

REVISTA DEL

# Ministerio Público de la Defensa

**editorial**  
**foro de opinión**  
**nuestra doctrina**  
**planteos defensistas**  
**informaciones**



# Índice

- 3 Editorial**  
*Por Stella Maris Martínez*
- 5 Foro de opinión**  
Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento.  
Una crítica de las políticas europeas de integración de la  
inmigración. *Por Javier de Lucas*
- 80 Migraciones y derechos humanos. La nueva agenda política.**  
*Por Diego Morales, Pablo Ceriani y Ana Paula Penchaszadeh*
- 93 Nuestra doctrina**  
**93 Defensa técnica eficaz y juicio abreviado.** *Por Mariano Juárez*
- 123 La inconstitucionalidad de la prohibición del otorgamiento**  
de alojamiento a título oneroso a las personas en situación  
migratoria irregular. *Por Marcos Ezequiel Filardi y Rosario Muñoz*
- Planteos defensistas**  
**133 Expediente Letra "F", N° 259, Libro XLVI, Año 2010,** caratulado "Fuentes, Aurora Luisa s/ Medida Autosatisfactiva". *Por Stella Maris Martínez y Julián Langevin*
- Informaciones**  
**171 Defensoría ante la CSJN. Sistematización Temática de Fallos.** 2005-2011. *Por Tamara Acri, Mariela Barresi, Juan Lucas Finkelstein Nappi, María Macarena Flores, Guillermo Gobbi, Guadalupe Jantus, Marcela Panatti, Christian Sueiro, Ignacio Tedesco, Sebastián Velo y Julián H. Langevin.*

AÑO VI - N°7 - OCTUBRE 2012

ES UNA PUBLICACIÓN DEL  
MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA

Defensoría General de la Nación  
Av. Callao 970 Piso 6º  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
C1023AAP  
Tel.: (+5411) 4814 - 8417 / 22 / 23 / 52  
Fax.: (+5411) 4814 - 8437

Editora: Stella Maris Martínez  
Director: Gabriel Ignacio Anitua

Diagramación:  
Subsecretaría de Comunicación Institucional.  
Secretaría General de Política Institucional de  
la Defensoría General de la Nación  
Impresión:  
Imprenta Ya S.A.

ISSN 1850-4027



## Editorial

Con especial satisfacción, presento el séptimo número de la Revista del Ministerio Público de la Defensa, que reúne los aportes de integrantes de nuestra Institución y de distinguidos académicos nacionales e internacionales, quienes aceptaron participar, con particular compromiso, en este canal de difusión de ideas y prácticas de la defensa pública.

La sección “*Foro de opinión*” abre con un extenso y minucioso análisis del Catedrático español, Prof. Dr. Javier De Lucas, sobre las políticas actuales en Europa relativas a la integración de los migrantes. Esta investigación, con marcada mirada crítica, es el producto del proyecto de investigación que obtuvo el primer premio Universitas-Javier de Landaburu, convocado por el Consejo Vasco del Movimiento Europeo (Eurobask) en su 10<sup>a</sup> edición correspondiente a 2011. Como contracara de la realidad en el ámbito europeo, y manteniendo una perspectiva crítica, los Dres. Diego Morales, Pablo Ceriani y Ana Paula Penchaszadeh realizan un repaso de la política migratoria en nuestro país tras casi nueve años de vigencia de la Ley 25.871.

En la sección “*Nuestra doctrina*”, dos integrantes de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio, el Dr. Marcos Filardi y la Dra. Rosario Muñoz, proponen la inconstitucionalidad de la prohibición del otorgamiento de alojamiento a título oneroso a las personas en situación migratoria irregular establecida por la Ley 25.871. La crítica a esta previsión no deviene sólo del análisis teórico sino antes bien de la experiencia desarrollada en el ámbito de la Comisión, en aras de garantizar el derecho habitacional.

