectos, cuando se presenten¹³¹. Se debe resaltar aquí que la Corte consideró, en este contexto, que el principio de precaución era trascendental, “aún en ausencia de certeza científica”¹³², lo que es particularmente remarcable.

Posteriormente, la Corte centró su atención en la obligación de cooperación para evitar “todo daño ambiental transfronterizo significativo”, distinguiendo dos obligaciones suplementarias. La de notificación —los Estados que adelanten actividades potencialmente peligrosas para el medioambiente deben advertir a quienes sean “potencialmente afectados” por ellas y cuando se presenten situaciones de “emergencia ambiental”— y la de consulta y negociación —una vez más con los Estados potencialmente afectados por importantes riesgos ambientales—¹³³. La Corte termina, apoteósicamente, valorizando tanto en el marco de lo que llamó las obligaciones procedimentales, el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación ciudadana en la toma de decisiones como en la implementación de políticas públicas ambientales y, *last but not least*, el derecho de acceso a la administración de justicia con miras a hacer respetar las obligaciones ambientales tratadas a lo largo de su opinión consultiva¹³⁴. Todo ello

con fundamento *expressis verbis* en las disposiciones de la Convención Americana: el artículo 13, para el derecho de acceso a la información, sobre el que el caso *Claude Reyes*¹³⁵ ya había mostrado todo su esplendor, el artículo 23, para los derechos políticos, y el artículo 8.1, para el acceso a la justicia.

Aunque esta amplia gama de obligaciones debe ser resaltada, puesto que constituye una verdadera hoja de ruta para todos los Estados de la región y, más allá de ella, el alcance de la opinión consultiva es igualmente fundamental en dos aspectos: el de la defensa en favor de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y el ambiente, por un lado y el carácter autónomo reconocido al derecho a un ambiente sano y su justiciabilidad, por otro.

Se trata de la segunda oportunidad real que tuvo la Corte de abordar lo que se podría llamar una verdadera defensa de la valorización de los vínculos entre la protección de los derechos humanos y la protección del medioambiente para consagrar su interdependencia e indivisibilidad¹³⁶. En efecto, si el caso *Claude Reyes*, que se refería a un proyecto monumental de deforestación en el sur de Chile, había permitido valorizar el derecho al acceso a la información pública, especialmente en materia ambiental, gracias a la redacción del artículo 13 de la Convención Americana¹³⁷, y si numerosos casos de comunidades “indígenas” habían permitido valorizar su relación con las tierras ancestrales y la necesidad de que ellas puedan llevar una “vida digna”, fue el caso *Kawas*¹³⁸, relativo al asesinato

135 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C. N° 151.

136 Corte IDH. Opinión consultiva OC-23/17, párr. 54.

137 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros v. Chile*, *supra*.

138 Corte IDH. *Caso Kawas Fernández v. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C. N° 196.

131 *Ibidem*, párrs. 127-174.

132 *Ibidem*, párr. 180.

133 *Ibidem*, párrs. 181-210.

134 *Ibidem*, párrs. 211-241.

de la presidenta de una importante fundación de protección del medioambiente en Honduras, en donde la Corte tuvo el cuidado de afirmar que “existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos”¹³⁹. Con

139 *Ibidem*, pár. 148. En el marco del estudio de la violación del art. 4 (derecho a la vida), la Corte Interamericana recuerda la rampante ola de asesinatos de “defensores de derechos humanos, especialmente de defensores del medio ambiente” en Honduras luego de la muerte de Blanca Jeannette Kawas Fernández. En el marco del análisis de la violación del art. 16 —libertad de asociación—, la jurisdicción interamericana no dudó, como es habitual, efectuar una cadena de referencias endógenas —*i.e.*, propias al sistema político y jurídico de la OEA— y exógenas —completamente exteriores al continente americano— para afirmar la existencia de la relación entre la protección del medioambiente y la realización de otros derechos humanos. Además de valorar la jurisprudencia europea —los casos *Guerra, López Ostra, Fadeyeva*— y de recordar su propia jurisprudencia en el caso relativo a las comunidades indígenas, así como la constitucionalización del medioambiente en varios países del continente, la Corte hizo referencia al trabajo de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y de las Naciones Unidas. Estos últimos han puesto en evidencia la manera en la que la degradación ambiental y los efectos perversos del cambio climático han afectado el goce efectivo de los derechos humanos en el hemisferio. Asimismo, afirma, para completar esta profesión de fe sobre los vínculos entre el respeto de los derechos humanos y la protección ambiental, que muchos avances han sido tenidos en cuenta en el Protocolo de San Salvador. Este, en efecto, es el primer instrumento convencional que reconoce el derecho a un ambiente sano en el *corpus* de los derechos humanos. El art. 11.1 que establece que “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”. La táctica de la Corte al respecto es interesante y merece ser resaltada. El protocolo adicional al Pacto de San José no reconoce justiciabilidad al derecho al ambiente. Este es “únicamente” protegido por la vía de los informes periódicos que los Estados parte deben transmitir a la Comisión Interamericana (art. 19.6). Sin embargo, la Corte no alude a este elemento de orden procedural y no se ata al contenido del Protocolo. Esto es una manera de importar, a su jurisprudencia, la protección del medioambiente que, de golpe, se convertirá en un parámetro de su interpretación. La muerte de la defensora del medioambiente

la opinión consultiva 23, la Corte profundizó considerablemente este *dictum*, que de hecho recuerda¹⁴⁰. Siendo fiel al aperturismo que la caracteriza, la Corte, recurriendo a una imponente nomenclatura de fuentes exógenas a su sistema de referencia, no cesó de mostrar que tanto en el campo de los derechos humanos —en el nivel interamericano¹⁴¹, europeo, africano¹⁴² y universal—¹⁴³, como en el derecho internacional público —a través de una suma consecuente de textos internacionales de *soft law*¹⁴⁴ como la declaración de Estocolmo de 1972, la Declaración de Johannesburgo de 2002 y la agenda 2030 adoptada en 2015—, existe una “relación interdependiente” entre la protección del medioambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos.

El segundo aporte significativo de la opinión consultiva 23 se refiere a la justiciabilidad y a la autonomía del derecho a un ambiente sano. La Corte trasladó al campo ambiental el método de derivación que había utilizado en el caso *Lagos del Campo* sobre la estabilidad laboral. Además de mencionar la existencia precisa en el *corpus juris* interamericano de una disposición consagrada al hecho de que “toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos” (art. 11.1 del Protocolo de San Salvador), y que los “Estados partes promoverán la protección, pre-

—presidenta de PROSALANTE— fue considerada por la Corte, “de manera evidente”, como una “privación de su derecho a asociarse libremente” (pár. 152) y recordó el efecto amedrentador que este tipo de crímenes tienen “sobre las otras personas vinculadas a este tipo de causas” (pár. 153). En este contexto, la violación del art. 16.1, en combinación con el artículo 1.1 fue declarada.

140 Corte IDH. Opinión consultiva OC-23/17, pár. 47.

141 *Ibidem*, pár. 49.

142 *Ibidem*, pár. 50.

143 *Ibidem*, pár. 51.

144 *Ibidem*, pár. 52.

servación y mejoramiento del medio ambiente” (art. 11.2)¹⁴⁵, consideró que este derecho debía “considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26”¹⁴⁶. Este *obiter* es fundamental. Ni más ni menos, la Corte, en función consultiva, afirma sin ambages la justiciabilidad de este derecho. El mensaje enviado a todos los defensores del medioambiente es fuerte: saben desde ahora que, en el contencioso, no estarán obligados a desplegar los tesoros de la ingeniería argumentativa para llegar, con fundamento en el vector de los derechos civiles y políticos, a obtener una protección del medioambiente, como en el caso *Kawas*. Habiendo establecido la justiciabilidad, la Corte extiende al medioambiente la teoría de la “doble dimensión” que utilizaba hasta ahora en favor de la libertad de expresión¹⁴⁷. En su dimensión colectiva, el derecho al ambiente sano “constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras”, mientras que en su dimensión individual, su violación “puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexión con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida”. La Corte enfatiza en este *dictum* que “La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”¹⁴⁸.

Luego de proclamar la justiciabilidad del derecho a un ambiente sano gracias a una audacia interpretativa de primer orden, la Corte Interamericana abordó su “autonomía”. Este,

sin duda, es un pasaje que muestra la visión de futuro del juez interamericano de derechos humanos. Aunque el derecho contemporáneo, especialmente algunos ordenamientos jurídicos internos, camuflan ciertos avances que constituyen una “tendencia” (como el preámbulo de la Constitución boliviana y el art. 71 de la Constitución ecuatoriana que atribuye a la *Pacha Mama* derechos o algunos fallos innovadores como los de la Corte Constitucional colombiana¹⁴⁹ y la Corte Constitucional ecuatoriana¹⁵⁰) nunca antes un juez internacional se había aventurado a afirmar que el derecho a un ambiente sano, como derecho autónomo, “a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales”¹⁵¹. La naturaleza como sujeto de derechos... es este el progreso magistral del juez regional de los derechos humanos. Dicho de otro modo, no solamente se trata de proteger la naturaleza en la medida que ella se encuentra intrínsecamente ligada a los seres humanos y al goce efectivo de los derechos —algunos siendo más susceptibles que otros a ser afectados por los daños causados al medio ambiente—¹⁵², sino por su “importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos”¹⁵³.