También en este acápite, aunque alejado de la temática específica de los derechos de los migrantes, el Dr. Mariano Juárez aporta una investigación sobre cuáles son los estándares de defensa técnica eficaz en materia de procedimientos abreviados. Para ello, utiliza fallos y doctrina reciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

Como he señalado en otras oportunidades, la sección “*Planteos defensistas*” propone difundir distintas presentaciones judiciales que por su contenido o resolución jurisdiccional resultan sumamente relevantes para la labor cotidiana de los integrantes de esta institución. Es así que se presenta el dictamen elaborado por la suscripta y el Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Julián Langevin, en el caso “F.A.L s/ Medida Autosatisfactiva”, recientemente resuelto por el máximo Tribunal de nuestro país. Este importante fallo contiene expresas directrices para todos los poderes del Estado, en punto a garantizar los derechos de las mujeres en supuestos de aborto no punible.

Finalmente, el apartado “*Informaciones*” contiene una sistematización temática de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (dictados entre los años 2005 y 2011), elaborada por el área penal de la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin duda, se trata de un insumo fundamental para la actualización profesional en materia penal.

Una vez más, corresponde señalar la firme convicción de

nuestra Institución para difundir estas ideas y contribuir al debate público en torno a los diversos desafíos que asume la defensa oficial en aras de garantizar el acceso a justicia de los sectores vulnerables. Sólo resta invitar nuevamente al lector a participar en este espacio de diálogo y a reencontrarnos en la próxima edición de la Revista del Ministerio Público de la Defensa.

# Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Una crítica de las políticas europeas de integración de la inmigración\*

Javier de Lucas  
catedrático de filosofía del derecho y filosofía política en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia, España

## 1. Sobre presupuestos y prejuicios. Democracia e inmigración en tiempos de crisis

Casi cuatro años después del estallido de la crisis, hemos obtenido algunas lecciones. La primera, que no se trata de un episodio coyuntural. No es que sea más profunda de lo previsto, sino que sus raíces están en la estructura misma de un sistema de vida que no podemos ni debemos recuperar. Parece claro que nada <volverá a ser como antes>. Y probablemente no es algo que debamos lamentar. Otra cosa que hemos aprendido es que este crack desborda el ámbito estrictamente económico financiero y alcanza de forma decisiva a las dimensiones cultural, jurídica y política, es decir, al vínculo social tal y como lo entendemos.

Todo eso tiene una importancia innegable. Pero no debiera conducir necesariamente al pesimismo, como parece inevitable. No debería ser así salvo por un hecho inquietante, la generalización de una conciencia creciente de incertidumbre e impotencia, un escenario en el que de nuevo el miedo se convierte en argumento social eficaz. Desde luego, deberíamos matizar en todo caso el alcance de este fenómeno pues, aunque los europeos estamos acostumbrados a adoptar una visión etnocéntrica (el conocido “universalismo de sustitución”) conforme a la cual lo que nos sucede es lo que le sucede al mundo entero, en otras partes del mundo la percepción de la crisis está lejos de nuestro ensimismamiento y de nuestra angustia. Y si hablo de ensimismamiento es porque a mi juicio ese término define bien lo que nos acontece. Pues con todo lo dicho, lo más preocupante es que precisamente aquí, en Europa, donde nos sentimos *victimas* de las supercherías, del fraude que nos ha traído a la depresión, la capacidad de reacción parece anulada. Sí, también en Europa ha surgido el movimiento de los indignados, con acentos diferentes a los que caracterizan a movimientos sociales protagonistas de demandas de cambio en otros continentes. Pero debemos reconocer que precisamente aquí, donde más orgullosos estamos de haber creado un modelo social y político que sería signo de identidad, el del capitalismo renano o Estado de bienestar, la imaginación y la capacidad de respuesta política, al menos institucional, parece agotada. Es como si el ritornello que se entona hoy por tierra, mar y aire, *<hard Times, bad Times>*, nos disuadiera de cualquier empresa de mediano fuste. No deja de ser curioso que este mantra presida un año en el que commemoramos el doscientos aniversario de Dickens<sup>1</sup>, quizás quien mejor retrató esos otros *Hard Times* propios del despegue del capitalismo en Inglaterra, con otros recursos que los empleados por Engels

\* Esta es una versión corregida del trabajo de investigación que obtuvo el primer premio Universitas-Javier de Landaburu, convocado por el Consejo Vasco del Movimiento Europeo (Eurobask) en su X edición correspondiente a 2011. El trabajo original fue publicado en Eurobask, Bilbao, 2012.

<sup>1</sup>Sobre Dickens, es imprescindible la consulta de la biografía escrita por Ackroyd, *Dickens. El observador solitario*, Edhsa, Madrid, 2012.