En épocas en las que las degradaciones ambientales se multiplican —y son responsables indirectas de la creación del “contencio-

145 *Ibidem*, párr. 56.

146 *Ibidem*, párr. 57.

147 Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A. N° 5, párr. 30.

148 Corte IDH. Opinión consultiva OC-23/17, párr. 59.

149 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-622, 10 noviembre de 2016, párr. 9.27-31.

150 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 218-15-SEP-CC, 9 de julio de 2015.

151 Corte IDH. Opinión consultiva OC-23/17, párr. 62.

152 *Ibidem*, párr. 64.

153 *Ibidem*, párr. 62.

so climático” — (Huglo, 2018) ya no se puede ser pusilánime. Muchos de los actores lo han entendido y hacen primar la imaginación y la audacia, imbuidas de una fuerte dosis de voluntarismo político, con el fin provocar cambios¹⁵⁴. Entre estos actores, los jueces se ubican en la primera línea porque pueden hacer que las interpretaciones clásicas del derecho evolucionen y aceptar la actualización en lo que atañe al medioambiente. Con su estatus como jurisdicción internacional, la señal dada por la Corte Interamericana en favor de la protección de la naturaleza, y en consecuencia de los seres humanos que viven en ella, es significativa. Ella merece ser celebrada, estudiada y difundida.

La profundización de la nueva aproximación argumentativa basada en el artículo 26 de la Convención Americana ha iniciado. Por ahora¹⁵⁵, el derecho a la “estabilidad laboral”¹⁵⁶, el derecho al trabajo en sí mismo¹⁵⁷, el derecho a un ambiente sano¹⁵⁸ y el derecho a la salud¹⁵⁹ han sido declarados derechos “auténticos” y directamente justiciables con fundamento en la disposición convencional recién citada. A cada oportunidad que se le presenta, la Corte aprovecha para afinar su forma de razonar. Así, en el fallo *San Miguel de Sosa* se señala la obligación en cabeza de los Estados de no discriminar los trabajadores en función de sus opiniones políticas. En

el caso concreto, el despido arbitrario de tres mujeres constituyó, para la Corte, “una forma de desviación de poder”¹⁶⁰. Igualmente, en el caso *Poblete Vilches*, relacionado con la falta de cuidados en favor de un adulto mayor que conllevaron a su muerte, la Corte presenta dos precisiones. Una general, en la que hace explícitas las dos obligaciones que derivan del artículo 26. Por un lado, “la adopción de medidas generales de manera *progresiva*” que implican la prohibición de toda regresión. Por otro, “la adopción inmediata de medidas eficaces que garanticen el acceso indiscriminado a las prestaciones reconocidas por cada derecho”¹⁶¹. La otra precisión es específica al derecho a la salud. La Corte presentó con detalles el alcance y contenido de este derecho, basándose en las disposiciones constitucionales chilenas y teniendo en cuenta el *corpus juris* internacional de la materia. Con fundamento en dicha comparación, la Corte estuvo en capacidad de constatar la “consolidación” del derecho, lo que le permitió establecer una serie de estándares bastante precisos, tanto en lo que se refiere a las emergencias médicas

154 Por ejemplo, véase la versión comentada de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de Picod y Huglo, Bruselas Bruylant, 2018, p. 137.

155 Al 31 de julio de 2018.

156 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo v. Perú*, *supra*; Corte IDH. *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros v. Perú*, *supra*.

157 Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras v. Venezuela*, *supra*.

158 Corte IDH. Opinión consultiva OC-23/17.

159 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros v. Chile*, *supra*.

160 Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras v. Venezuela*, *supra*, párr. 221: “En el presente caso, la Corte concluyó que la terminación arbitraria de la relación laboral de las presuntas víctimas con el Consejo Nacional de Fronteras constituyó una forma de desviación de poder, pues se utilizó una cláusula establecida en su contrato como velo de legalidad para encubrir la verdadera finalidad de tal medida, a saber: una represalia en su contra por haber ejercido legítimamente sus derechos de participación política y libertad de expresión. Es decir, ellas fueron objeto de discriminación política mediante un despido arbitrario, el cual ocurrió en un contexto de denuncias de despidos semejantes y de otras formas de represalia para quienes habían decidido ejercer sus libertades al firmar por la solicitud de referendo. Así, su despido tenía la intención encubierta de acallar y desincentivar la disidencia política, pues fue instrumentalizado para que otras personas se vieran amedrentadas de participar políticamente y de expresar sus ideas y opiniones”.

161 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros v. Chile*, *supra*, párr. 104.

como en lo que atañe al tratamiento de adultos mayores vulnerables¹⁶².

En este punto del análisis debe señalarse, sin embargo, que este proceder de la Corte no se produjo sin resistencias internas. El punto de vista de los jueces minoritarios no pasó inadvertido. El juez uruguayo Alberto Pérez Pérez empezó la disputa. Lo hizo tímidamente en el caso *Suárez Peralta* al precisar que no se debían comprender las referencias al derecho a la salud como un reconocimiento de la competencia de la Corte en materia de derechos sociales¹⁶³. Lo hizo con más claridad en el caso *Gonzales Lluy*, en el que, luego de analizar los antecedentes de la Convención Americana, concluye que la mayoría de Estados no tuvieron jamás la intención de integrar estos derechos en el régimen de protección establecido por ella¹⁶⁴. Sobre este punto concordó el entonces presidente, Humberto Sierra Porto, emitiendo su primer voto separado desde que integró la Corte. Vale la pena recordar que el juez Sierra Porto, cuando fue miembro de la Corte Constitucional colombiana, una de las más activas y progresistas en materia de derechos sociales, estaba a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales (Parra Vera, 2017, 218), pero en el contexto del Sistema Interamericano, niega cualquier fuerza normativa al artículo 26, ya que dicha disposición se limita a consagrar la necesidad de su “desarrollo progresivo”. Esta resistencia, a la que se sumó el juez chileno Vio Grossi, se manifestó de manera constante ulteriormente.

162 En este contexto fue que la Corte declaró, en favor del señor Poblete Vilches, la vulneración del “derecho a la salud sin discriminación mediante servicios necesarios y urgentes en relación a su situación especial de vulnerabilidad como persona mayor”. Corte IDH. Caso *Poblete Vilches y otros v. Chile*, *supra*, párr. 118-143.

163 Corte IDH. Caso *Suárez Peralta v. Ecuador*, *supra*, párr. 1, voto razonado del juez Alberto Pérez Pérez.

164 Voto razonado del Juez Alberto Pérez Pérez en el caso Corte IDH. *Gonzales Lluy*.

Ante cada avance, efectuado a través de fallos —*Lagos del Campo, Petroperú, San Miguel de Sosa y Poblete Vilches*— o de opiniones consultivas —medioambiente y derechos humanos, el juez Sierra Porto presentó, de manera detallada y debidamente razonada, argumentos encaminados a cuestionar no solamente la nueva interpretación del artículo 26, que en su concepto sería contraria a la letra y el espíritu de la Convención, y a señalar las incoherencias y lagunas argumentativas en los casos en los que la Corte mezcló la nueva aproximación al artículo 26 y la protección indirecta a través de los derechos civiles y políticos, como en el caso *Poblete Vilches*¹⁶⁵.

Estas disidencias, que demuestran que las formas de interpretar el derecho y, por ende, de rendir justicia, son siempre diversas, no pueden ser tomadas a la ligera. Ellas permiten, indirectamente, presagiar otra resistencia, más política, por parte de los poderes constituidos de los Estados que podrían rebelarse contra una interpretación que sea considerada demasiado audaz, por lo que llevaría a una forma de “reforma judicial de la Convención”¹⁶⁶. En todo caso, aunque los Estados aceptasen sin desdén estos avances jurisprudenciales, el otro gran reto sería lograr hacerlos efectivos en su seno, lo que en materia de derechos sociales es,

165 Véanse párrs. 6 y ss. De su voto concordante en este caso.

166 El párr. 88 del fallo *Poblete Vilches* es significativo en este punto y muestra claramente el punto de vista del Estado, que no se debe subestimar: “Asimismo, en sus alegatos finales indicó el Estado que apoya la justiciabilidad de los DESC vía conexión con los Derechos Civiles y Políticos, mas no reconoció la competencia de la Corte para declarar la vulneración del artículo 26 de la Convención en forma directa. El Estado agregó que si bien la Corte puede incorporar diversos criterios interpretativos en el desarrollo de su jurisprudencia, el tribunal internacional debe respetar los límites jurisdiccionales de su competencia contenciosa y tener en consideración cuáles fueron las obligaciones contraídas por los Estados al momento de ratificar la Convención”.

en general, lejos de ser el caso (Langford, Rodríguez Garavito, y Rossi, 2017).

Bibliografía

- Anaya, James y Grossman, Claudio. 2002. "The Case of *Awas Tingni v. Nicaragua*: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples". *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 19 (1): 1-15.
- Arango, Rodolfo. 2012. *Democracia social. Un proyecto pendiente*. México: Fontamara.
- Ayala Corao, Carlos. 2008. "La independencia de la justicia y los procesos constituyentes en la región andina". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 131.
- Burgorgue-Larsen, Laurence. 2015. "El aperturismo: la técnica de interpretación «reina» de los tratados regionales de protección de los derechos humanos". *Revista Vasca de Administración Pública*, 103: 9-130.
- y Úbeda de Torres, Amaya. 2008. *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*. Bruselas: Bruylant.
- 2011. *The Inter-American Court of Human Rights. Case-Law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2014. *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*. México: Editorial Flores.
- Carozza, Paolo G. 2003. "Subsidiarity as a structural Principle of International Human Rights Law". *American Journal International Law*, 38.
- Cartabia, M. 2016. "Le principe de proportionnalité, langage commun des Cours constitutionnelles". En Alen, A., Spreutels, J.; Lavrysen, L.; Nihoul, P.; Peremans, E.; Renaud, B.; Theunis, J. y Verrijdt, W. (dirs.). *Cour constitutionnelle 1985-2015*, 105-116. Bruselas: La Chartre.
- Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunix. 2006. *Courts and Social Transformation in new Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot-Burlington: Routledge.
- Gros Espiell, H. 1989. "La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme: analyse comparative". *Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 218.
- Huglo, Christian. 2018. *Le contentieux climatique, une révolution judiciaire mondiale*. Bruselas: Bruylant.
- Jung, Courtney; Hirschl, Ran y Rosevear, Evan. 2014. "Economic and Social Rights in National Constitutions". *American Journal of Comparative Law*, 62: 1043-1098.
- Langford, Malcolm (dir.). 2008. *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ; Rodríguez Garavito, César y Rossi Julieta (dirs.). 2017. *La lucha por los derechos económicos y sociales. Los fallos judiciales y la política por su cumplimiento*. Bogotá: Dejustica.
- Medina Quiroga, Cecilia. 2003. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago: Universidad de Chile-Facultad de Derecho.

- Mejía R., Joaquín A. 2007. "Cinco mitos sobre los DESC". *Revista CEJIL*, II (3), 58-69.
- Melish, Tara J. 2005. "A Pyrrhic Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity". *Revista CEJIL*, 1, 51-65.
- 2006. "The Inter-American Court of Human Rights". En Langford, M. (ed.). *Social rights jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Parra Vera, Óscar. 2017. "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo". En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los desafíos*, 181-234. Querétaro: IECEQ.
- Pasqualucci, Jo. M. 2008. "The Right to a Dignified Life (Vida digna): the integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System". *Hastings International and Comparative Law Review*, 31(1): 1-32.
- Pérez, Olga Lucía y Amato, Victoria. 2007. "Pedro Huilca Tecse y los derechos de los trabajadores en el Perú". *Revista CEJIL*, 3: 100-105.
- Rodríguez Rescia, Víctor. 2004. *Los derechos económicos sociales y culturales en el marco del sistema interamericano: mecanismos para su protección*. San José: IIDH.
- Roman, Diane. 2012. "La justiciabilité des droits sociaux: les arguments classiques en faveur d'un self restraint juridictionnel". En Roman, Diane (dir.). *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, 29-43. París: Pedone.
- Sudre, F. 2017. "Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme: de quoi est-il question?". *JCP*, 13 mar 2017, 502-513.
- ### Documentos de organismos internacionales
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
- ### Jurisprudencia internacional
- Comunicado de prensa de la Presidencia de la República de Colombia. Consultado: 8 de agosto de 2018, disponible en http://wsp.Presidencia.gov.co/Prensa/2012/Noviembre/Paginas/20121128_01.asp
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-622, 10 noviembre de 2016.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 218-15-SEP-CC, 9 de julio de 2015.
- Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") v. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C. N° 198.
- Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C. N° 144.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. *Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C. N° 182.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C. N° 72.

Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de julio de 2015. Serie C. N° 296.

Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz v. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C. N° 167.

Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C. N° 98.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C. N° 170.

Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval y otros v. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C. N° 312.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C. N° 151.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. N° 125.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C. N° 146.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C. N° 79.

Corte IDH. *Caso Furlan y familiares v. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 agosto de 2012. Serie C. N° 246.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C. N° 298.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C. N° 121.

Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” v. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C. N° 112.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández v. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C. N° 196.

Corte IDH. *Caso Kimel v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C. N° 177.

Corte IDH. *Caso Lagos del Campo v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C. N° 340.

Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Senten-

cia de 8 de marzo de 2018. Serie C. N° 349.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C. N° 245.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga v. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C. N° 179.

Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras v. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C. N° 348.

Corte IDH. Caso Suárez Peralta v. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C. N° 261.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C. N° 158.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C. N° 344.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C. N° 149; Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros v. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C. N° 171.

Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A. N° 18.

Corte IDH, El *habeas corpus* bajo suspen-

sión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A. N° 8.

Corte IDH, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A. N° 9.

Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A. N° 5

Corte IDH, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A. N° 23.

Corte Internacional de Justicia, *Différend territorial et maritime (Nicaragua v. Colombia)*, 19 de noviembre de 2012. Recueil 2012.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Hoffman Plastics Compound, Inc v. National Labour Relations Board (NLRB)*. 27 de marzo de 2002.

TEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyer v. Belgium*. Sentencia de 23 de junio de 1981. Serie A. N° 43.

TEDH, *Sørensen y Rasmussen v. Denmark*, Gran Sala. Sentencia de 11 de enero de 2006.

□ **SECCIÓN IV** □

ENTREVISTAS

Entrevista a Roberto Saba

Roberto Saba

Abogado UBA. Magister y doctor en Derecho, Universidad de Yale. Profesor de Derechos Humanos y de Derecho Constitucional de las facultades de Derecho de las universidades de Buenos Aires y de Palermo.

Por Sebastián Tedeschi

Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Magister en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia de la Universidad Internacional de Andalucía. Secretario letrado y coordinador de los Programas de Derechos Económicos Sociales y Culturales y sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación. Profesor adjunto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Sebastián Tedeschi (ST): Para comenzar, dentro de las múltiples aproximaciones a la temática de la pobreza, algunos encuadran su análisis en una cuestión de “desigualdad socioeconómica”, en cambio, otros se refieren estrictamente al tema de la “pobreza”. ¿Cuál es el enfoque adecuado, desde la perspectiva del derecho, para abordar la problemática? ¿Son conceptos sinónimos o abarcan distintas cuestiones?

Roberto Saba (SB): Parto de lo que yo conozco más, que es la cuestión de la desigualdad o de la igualdad desde el punto de vista constitucional, y vemos si desde allí podemos llegar a la cuestión de pobreza o desigualdad socioeconómica. El punto al que trato de llegar es que la igualdad a la que se refieren tanto la Constitución Nacional como la Convención Americana de Derechos Humanos –y otros tratados que contemplan la cuestión de la igualdad– siempre ha sido enfocada como una cuestión de discriminación, es decir, igualdad equivalente a trato no arbitrario.

En ese esquema, el artículo 1º de la Convención Americana contiene un listado de criterios que no pueden ser usados para justificar tratos diferentes. A partir de allí, todos los Estados deben respetar y garantizar los derechos sin distinción de raza, condición socioeconómica, etc. Ese enfoque, que no digo que sea equivocado, es un enfoque que no

parece ser el apropiado para encarar problemas de desigualdad que no están asociados a tratos arbitrarios, sino a otra cuestión. ¿Cuál es esa otra cuestión? Por ejemplo, situaciones en las cuales las personas reciben un trato diferente como consecuencia de su pertenencia a un grupo que se encuentra en una situación de desventaja respecto de la comunidad o de otros grupos. Esa situación de desventaja de un grupo respecto del resto también es contradictorio con el principio de igualdad, es decir, no solo es contradictorio con el principio de igualdad aquel que recibe un trato arbitrario, y ahí podríamos usar el lenguaje que usaste en tu pregunta, por ejemplo, un trato arbitrario basado en la condición socioeconómica. Para dar un ejemplo: si para poder acceder a la justicia hay que tener una determinada condición socioeconómica, podríamos decir que se está dando una situación de trato arbitrario, ya que el acceso a la justicia no puede depender de la condición socioeconómica. Sin embargo, hay otro tipo de problemas vinculados con la situación de desventaja que una persona tiene como perteneciente a un grupo y que también es inconsistente con el principio de igualdad.