<sup>2</sup>Recordemos que en el mismo año, 1843, Marx publica *La crítica de la cuestión judía* y Dickens su gran éxito literario *A Christmas Carol*. Podemos también imaginar sus posibles mutuas lecturas y preguntarnos si conocería Marx la autobiografía de Dickens apenas disfrazada en *Oliver Twist* (1837), o si leyó Dickens el *Manifiesto comunista* (1848) antes de escribir *Casa Desolada* ((1852)) o *Tiempos difíciles* (1854).

<sup>3</sup>Aunque la receta <TINA>, que afirma que no hay alternativa al liberalismo económico, al libre mercado y al libre comercio, se puede remontar al teórico liberal Herbert Spencer en su *Social Statics* (1851), se trata de un slogan que popularizó M Thatcher en los ochenta. El lema contrario, propio del altermundialismo, reza precisamente "otro mundo es posible" o, como sintetizó Susan George, <TATA> (*There Are Thousands of Alternatives*). Cfr. Hinkelammert & Duchrow, eds., (2004). *Property for People, Not for Profit: Alternatives to the Global Tyranny of Capital, Progressio*. La propuesta <TINA> forma parte de lo que I. Ramonet denunció en un editorial de *Le Monde Diplomatique* de enero de 1995, titulado "La pensée unique". Ramonet sostiene que el "pensamiento único" (cuyos antecedentes se remontan a Schopenhauer y más claramente a Marcuse) arrancaría de 1944, de los acuerdos de Bretton Woods y lo define así: "La traduction en termes idéologiques à prétention universelle des intérêts d'un ensemble de forces économiques, celles, en particulier, du capital international". Ramonet ha desarrollado su crítica en otros trabajos, como Chomsky-Ramonet, *Cómo nos venden la moto. Información, poder y concentración de medios*, Barcelona, Icaria, 1995.

<sup>4</sup>Una penúltima visión de ese cinismo argumentativo nos la ofrece un diálogo de la corrosiva *Margin Call*, la película de J C Chandor (2011), en la que los brokers protagonistas entonan el "no hay otra opción", al mismo tiempo que arrojan toda la responsabilidad sobre los ignorantes e irresponsables ciudadanos que se han endeudado por encima de su capacidad.

y Marx. Sin duda que Marx conocía al menos *Tiempos difíciles* (1854), la única novela de Dickens que trata de la clase obrera. Aunque es dudoso que Dickens supiera de la existencia del libro de Engels, publicado en 1842, con el título de *La situación de la clase obrera en Inglaterra*, que tanto influyó en Marx. En *Tiempos difíciles*, Dickens utiliza tanto la virulencia como la sátira para ilustrar por qué este marginado estrato social fue denominado como *hands* («manos»), por los empresarios, esto es, que no eran realmente personas, sino sólo apéndices de las máquinas que operaban. Por eso Marx dijo que Dickens y otros novelistas de la Inglaterra victoriana exhibían al mundo más verdades sociales y políticas que las que eran pronunciadas por políticos profesionales, publicistas y moralistas juntos<sup>2</sup>.

Lo cierto es que hace ya décadas que algunos líderes europeos predicaron el mismo lema en una versión pretendidamente "científica" (que a duras penas consigue ocultar su dimensión ideológica) y lo formularon como <TINA>: según esa tesis, hemos alcanzado el fin de la historia, con la victoria total del capitalismo, y por consiguiente *There is not alternative*<sup>3</sup>. La receta consecuente para la ciudadanía es clara: no estorbar; los expertos trabajan. Es el mandato que no nos deja a los ciudadanos otra perspectiva que no sea la de ver, oír y callar. Un mensaje que nos reduce a la condición de sujetos pasivos de una democracia cuya calidad hace saltar las alarmas.

La coartada en la que se basa ese mandato -e insistió en hablar de coartada porque no se trata de un verdadero argumento- es, claro, la crisis. La misma crisis que crearon quienes se reservan la capacidad, la competencia de decidir, esto es, los mercados. Porque como se ha insistido en denunciar, la paradoja consiste en que quienes la provocaron no supieron, no pudieron o no quisieron controlarla<sup>4</sup>. Entre nosotros, las dimensiones de la crisis no perdonan rincón ni grupo social alguno y lo que provoca más estupefacción, lo que nos atenaza en la impotencia es que, para nuestra sorpresa, ha venido a golpear al corazón del mundo rico y libre, a nosotros, los europeos.