En una sociedad democrática respetuosa de los derechos humanos, el principio de igualdad también nos exige que no haya una estructura social que se organice en torno a –la definición es fuerte, pero la usó la Corte Suprema norteamericana en el caso “Plyler”– una estructura basada en un sistema de castas. Es fuerte porque sabemos que la sociedad de castas (incluso prohibida hoy en la India, sin embargo, aún existente) responde a una organización social formal, basada en la pertenencia a grupos. En 1982, en el caso “Plyler”, la Corte Suprema de Estados Unidos resolvía una cuestión vinculada con la situación de inmigrantes en Texas, ya que a los hijos de inmigrantes que habían ingresado ilegalmente a Estados Unidos les prohibían el acceso a la

educación primaria pública. La discusión era si esa ley era contraria a la constitución norteamericana. En su voto, el juez Brenan dijo que sí era contraria, porque si estos chicos eran impedidos de ingresar a las escuelas públicas por su condición de ser hijos de inmigrantes, esa decisión estaba contribuyendo a la creación de una casta permanente excluida de la educación y, por lo tanto, de otros beneficios o recursos necesarios para desarrollarse. En esa línea, agregó que “la organización de un sistema de castas es contradictoria al principio de igualdad”. Después podemos hablar de dónde surge esto también en la Corte Interamericana y, quizás, en la Corte Suprema argentina, yo creo que hay un par de casos que se pueden tomar.

En síntesis, volviendo a tu pregunta, hay dos formas de encarar el problema o la cuestión de la desigualdad socioeconómica o de la pobreza. Una es ver la condición socioeconómica o vulnerabilidad socioeconómica como un criterio prohibido para justificar tratos diferentes, y ahí estamos ante un criterio contrario al principio de no arbitrariedad. Pero es diferente al planteo que estoy haciendo yo, no es ni siquiera un subconjunto de problemas, sino un problema bastante distinto, que es si la condición socioeconómica podría ser descripta, en algunos casos, como una condición grupal que coloca a las personas que están en esa condición socioeconómica en situación de desventaja permanente. Y ahí hay un puente con el tema de la pobreza. Hay diferentes tipos de pobreza o diferentes tipos de situación o condición de pobreza. Así, cuando la pobreza es estructural, es posible que la persona en esa condición pertenezca, por esa misma condición, a un grupo en situación de desventaja estructural. La pertenencia al grupo es determinante. Este enfoque es una invitación a pensar el problema, pero me parece que esta visión de la igualdad como no subordinación o exclusión de grupos podría

ser un instrumento conceptual, una herramienta conceptual, para entender la situación de vulnerabilidad de algunas personas por su condición de pobreza estructural.

ST: En el mismo sentido, en relación con la subjetividad jurídica que se pretende proteger, se hacen diferentes denominaciones: “categorías sospechosas”, “vulnerabilidad” y “grupos desventajados”. En términos jurídicos, ¿estas categorías son coincidentes o refieren a diferentes subjetividades?

RS: Esta cuestión es importante, sobre todo si estamos pensando en abogados/as que piensan las categorías en función de un litigio. Yo creo que eso es muy importante, porque la noción de “categoría sospechosa” ofrece ciertas ambigüedades, que provocan algunas confusiones en torno a qué es lo sospechoso de esa categoría. Mi punto sería el siguiente: las categorías sospechosas siempre –o, por lo menos, en cierta jurisprudencia y en mucha doctrina– se asocian con listados de categorías expresamente prohibidas, asumiendo que esa prohibición es producto del carácter arbitrario de la categoría. Estoy pensando en un artículo de Ariel Dulitzsky o Hernán Guillco, gente que ha pensado y trabajado mucho sobre esta cuestión, pero que han asociado la categoría sospechosa a criterios prohibidos, y eso me parece que no podría estar mal. Creo que hay que ser cuidadoso en la definición de lo que es una categoría sospechosa, porque la categoría sospechosa, en principio, es una parte clave para disparar el escrutinio estricto. Esa es un poco la utilidad de esa categoría. El escrutinio estricto exige dos cosas, básicamente. Según Petracchi, en “Repetto”, el concepto de categoría sospechosa, por un lado, genera la presunción de inconstitucionalidad y, por otro lado, impone mayor exigencia en términos de argumentación y de prueba, pero sobre todo argumentación, al Estado que utiliza la categoría. No es un tema menor por-

que revierte el presupuesto de que las leyes son constitucionales, el presupuesto que solo puede alegar el afectado. Es un tema importante en términos de teoría política, porque se revierte la presunción a favor de la democracia, entonces, me gusta ponerlo en ese tono. En todo el sistema jurídico argentino y, en general, muchos sistemas jurídicos occidentales, la presunción es a favor de la democracia, es decir, las normas son en principio constitucionales, y el afectado tiene que demostrar que no lo son. Acá estás dando vuelta la presunción, entonces estás diciendo que la presunción es en contra de la decisión epistémicamente más fuerte, que es la democrática.

A lo que voy con esto es que no todo criterio que podría ser, en principio arbitrario, para mí es una categoría sospechosa en este sentido. Aquí se prende una luz amarilla y se necesita algo más que la mera irrazonabilidad de un criterio porque, si no, estoy sembrando de presunciones todo el sistema. Entonces me pongo a mirar qué es lo que haría sospechosa a la categoría. Hay algunos, creo, que confunden que la categoría en realidad es sospechosa porque se refiere implícitamente a un grupo en situación de desventaja estructural. Y ahí es donde yo digo que no es cierto. Por ejemplo, tomemos una en particular, el sexo, el sexo es una categoría prohibida en la ley antidiscriminatoria, una categoría prohibida en la Convención Americana. Una categoría que, en principio, parece ser arbitraria y por eso le damos esta jerarquía, este rango de prohibida. Pero el sexo no se refiere a un grupo en particular, se refiere tanto al sexo de los varones, como al sexo de las mujeres u otros sexos y, por lo tanto, tornaría sospechoso cualquier criterio asociado al sexo. A lo que voy es que no funciona reconstruir la categoría sospechosa en función de la relación entre ese criterio prohibido y un grupo, porque en realidad lo que estás utilizando para generar la sospecha es que el criterio, cualquiera sea,

está contribuyendo a la situación de subordinación de ese grupo. Entonces, para resumir, yo creo que la categoría sospechosa podría estar identificada con criterios prohibidos por ser arbitrarios bajo el paradigma de la igualdad como no discriminación, o podría ser reconstruida como cualquier tipo de categoría o criterio que, en su aplicación, genera efectos de subordinación o de perpetuación de subordinación. Eso te cambia completamente el modo en que entendés las categorías sospechosas y las consecuencias. En principio, tendrías menos categorías, pero mejor justificada la alteración de la presunción.

ST: Entonces, estoy simplemente planteando un problema. Esto que explicás ahora resulta muy relevante. Es importante porque esta distinción ilumina distintos aspectos, tiene diferentes funcionalidades y la trama argumentativa es más corta o más larga, o es diferente.

RS: Hay un problema desde el punto de la teoría política, un problema que a mí me parece grave, que consiste en si yo voy a convertir en categoría sospechosa todo criterio, en principio, irracional, estoy dándole invalidez constitucional a muchas decisiones a las que, me parece, no amerita darle esa presunción.

ST: Sobre esto último, cuando vos te referís a grupos desventajados, es indistinto o difiere de la referencia a grupos vulnerables. Si no es indistinto, ¿por qué la preferencia a la denominación “grupos desventajados”?

RS: La verdad es que yo uso indistintamente los nombres, quizás no sea correcto, estoy usando las palabras como sinónimos de lo que entendí cuando te presenté la idea de desigualdad estructural, esta noción de grupo que es muy particular, porque quizás esto pueda ayudar a ver distinciones como las que sugerís que deberían pensarse. La noción de grupo que necesitás para entender esta idea de desigualdad estructural, para empezar, por

ejemplo, no es una mera agregación de personas que comparten alguna condición. Yo doy un ejemplo, “Arenson”, el chico que no podía dar clases en colegios, porque el requisito era medir al menos 1,60 m. Para mí es un típico caso de discriminación, trato desigual arbitrario, pero no es un caso de desigualdad estructural, porque las personas que miden menos de 1,60 m no conforman un grupo en el sentido de grupo que utilizo para desigualdad estructural. Las personas que miden menos de 1,60 no están desventajadas estructuralmente, no están fuera de las posibilidades de acceder a otros derechos, o quizás me equivoque, y en ese caso esperaría que se demuestre que las personas que miden menos de 1,60 m sí conforman un grupo en situación de desventaja estructural.

ST: Por otra parte, las 100 Reglas de Brasilia identifican reglas sobre personas en situación de vulnerabilidad, claro que nada obstante a invocar esa circunstancia también para grupos (son inicialmente 9 categorías, pero la lista no es excluyente, por ejemplo edad, sexo, privación de libertad, desplazamiento forzado, indígenas, etc.), pero ahí aparecen alternados los dos conceptos...

RS: Ese es el tipo de situaciones que me parecen se generan por una confusión entre nociones diferentes nociones de igualdad. Por ejemplo, el tema de la edad es interesante. Si yo, como requisito para ser maestro, tengo que tener 40 años máximo, me parece que puedo tener un criterio irracional y una situación de discriminación violatoria de la igualdad como no discriminación. Pero las personas de 40 años, me parece, no conforman un grupo de desventaja estructural como sí quizás lo formen las personas adultas mayores o ancianas. Hoy tenemos más evidencia, más trabajo político, más movimientos sociales, más normas internacionales, que identifican ese grupo, ancianos o adultos mayores, como un grupo

que recibe un trato desigual estructural por su edad. Pero no es lo mismo 40 que 70. Entonces, poner la edad como indicador de grupo desaventajado me parece que es, otra vez, usar la categoría de no la discriminación para tratar un problema de la desigualdad estructural.

ST: Te propongo conversar ahora sobre la práctica judicial. ¿Cómo ves el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la protección de los grupos desaventajados frente a la desigualdad estructural?

RS: Yo creo que la Corte Suprema argentina no escapa al paradigma dominante, muy establecido, de asociar la igualdad con la no discriminación o el trato no arbitrario. Hay un caso que tomo como faro, en dirección opuesta, que es el caso “González Delgado”, y no es todo el caso, es el voto de Petracchi, porque su voto justamente es explícito en establecer la distinción entre categorías prohibidas o sospechosas por discriminatorias y un requisito que perpetúa la situación de exclusión de las mujeres cordobesas de ámbitos relevantes de la vida social, cultural, económica y política cordobesa. Si el colegio más importante o más influyente de Córdoba, donde se forma una parte importante de la élite cordobesa, no admite mujeres, Petracchi dice que acá no solo tenemos un criterio sospechoso como el sexo, sino que el criterio “sexo” está siendo utilizado para dejar afuera de esta formación de élite a las mujeres y, por lo tanto, para perpetuar su exclusión. Te aparecen todos los conceptos de la desigualdad estructural: “perpetuar”, “grupo de mujeres”, “desigualdad estructural”, y por eso no es un caso solo por discriminación por sexo. Esa decisión de Petracchi está ahí, no digo que tenga un impacto, sí me parece que la Corte Interamericana está cada vez más clara en su posición sobre esta visión de la igualdad. Yo creo que hay muchos, pero, por lo menos, tres casos de la Corte Interamericana que tratan la igualdad en estos términos.

El primer caso es del año 2009 y se lo conoce como el caso de “Campo Algodonero”. Allí la Corte expresamente habla de dos formas de entender la igualdad, y concluye que la masacre contra mujeres en Ciudad Juárez hace incurrir al Estado mexicano en una situación de violación de la igualdad y que, por lo tanto, los remedios –estas son las consecuencias también prácticas de todo esto– son reparaciones a futuro, y no solo hacia atrás. No solo se debe compensar a las familias o a las mujeres, se debe generar un nuevo estado de cosas que detenga esta situación de perpetuación. El segundo caso es “Atala Riffó”, del año 2012, donde aborda la situación del colectivo LGTBI. En este caso, también dice que acá no hay un tema de discriminación, sino que hay un problema de un grupo en situación de desventaja estructural, de estigmatización, de exclusión; no se trata de un trato arbitrario, no media un criterio mal usado, se trata de una afectación de la igualdad de una persona por ser parte de un grupo. Finalmente, el tercer caso, del año 2016, es el caso “Hacienda Verde” contra Brasil, donde la Corte vincula la cuestión de la desigualdad estructural con la pobreza, porque la situación de este grupo de trabajadores es consecuencia de su situación de pobreza estructural. Insisto, no es que estoy presentando visiones de igualdad alternativas, sino concepciones de igualdad diferentes y que se relacionan con tipos de casos diferentes. Para los casos en los que el trato es arbitrario, es correcta la aplicación del criterio de igualdad como no discriminación, pero si la situación es de desigualdad estructural, entonces no puedo pensar el problema como uno de discriminación, sino desde la perspectiva de la igualdad como no subordinación. Ambas ideas de igualdad requieren diferentes supuestos, y obligan de un modo diferente al Estado. Si encaro un problema de desigualdad estructural desde la perspectiva de la no discriminación, es posible que incluso contri-

buya a perpetuar la desigualdad estructural con la solución que adopto. Como decía Genaro Carrió, vos no podes tomar la sopa con un tenedor, me parece que son cosas distintas, son instrumentos conceptuales distintos para pensar problemas distintos. La cuestión es si nuestra Constitución, en los artículos 16 y 75, inc. 23, y la Convención Americana en su artículo 24 no están diciendo que la igualdad abarca estas dos ideas, estas dos dimensiones.

ST: Otra pregunta que quería hacer es esta cuestión de que, a veces, se ve también la desventaja de la pertenencia a un grupo, hablamos de grupo en diferentes sentidos, y cuando nos enfrentamos a estas situaciones, aparece esta cuestión del abordaje colectivo, en esos casos, ¿es preferible el abordaje colectivo de estas cuestiones o individual? Obviamente, hay distintos argumentos que pueden tener que ver, por ejemplo, la escala, pero me interesa más en lo sustancial. El abordaje más adecuado técnicamente para estos problemas.

RS: Primero, una aclaración con cierto pudor filosófico por el entrevistador. No estoy defendiendo una idea de grupo en un sentido comunitarista, o sea, el grupo del que estoy hablando no es una entidad diferente de los que forman parte del grupo, sino que estoy diciendo que hay personas que reciben individualmente un trato como consecuencia de su pertenencia a un grupo o, incluso, personas que se ven a sí mismas y construyen su identidad por su pertenencia a un grupo. Nota al pie de página, esta tesis de la igualdad requiere una teoría de grupo, que creo que tenemos que desarrollar. El único teórico que, para mí, ha hecho algo así es Owen Fiss en un artículo canónico que publica, "Philosophy and Public Affairs", que tradujo Gargarella en un libro de Gedisa. Ahí Fiss trata de elaborar una teoría de grupo, necesitas una teoría de grupo, porque toda la idea de igualdad está apoyada sobre una noción de grupo, así que tu pregunta es muy importante porque no es un

tema menor. La noción de grupo define la igualdad y la igualdad requiere de una noción de grupo, pero lo que queda afuera es una noción de grupo como entidad diferente de sus miembros. Desde el punto de vista práctico, esto derrama sobre los procedimientos judiciales y tiene un impacto enorme. ¿Por qué? Y, por empezar, si creemos que la igualdad puede ser entendida de esta manera y que, entonces, la situación de un individuo X es consecuencia o está motivada en su pertenencia al grupo, no sería apropiado resolver el caso de ese individuo sin encarar la resolución del caso individual como una cuestión estructural. Pongo un ejemplo también comparado, seguro hay muchos ejemplos en Argentina y en Brasil, pero uno central en la historia de este tema es el caso de la Corte de Estados Unidos, *Brown vs. Board of Education*. Si cuando Brown litiga su caso para entrar al colegio que era solo de blancos, los jueces lo hubieran visto como una situación de discriminación, en el sentido de trato no arbitrario, hubiera alcanzado con exigir que el Estado la admitiera en la escuela. Sin embargo, la Corte no ve el problema o la causa de la discriminación de Brown en la irrazonabilidad del criterio, sino que la ve como un problema estructural de segregación racial que forma parte de todo un sistema legal que, por diferentes vías, contribuye a colocar al grupo en una situación de desventaja. Conclusión: esta mirada altera la legitimación activa, posiblemente también el tipo de procedimiento, que debe ser más deliberativo, más amplio, la discusión es ahora sobre políticas, etcétera. Además, modifica el remedio, o sea, aquello que ordena el juez para resolver el caso. Si volvemos al caso Brown, la cuestión es si el juez ordena que Brown entre al colegio porque fue discriminada, o que "des-segregue" las escuelas, porque el trato inconstitucional que recibió Brown es consecuencia de una política de segregación racial. Para poner blanco sobre negro –que no es la metáfora apropiada–, es decir, el juez está frente a un dilema que consiste en ver cómo en-

tiende el problema del caso: si lo entiende como un trato no arbitrario, ordena el ingreso de la chica a la escuela y declara inconstitucional la norma para este caso; pero si el problema es de desigualdad estructural, de un sistema de segregación racial, la orden es otra. En esta sintonía, me parece interesante lo que hace la Corte Interamericana en “Campo Algodonero”, que enfoca las reparaciones con esta mirada. Fiss te va a decir que la reparación en un caso de discriminación mira hacia atrás –¿cómo hago para que la persona ingrese al colegio?, ¿la compenso por el daño que le ocasioné?–, pero la reparación en los casos de desigualdad estructural mira para adelante, e intenta desmantelar la situación que provocó la exclusión.

ST: Lo que querés decir es que la orden judicial apunta a cambiar las estructuras organizacionales, institucionales.

RS: Exacto. En “Brown”, la Corte de Estados Unidos identificó un problema estructural que debía resolverse con un remedio estructural.