Sin embargo, si nos atrevemos a mirarla de frente, a tratar de analizarla más allá de la versión oficial, esta crisis, como otras anteriores, puede ser explicada también como una oportunidad para salir del destino forzoso que nos imponen, para saber obtener del crack financiero una verdadera crisis social y política que nos permita *crecer de otra manera*. El riesgo es muy importante, sin duda, pero en mi opinión vale la pena atreverse a imaginar que sí es posible otra política y precisamente porque la política puede ser otra, vale la pena imaginar una estrategia alternativa que permita que la economía de mercado, regulada y corregida, sirva a otros fines.

Ese es el objetivo, la envergadura real a la que responden estas páginas. Forman parte de un proyecto de reflexión que quiere contribuir a obtener pistas para reaccionar. Es cierto que a lo largo de cuanto sigue el objetivo estará puesto en algo que puede ser considerado un fenómeno periférico (y precisamente ese es a mi juicio el error que estamos tentados de cometer),

la inmigración. Pero mi propósito no es ofrecer otra aportación más sobre el modelo de políticas migratorias de la UE. Ese es el pretexto, el punto de partida para avanzar hacia un objetivo de mayor calado, como se verá: porque el análisis de los déficits de ese modelo de políticas migratorias nos ayudará a reflexionar sobre los presupuestos de las mismas y ofrece un déficit mucho más importante, que afecta a la noción misma de democracia, a la calidad del modelo democrático en el que esas políticas se insertan o, si se prefiere, del que esas políticas son un síntoma o incluso un símbolo.

Sin embargo, no pretendo otra más de las lamentaciones sobre lo que debió ser y no es. Estoy convencido de que es posible reconducir ese déficit, corregir las carencias. Aunque vivamos un período de considerable dificultad. O, mejor, precisamente por ello. En efecto, en estas páginas me propongo ofrecer una reflexión que muestre que, como quisiera Hölderlin, allí donde está el peligro espera la salvación. Es decir, precisamente porque vivimos ya en la inmediatez de esa amenaza, la de disolución del vínculo social y político, es posible imaginar una reconstrucción del mismo que se formule desde otros criterios y persiga otros objetivos, aunque se base en principios no necesariamente novedosos, como los de igualdad, solidaridad y reconocimiento.

En efecto, parto de la base de que, por mucho que necesitemos encontrar una nueva política -una manera nueva de entender la democracia-, la condición para pensar esa nueva política, esa otra forma de democracia, es arrancar de unos cimientos firmes y nada novedosos: los principios, reglas e instituciones del Estado de Derecho, la lucha por la primacía del Derecho, que es la de los derechos humanos en primer lugar. Es esa una idea de profundo raigambre en la reflexión sobre la democracia, como lo muestra el fragmento de Heraclito en el que éste insiste en el argumento de que “el pueblo debe luchar por sus leyes como por sus murallas”. Es la noción de <lucha por el Derecho> como cometido primordial de los ciudadanos, una tesis ilustrada contundentemente por el gran jurista alemán del XIX Rudolf von Ihering.

No voy a presentar aquí -no es este el lugar para hacerlo- todos los elementos de esa alternativa. Me limitaré a una reflexión que pretendó que sea sobre todo pedagógica y, por eso, tendrá dos características.

La primera es que, siguiendo un método acreditado, arrancará de la vía negativa, es decir, tratará de mostrar cómo se ha construido el mal que nos amenaza, el mal social y político, que es también moral y que siguiendo las tesis de Honneth calificaré como la construcción de una <sociedad de menosprecio>, que anula el concepto de dignidad, no en su sentido retórico, sino en la raíz del mismo, en su dimensión -si se quiere así- empírica.

En segundo lugar, lo haré desde una óptica microscópica, si se me permite decirlo de esa forma, que consiste en examinar cómo se produce ese proceso en el caso de uno de los grupos humanos que lo sufren más claramente, los inmigrantes (que podríamos extender en su noción amplia a los refugiados y desplazados). Eso no significa ignorar que esos grupos no son los únicos a los que afecta el proceso de menosprecio, que está alcanzando ya capas sociales muy amplias, que van a su vez más allá del proletariado clásico hasta trastornar a las que son el sustento del Estado democrático moderno, las clases medias, como veremos.

Como decía, estoy convencido de que, si separamos la nariz del muro, es evidente que hay pocos momentos más adecuados para plantearnos una reflexión como ésta que el contexto de crisis generalizada en la que vuelve a surgir el argumento del temor, del miedo. *Primus in orbe deos facit timor*, aseguraba el clásico. Lo entendieron Maquiavelo y Hobbes, cada uno a su manera, al sentar las bases de una forma de entender la política a la que más o menos abiertamente podemos volver. Es el recurso al miedo, al primado de una noción simplista de seguridad como *outpost* político básico, como cemento social y político cuyo precio es siempre la sumisión, ese *amén* que parece hoy la única palabra que se nos deja hoy a los ciudadanos, impotentes ante las cifras y dimensiones de lo que se nos viene encima. Por tanto, ansiosos de que un mesías, que ya no será un profeta, ni un pelotón de soldados, sino un grupo de eficaces economistas (aunque vengan también a imponeños una *dieta de hierro*), nos salve de ésta.

Pero, como se ha denunciado, esa no es una lógica democrática, una lógica de ciudadanía activa. No es legítimo apelar a ella ni siquiera bajo la presión de que nos encontramos en una situación de estado de necesidad en la que estaría justificado recurrir a medidas excepcionales.

cionales. Dicho de otro modo, precisamente si hemos tocado fondo, ¿por qué no plantearnos recuperar el principio? Y más concretamente en términos del origen mismo de la democracia, ¿por qué no plantearnos si es suficiente la respuesta todavía hoy dominante acerca de quiénes tienen derecho a construir y gestionar, a decidir sobre lo que es público, común a todos, sobre el vínculo social y político? ¿Puede decirse que la respuesta dominante ofrece una *inclusión social igualitaria*, justa, verdaderamente democrática, o perpetúa la deficiencia que ya afectaba a la democracia ateniense que restringía fuertemente el reconocimiento como sujetos hasta el punto de excluir a más de la mitad de la población (mujeres, extranjeros, esclavos)? Pues bien, ese es el objetivo de estas páginas<sup>5</sup>.

Ahora bien, ese pensar el principio está planteado desde un aspecto particular del vínculo social y político que invita a preguntarnos si es posible seguir hablando de inclusión igualitaria, esto es, de una respuesta suficiente y justa acerca de los sujetos de ese vínculo. Si es posible imaginarla así cuando dejamos al margen a aquellos que hoy más que nunca representamos (construimos) como otros, los inmigrantes asentados de forma estable entre nosotros, un nosotros preciso, concreto, el de la Unión Europea, el de los Estados europeos. Dicho de otro modo, creo que la sociedad que los europeos corremos el riesgo de poner en marcha tiene las perspectivas verosímiles de una *sociedad del menosprecio* que no sólo es una amenaza para los otros que viven en nuestras ciudades, para los inmigrantes, sino para todos nosotros.

Por eso, dedicaré no poca atención al examen del proceso de construcción social (que es sobre todo jurídico) de las categorías básicas de las políticas migratorias desarrolladas por la UE en materia de integración de los inmigrantes, lo que exige reformular una visión crítica del concepto y alcance de integración. Después de explicar desde dónde arranca y a qué noción de integración se apunta como objetivo que debiera ser hoy prioritario en las políticas de inmigración de la UE, podré exponer qué tipo de riesgos afrontamos ante el creciente proceso de “culturalización” del debate, con referencia al ejemplo que nos ofrece el tratamiento de la cuestión de la identidad religiosa –en realidad, en la UE, del Islam-. Y ello me permitirá finalmente afrontar el núcleo del proyecto, el peligro de la construcción de esa *sociedad del menosprecio a la que me he referido*, siguiendo las tesis de Honneth, y las posibles respuestas frente a esa amenaza, que, a mi juicio, deben apuntar al objetivo prioritario de *igualdad de reconocimiento* (*igualdad moral, igualdad jurídica e igualdad política*), que es el objeto del cuarto y último capítulo.