ST: Cuando resaltamos la cuestión de grupo, en realidad nos fuimos a la cuestión para marcar la diferencia con la perspectiva estructural, entonces, esto también dialoga no solo con el litigio colectivo, sino con el litigio estructural, tiene que ver con que estas prácticas solo son encarables desde la perspectiva del litigio estructural. ¿Cuáles serían los problemas o debilidades que podría traer encarar de una forma individual una situación de desigualdad estructural?

RS: Si se plantea el caso de trato desigual como un problema individual y estoy ante un problema estructural, creo que, primero, desde el punto de vista de la teoría, estoy equivocado, es un error porque estoy tomando la sopa con el tenedor. Estoy buscando la solución de un problema de desigualdad estructural con un planteo de discriminación, de trato arbitrario, que me conduce para otro lado, me conduce a una declaración de inconstitucionalidad del criterio para el caso concreto.

En cambio, si el problema lo planteo como estructural, me conduce en otra dirección, camino a que se reconozca la situación de desigualdad estructural y se exijan remedios para atender ese problema. Desde el punto de vista del juez, como decíamos antes, la cuestión es cómo realizo la lectura del caso, como leo este caso. Lo leo en clave de trato arbitrario o lo leo en clave de desigualdad estructural? Si es estructural y lo leo como un caso de trato arbitrario, me equivoqué en la lectura del caso y entonces lo resolveré equivocadamente. Casos locales, yo diría “FAL”, es un lindo caso para analizar en este sentido, porque yo creo que la Corte resuelve el caso como un caso de desigualdad estructural. La Corte ve que la interpretación restrictiva del artículo 86.2 CPN es una forma de violencia institucional contra la mujer como grupo. Por esta razón, la Corte concluye que ese inciso debe ser interpretado de forma amplia, porque, justamente, hay un problema de violencia y el remedio que ordena es estructural, es decir, dispone el dictado de protocolos de intervención. Fijate que el fallo no habla de igualdad, es muy raro, la única que habla de igualdad creo que es Argibay, haciendo una distinción de razonabilidad entre las personas con problemas de salud mental y las que no. No lo vio, era muy interesante, porque me parece que es un típico caso de desigualdad estructural donde hay un grupo de personas víctimas de violencia por ser parte de ese grupo, y el caso está resuelto así yo diría, como yo lo resolvería, si fuera un caso de desigualdad estructural, pero nunca se habla de igualdad.

ST: ¿Qué pensás de estos temas, por ejemplo, en los casos de derecho a la salud?

RS: Si querés después hablamos de derechos sociales e igualdad, que es un tema que alguna vez discutí con Víctor Abramovich y me parece interesante la discusión, pero creo

que lo que sirve de esta discusión para temas como derecho a la salud no está tanto por la cuestión de la desigualdad estructural, sino por la cuestión de la afectación estructural de derechos. La matriz que estoy usando para casos de desigualdad estructural podría llegar a ser usada para casos de afectaciones estructurales de otros derechos y el impacto que eso tiene sobre la intervención judicial. De alguna manera, es lo que trato de plantear en el capítulo 4 de mi libro en el que me refiero al control de constitucionalidad y afectaciones estructurales de derechos, tomando el caso de desigualdad estructural como un caso particular de afectación estructural de derechos. Creo que en casos de derecho a la salud que tengan que ver con una afectación estructural de ese derecho podría recurrirse a un modelo parecido de intervención judicial al que sugiero para los casos de desigualdad estructural. Son casos de afectaciones estructurales de derechos en salud o igualdad, y eso redunda en un tipo de intervención particular con problemas, si querés también hablamos de los problemas. Problemas, por ejemplo, del alcance de la decisión judicial y del debido proceso, o sea, eso es un problema bien concreto. En estos casos, vos estás haciendo un planteo estructural a partir de un caso individual y la sentencia alcanza al colectivo de personas que están en situación de desventaja. Acá hay un problema de legitimación, por ejemplo, de las personas que no estuvieron en el juicio y no están de acuerdo con la decisión alcanzada. Sobre este punto, en *Las formas de la justicia*¹, Fiss sostiene que también hay que repensar estas cuestiones, porque la idea que “todos tienen derecho a su día en la corte” no es tan estricta en los casos estructurales. Entonces, tenés que redefinir la legitimación activa en el sentido de que quizás no fuiste parte del co-

lectivo, no estamos hablando de una acción de clase donde yo defino la clase con nombre y apellido, estamos hablando de un planteo estructural, yo no fui parte de ese juicio y la sentencia me afecta.

ST: Tiene que ver con las reglas, cómo se cocina ese juicio más complejo, la convocatoria a integrar el frente activo.

RS: Pero algo vas a perder, en el sentido de que no vas a poder rescatar con un grado de prolijidad y estrictez la noción de legitimación activa, la noción de legitimación pasiva, un montón de cosas que van a tener que ser modificadas en nuestro entendimiento tradicional por ser justamente un planteo estructural.

ST: Ahora me quedan dos temas. El primero, en tu último libro vos te referiste a los principios y reglas de atribución de responsabilidad y de la injusticia causada por la desigualdad estructural, ¿qué particularidades tiene pensar el tema de atribución de responsabilidad?

RS: Esto lo he pensado un poco más en términos de diseño de políticas públicas que en términos de práctica judicial. Mi idea de la igualdad debería guiar el diseño de políticas públicas, porque las políticas públicas –transporte, medio ambiente, sanidad, etc.– deben ser pensadas de forma tal de no perpetuar situaciones de desigualdad estructural. Por ejemplo, aunque yo no soy experto en la Ciudad de Buenos Aires, hay muchos que sostienen que la ciudad tiene dos poblaciones, la del norte y la del sur, que son tratadas de forma desigual por las políticas públicas. De todas formas, para esta afirmación, es necesario un relevamiento empírico, sin este estudio no es posible hacer nada en materia de desigualdad estructural.

Otro rasgo fundamental de la noción de desigualdad estructural o de igualdad como no subordinación de grupos es que el Estado podría estar afectando la igualdad en este sentido sin tener ninguna intención. A dife-

¹ Fiss, Owen M. “The forms of Justice” en Harvard Law Review, 93:1, noviembre de 1979.

rencia de lo que sucede con la discriminación y el trato arbitrario, que parece tener siempre algún grado de intención, es raro que, cuando decidimos que los que miden menos de 1,60 m no enseñen, haya una intención, una decisión, una voluntad de dejar afuera a ese grupo de personas en un sentido de segregación de personas. En supuestos de desigualdad estructural, puede suceder que las políticas públicas generen un efecto no buscado por el Estado. En consecuencia, pongamos el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no hay una intención del gobierno de someter a situaciones de humillación a la población del sur de la ciudad, pero la dinámica de toma de decisiones, de diseño de políticas está produciendo ese efecto para esta noción de igualdad. En términos del litigio, la intención no tiene ninguna relevancia, pues lo que importa es el efecto, por lo que el Estado sería responsable de la situación aun cuando no haya habido ninguna intención.

ST: Vos te referís a que no haya ninguna decisión deliberada por generar ese efecto, aunque alguno podría sospechar que hay una responsabilidad indirecta del Estado. Pienso en situaciones de desigualdad que produce directamente el mercado. Por ejemplo, una mejor oferta y servicio de transporte en una zona de la ciudad respecto de otra.

RS: Exacto. Tomá el caso de los trenes que llevó la Unión de Usuarios y Consumidores por el servicio diferenciado, lo que el Estado buscaba era que la gente de zona norte, que tiene otras alternativas de transporte, como su propio auto, y que pueden ser mejores, usen también el servicio, entonces el Estado mejora el servicio con miras a lograr que esos potenciales usuarios opten por el tren y no por el auto. En cambio, el servicio de trenes para la zona oeste, generalmente poblada por personas con menos opciones, era un servicio peor que el ofrecido a los usuarios de la zona nor-

te². ¿Hay intención de subordinar al grupo de usuarios de la zona oeste? No. ¿Hay intención de colocar en forma permanente a una parte de la población en situación de desventaja, de modo que tenga peores servicios? No. Sin embargo, la dinámica posiblemente del diseño de esa política atada a la dinámica del mercado produce ese efecto. En ese punto, aparece la Constitución para señalar que la política tiene un límite, y ese límite es no perpetuar la situación de desventaja de este grupo, pues, de lo contrario se genera responsabilidad estatal.

ST: Es decir que ahí hay una responsabilidad objetiva, no es necesario probar la intención o la culpa, sino que el estado de cosas produjo tales efectos, genera esa situación.

RS: En el derecho comparado hay antecedentes de este tipo. En la Argentina no hay muchos casos, aunque creo que el de trenes se decidió de esta manera. Sin embargo, en el contexto anglosajón, en Connecticut, hubo un caso muy interesante, casi un contraejemplo o un ejemplo de cómo no se debe decidir un caso. Se trataba de la promoción de bomberos a puestos jerárquicos dentro del destacamento de la ciudad de New Haven. Esos lugares nunca habían sido ocupados por mujeres, ni negros, ni latinos. Para decidir sobre las promociones, se contrata a una consultora en recursos humanos que realiza exámenes anónimos, bajo estándares “objetivos”, no discriminatorios en el sentido de no arbitrarios. El resultado es que quedan seleccionados para la promoción 17 varones blancos. Ante esta situación, basada en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 que prohíbe la discriminación en las contrataciones laborales, la autoridad encargada de la promoción de los bomberos anula el concurso. Ricci y los

² CSJN “Unión de usuarios y consumidores c/ EN –M. V. E. INF- Sec. Transporte- DTO 104/01 S/ Amp. proc. sumarísimo (art. 321 inc. 2 CPCYC)” del 24/6/2014.

otros 16 bomberos que habían sido ganadores del proceso entablaron una demanda y el caso llega a la cámara de apelaciones. Con el voto de Sotomayor, allí se resuelve que el Estado hizo lo correcto al anular el concurso porque, con independencia de los motivos, el efecto había sido muy claro y era que se seguían manteniendo a los varones en los cargos jerárquicos. El caso después va a la Corte Suprema, ya a esa altura integrada también por Sotomayor, quien se tiene que excusar. En ese momento, una corte conservadora resolvió el tema la igualdad como no discriminación y falló a favor de Ricci, el demandante.

ST: La última pregunta, que trata el tercer capítulo de tu reciente libro. Se trata de un tema que me interesa también en particular. ¿Cómo debe abordarse el principio de igualdad de trato en las relaciones entre particulares? Entre paréntesis, al respecto vos solo hablas de igualdad de trato y no desigualdad estructural. Me gustaría explorar, primero, la conceptualización de la igualdad de trato en las relaciones entre particulares y, segundo, hasta dónde puede jugar un papel este principio de igualdad estructural en esas relaciones privadas, relaciones contractuales?

RS: Este es uno de los temas que, por lo menos a mí, me ha costado más pensar y que todo lo que diga es provisional, porque la verdad es que es un tema muy complejo, pero voy a esbozar una respuesta breve. Primero, que las relaciones entre particulares (por ejemplo las que se establecen en los contratos o por medio del ejercicio del derecho de asociación, por nombrar las dos más clásicas en tensión con la igualdad) están alcanzadas por los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados sobre derechos humanos. Con esto quiero decir que nadie se escandalizaría si se limita el derecho a contratar, por ejemplo, estableciendo objetivos prohibidos, porque afectan derechos de terceros; o sea, el contrato entre el sicario y el que contrata sus servicios es un contrato

prohibido, porque afecta derechos de terceros y no podemos pactar afectar derechos de terceros. Por esta razón, el derecho a contratar no es un derecho intocable, irregulable; por el contrario, tenemos un montón de regulaciones y aceptamos y naturalizamos, justificadamente, esas regulaciones. Dicho esto, también creo que es importante que en un régimen de derecho liberal como el que tenemos nosotros, que reconoce que la libertad y la autonomía, que es otro valor muy importante del sistema, el derecho a contratar o el derecho a asociarse son derechos que debemos tener mucho cuidado de no anular por medio de regulaciones que intentan proteger otros derechos. Ahí es donde, justamente, creo que encarar la noción de igualdad solo como no discriminación, y esto yo sé que es controvertido, digamos, podría ser un modo de interferencia con la autonomía personal y la libertad de contratar o asociarse demasiado intrusivo en la autonomía. Quiero decir, si la igualdad como no discriminación se refiere al recurso de criterios razonables para hacer distinciones, y como el Estado no tiene ningún derecho, sino facultades, entonces es correcto afirmar que el Estado debe ser siempre razonable en el trato. Por ejemplo, si el Estado contrata empleados, no puede recurrir a criterios irrazonables, el Estado nunca puede ser irracional al establecer diferencias en el trato. Sin embargo, si el que contrata es un particular, entonces este, al contratar, también ejerce un derecho al hacerlo, derecho que se basa en su autonomía para acordar. En este caso, no creo que le podamos exigir a todas las personas que sean siempre razonables al tratar a otras personas, por ejemplo, al contratar. Entonces, el estándar para los particulares es diferente del que se le aplica al Estado. Esto no quiere decir que el particular tenga un permiso para realizar siempre tratos arbitrarios, pero no creo que puedas hacer pasar todos los contratos por el tamiz de la razonabilidad para considerarlos válidos. Sin embargo, sí creo que si

un contrato contribuye a perpetuar situaciones de desigualdad estructural, entonces el Estado puede limitar la autonomía del contratante. Te doy un ejemplo de los Estados Unidos, país en el que se le reconoce un lugar fundamental a la libertad de contratar, sin embargo, frente a la situación de segregación racial que tuvo lugar en los años 50, el Estado impuso a los establecimientos privados de acceso público, a las *public facilities*, que no podían no admitir el ingreso de afrodescendientes. Esto implicaba un límite a la libertad de contratar, pero un límite justificado en la obligación estatal de revertir aquellas condiciones que generan y perpetúan una situación de desigualdad estructural.

ST: Te propongo para pensar algunos ejemplos de restricciones que se fundan en la desigualdad estructural, que tienen que ver con derechos sociales con respecto a distintos mercados de bienes. Por ejemplo, en el mercado de la vivienda, el contrato de alquiler para vivienda, al que se le imponen regulaciones, por caso, limitaciones del precio; o en el mercado de la salud, los medicamentos o prestaciones médicas, a los que se les imponen obligaciones a las prestadoras que son costosas y que las empresas no quieren prestar; o en el mercado laboral, que se le impone un cupo para personas trans.

RS: Te entiendo. Lo que quiero decir con esto es que yo no intento resolver todos los problemas de contratos, solo hay un problema de contratos que me interesa resolver, por lo menos, con este planteo, y podemos hablar de otros. Para poner un ejemplo, si en mi restaurante solo admito como comensales a personas que usan corbata, allí no podrán ingresar en bermudas o en ojotas. En este caso, si pensamos en la razonabilidad como única justificación de los contratos –en el sentido de que debe haber una relación entre el criterio que utilizo para contratar y el fin que busco al contratar, que es obtener un beneficio económico a cambio de alimentos–, yo creo que esta situación de “irrazonabilidad”

no podría ser objetada desde la igualdad. Voy un paso más, con un ejemplo más arriesgado: si una pareja de padres confía más en los blancos que en los afros para cuidar a su hijo mientras van al cine, aunque personalmente me parezca censurable, es difícil justificar que se obligue a esos padres a contratar a una persona en la que no confian, aunque los motivos que esgriman para no contratarlas no sean razonables. Me parece que si el Estado les exigiera a estos padres solo contratar personas en base a un currículum, sería un error.

ST: Por ejemplo, la obligación de establecer un sistema racional para la selección de personal de cuidado.

RS: Por ejemplo, ahora vamos a hacer algunas distinciones. El caso de los padres no es igual a la situación de una empresa como McDonalds para la contratación de su personal. En esa segunda contratación, ya no solo está en juego la confianza. Sobre este punto, la Corte de los Estados Unidos también ha hecho distinciones. En síntesis, creo que la idea de igualdad como no discriminación no es una razón suficiente para producir interferencias contractuales o de asociación. Yo me asocio con personas blancas varones y hago una asociación con estas características, y después quiere entrar alguien con el que no queremos asociarnos. El Estado tiene dificultades para justificar esa interferencia; pero yo diría que hay una excepción si lo que decide de un particular con otro particular contribuye a perpetuar una situación de subordinación. En los restaurantes del Estado de Alabama no aceptan afros para venderles comida, entonces esa decisión, que parece ser un contrato individual, ahora resulta que en ese contexto es una forma de perpetuar y contribuir con la situación de subordinación. Otra vez, no es lo mismo la restricción del comensal con corbata que la restricción del comensal afro en el contexto de un sistema de segregación racial.

ST: Pero ahí no es por categoría prohibida, sospechosa.

RS: Es que, otra vez, justamente, si lo estás pensando como categoría sospechosa estás pensando en clave de discriminación, de igualdad como no arbitrariedad. Justamente, lo que yo digo es que si vos usás la razonabilidad y la no discriminación como criterio para interferir con contratos, después la ola de intervención es un tsunami, porque vas a tener que regular y buscar la razonabilidad de todos los contratos. O sea, todo contrato va a ser sometido al estándar de razonabilidad en el trato por el Estado; en este punto, me pongo en el lugar del liberal que cuida la autonomía y dice que esto ya no está justificado.

ST: Puede ser que en estos contratos siempre hay aspectos públicos y privados, porque obviamente en una relación entre beneficiarios y hoteleros hay una relación entre particulares, pero el Estado, por ejemplo, habilita los hoteles, entonces en la habilitación hay reglas públicas y entonces ahí podrías... Pero no toca la relación entre particulares.

RS: Más o menos, como decis vos, la regulación indirectamente la toca. Tomá el caso de los hoteles, yo lo veo al caso de la siguiente manera para el problema que yo trato de enfocar, capaz hay otros, derecho a la vivienda que no es el que yo estoy pensando, ahí hablamos después de los derechos sociales. Un colega experto en derechos sociales me dijo alguna vez que mi noción de desigualdad estructural constituía una forma de decir lo mismo que dicen quienes trabajan sobre derechos sociales, solo que los liberales, aun los igualitarios como yo, no quieren hablar de los derechos sociales, lo cual no es cierto (risas). Yo no creo que sea así, sino que, en el caso de los derechos sociales, estás ante un tipo de derechos que suponen una noción de igualdad en un sentido que no registrar la noción de subordinación de grupos en situación de desventaja estructural, por ejemplo, de acceso a recursos

que no necesariamente se corresponden con una situación de desigualdad estructural en el sentido que yo lo planteo. Los derechos sociales alcanzan a todos con su protección. Son de carácter universal. Es decir, yo puedo ver el derecho a la salud como un derecho social que requiere de prestaciones mínimas por parte del Estado para todas las personas, esa noción del derecho no supone ninguna situación de subordinación de grupos.

ST: Estándares propios del derecho a la salud.

RS: No necesariamente tiene que ver con situación de desigualdad estructural. Puede haber situaciones de desigualdad estructural vinculadas al acceso a la salud, pero no todo caso de derecho a la salud es una situación de desigualdad estructural.

ST: Pero no deja de ser una violación de derechos humanos...

RS: Otra vez, son dos cosas distintas. Creo que los derechos sociales se construyen sobre una idea de igualdad que parece ser una idea más cercana incluso a la idea de igualdad como no discriminación, una idea de igualdad como mínimos para poder ser autónomos. Pero no es desigualdad estructural, es distinto. Volviendo a la cuestión de los particulares, creo que la noción de desigualdad estructural te ofrece una justificación muy potente para interferir con contratos en muy pocos casos, pero mucho más profunda que la intervención que tendrías con el principio de igualdad como no discriminación y que se extendería a demasiados casos. ¿Se entiende el punto? Si vos atás igualdad a razonabilidad en la contratación, creo que la interferencia estatal con los contratos crece exponencialmente, porque ahora el Estado podría intervenir en todo tipo de contrato. Da eso sí hay casos, tenés "Sisnero"³ o el caso de

³ CSJN "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Tadelva SRL y otros s/ amparo", del 20/05/2016.

“Erica Borda”⁴. A mí me parece que esos son casos interesantes, no porque sean contrataciones arbitrarias. Yo creo que esos son problemas interesantes desde el punto de vista de la desigualdad estructural, no desde el punto de vista de la discriminación. No estás diciendo “usted usó un criterio irrazonable”; estás diciendo “usted usó un criterio de contratación que, en el contexto de desigualdad estructural de las mujeres en la Argentina, contribuyó a profundizar la desigualdad”. El caso de Sisnero, es todavía más impresionante, porque el empresario, cuando se defiende en la audiencia en la corte dice: “En Salta las mujeres tienen que cuidar sus manos, porque si uno maneja el colectivo tiene callos en las manos y las manos de las mujeres salteñas son para acariciar y cocinar”. Así, entregaron el caso servido en bandeja: no es un caso de discriminación, es un caso de desigualdad en sentido estructural. El mismo empresario reconoce que la decisión de no contratar es parte de una concepción de la estructura social de la comunidad salteña con las mujeres en una situación de jerarquía inferior. En esos supuestos, la interferencia estatal con los contratos es máxima, es decir, son contratos que, bajo esos criterios, están prohibidos. Ahora, si la empresa de colectivos pide que los que manejen el colectivo tengan el pelo corto es irrazonable, ya me cuesta más pensar en un Estado que me diga “tiene que contratar personas con pelo largo”, puede ser que está bien, lo que digo es que es...

ST: Por ahí, a comienzos de los años setenta el pelo largo podría llegar a ser...

RS: Habría que ver si estamos ante un caso de desigualdad estructural o de persecución. Cada caso es distinto. Lo que digo es que mi propuesta resuelve ese caso, los demás habría que pensarlos. La conclusión que yo saqué

⁴ CNAT, Sala II, “Borda, Érica c/ Estado Nacional (MTEySS) y otros s/Acción de amparo”, del 11/10/2018.

pensando esto es la siguiente: la libertad de contratar y la libertad de asociarse son libertades tan importantes en un sistema de protección de autonomía como el nuestro, constitucional, que podría aceptarse alguna situación de trato desigual razonable, que serían inobjetables para el Estado; sin embargo, para los particulares, obligar a todas las personas que contratan a ser razonables, me parece que es demasiado para un régimen de autonomía. No obstante, si la irrazonabilidad es una forma de contribuir a generar un efecto de exclusión de un grupo, la respuesta que doy cambia. ¿Se entiende?

ST: ¿Desde cuándo la Corte Suprema hace un control de razonabilidad ante situaciones de vulnerabilidad?

RS: El caso que puede servirte es “Álvarez c/ CENCOSUD”, en el que los empleados querían armar un sindicato de personal jerárquico. Los nueve o siete jueces están de acuerdo en que el despido basado en la actividad política de los empleados viola la igualdad en un sentido de trato arbitrario. Con Víctor Abramovich pensamos que aquí quizás haya un tema de desigualdad estructural, pero habría que pensarlo. En cualquier caso, la discusión sobre el remedio divide la decisión de los jueces, porque aparece el tema de la autonomía. Es decir, yo puedo decirte “vos no deberías despedirlos por razones irrazonables”, pero ¿puedo obligarte a contratarlos? En mi opinión, en situaciones de desigualdad estructural, te puedo obligar a contratar; sin embargo, en casos de trato irrazonable, a lo sumo podría tener una indemnización agravada, pero me parece que no podría obligarte a contratar porque la justificación de obligarte a contratar es revertir la situación de desigualdad estructural.

ST: Muchas gracias. Para terminar, ¿querés decir algo que quedó pendiente?

RS: Un punto interesante es lo de los dere-

chos sociales. Creo que ahí hay una distinción que también requiere más trabajo. No toda situación de afectación de derecho social es una situación de afectación de la igualdad entendida de esta manera. Puede haber otras razones para justificar el litigio estructural en esos casos, los remedios estructurales u obligaciones estatales; pero no serían las razones que provee la igualdad entendida de esta manera.

ST: Hay distintas formas del derecho para tratar una situación, por ejemplo, nosotros en la DGN estamos trabajando en un caso de discriminación de un barrio popular respecto del servicio de transporte urbano. Vos podés abordar el caso desde la desigualdad estructural, o desde el derecho a la vivienda, a la ciudad, o desde el derecho del usuario. Son distintas perspectivas jurídicas, cada una con sus propias narrativas, requisitos y formas de justificar.

RS: Para mí son problemas distintos. Tenés razones para justificar interferencias contractuales en casos de derechos del consumidor, pero no creo que los consumidores sean un grupo en desventaja estructural en el sentido de los afros en Estados Unidos en los 50. El problema es otro, es el de una relación contractual desequilibrada, en la que una parte tiene más poder que la otra en el momento de fijar las condiciones del contrato; y el Estado no puede desentenderse de esa desigualdad y, por ende, otorga mayor protección al consumidor. En el derecho laboral pasa lo mismo: lo podés ver como un tema de desigualdad al contratar, pero los trabajadores no son un grupo en desventaja estructural del mismo modo que son segregados los afros en Estados Unidos o en Brasil.

ST: Finalmente, para redondear, para un perfil de defensores públicos litigantes, bien lo dijiste, pero a ver si es así: que una situación no encuadre en este enfoque de desigualdad estructural, que no significa que no encuadre en

otras de derecho, en todo caso es para saber qué estrategia seguir, qué enfoque, qué encuadre.

RS: Exactamente: la cuchara y el tenedor. Si voy a usar la desigualdad estructural para resolver cualquier problema, me parece que me estoy equivocando no solo en la estrategia, en un sentido ontológico, sino que estoy realizando una adjudicación jurídica inadecuada.

Muchas gracias.

Revista del Ministerio Público de la

Defensa de la Nación

Nº14. Diciembre 2019

Editora:

Stella Maris Martínez

Director:

Gabriel Ignacio Anitua

Escriben:

Sebastián Tedeschi

Mariano H. Gutiérrez

Rodolfo Martínez

Tomás Puppio Zubiría

Andrea López

Gustavo A. Beade

Sabrina Paula Vecchioni

Leonardo Fillia

María Roberta Sansone

María Carman

Verónica Jaramillo Fonnegra

Juan Martín Camusso

Alejo Joaquín Giles y Romina Tuliano Conde

Javier Azzali, Paula Barberi y Bárbara Carlotto

Willma Blazz Ibañez

Sara Hidalgo

Liliana Ronconi

Laurence Burgorgue-Larsen

Coordinación:

Julieta Di Corleto

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

Diseño y diagramación:

Subdirección de Comunicación Institucional

Ilustración de tapa:

“Manifestación” de Antonio Berni (1934)

Temple sobre arpilla

180 x 249,5 cm

Col. MALBA

©José Antonio Berni, Argentina.

*El contenido y opiniones vertidas en los artículos de esta revista
son de exclusiva responsabilidad de sus autores.*

www.mpd.gov.ar