Los presupuestos, los puntos de partida de las tesis que aquí se formulan, son sencillos de explicar. Mi propósito no es ofrecer una enésima reflexión sobre la dimensión jurídico-política de las políticas de integración que forman (o debieran formar) parte de las políticas de inmigración de la Unión Europea (UE). Y no es que quiera dejar de lado la perspectiva de crítica jurídica, social y política que hasta ahora ha guiado durante algo más

<sup>5</sup>El origen del mismo es un proyecto de investigación que presenté al X Premio Universitas Javier de Landáburu 2011 sobre “Inmigración e Integración en la UE”, convocado por Eurobask, y que obtuve del jurado esa distinción, en junio de 2011. Ese proyecto de investigación fue publicado online y puede consultarse en el website de Eurobask.

de veinte años mi trabajo sobre las políticas migratorias, sino que pretendo integrarla en una reflexión más amplia, que reúna la sociológico jurídica y la propia de la antropología filosófica. Al conjugar estas otras dimensiones en aquella, estoy convencido de que la hipótesis que trato de contrastar no sólo puede iluminar algunos defectos y errores de las políticas de integración de la UE, sino también alumbrar pistas fructíferas para encontrar propuestas que permitan superar los desafíos, los riesgos que amenazan el éxito de esas políticas de integración. E incluso, como se verá, más allá.

Y es que, como advertí más arriba, este ensayo forma parte de un trabajo de más largo alcance. Se trata de integrar la reflexión sobre los desafíos de la inmigración en un proyecto más ambicioso, el de poner en marcha los fundamentos de lo que Boero ha denominado alguna vez una nueva *gramática de la democracia*. Y es así porque considero que las políticas de inmigración constituyen un test respecto al reto más importante que afronta hoy la democracia, porque es un desafío a la idea misma de política, que aparece como caduca ante las transformaciones espectaculares que derivan del desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación e información, del modelo de globalización que vivimos hoy. No disponemos ni de discurso ni de instituciones políticas a la altura de las condiciones y exigencias de un mundo como el nuestro, que vive una profunda transformación epocal. Y la primera razón del desconcierto es que aún no sabemos en qué consiste ese cambio de época, e incluso no somos conscientes de que eso es lo que nos está pasando, por evocar el *motto* orteguiano.

Un objetivo que, como veremos, es en buena medida el que persigue la teoría normativa de la sociedad que ha propuesto Axel Honneth, según su propio testimonio. En efecto, como ha explicado él mismo en diferentes ocasiones, su proyecto no es otro que el de tratar de renovar la teoría social, o, para ser más claros,

recuperar su fundamentación normativa, en cierto modo en línea con el gran Durkheim. Pero Honneth, a diferencia de quien fuera uno de los padres de la moderna sociología, privilegia la dimensión moral y jurídica, en clave de derechos humanos y muy en particular de los derechos civiles y sociales. Y así, el sociólogo y filósofo alemán ha reconocido reiteradamente que el movimiento afroamericano de lucha por los derechos civiles y por la ciudadanía, en los EEUU de los 60 y 70, ha sido su referencia sobre este particular. Y lo ha sido también porque, en su opinión, ese movimiento desmiente que los procesos sociales de lucha por el reconocimiento puedan reducirse a conflictos de intereses, ya que apuntan más allá. Por eso, la fundamentación normativa de la teoría social que nos ofrece Honneth apunta<sup>6</sup> a ofrecer una <gramática moral de la sociedad> cuyo objeto de análisis (y en ello se diferencia de Durkheim) son los conflictos sociales, entendidos como la clave de comprensión de la dinámica social y no –como sostiene el pensamiento conservador– un elemento patológico.

Pues bien, a mi juicio, lo que necesitamos hoy es precisamente ésto, una *gramática social* (moral, jurídica y política) a la altura de los desafíos de esta etapa de la globalización, que es también una era de profundización en la diversidad social (en todos los sentidos) y asimismo, lo que no se suele destacar con la misma intensidad, de incremento de la desigualdad. Porque una seña de identidad del proyecto de Honneth es la reivindicación de la igualdad: es verdad que reiteradamente ha subrayado la insuficiencia de la clave de interpretación utilitarista, pragmática, que busca el interés como razón explicativa del conflicto, pero esa toma de posición no significa sumarse a quienes enfatizan la importancia de los conflictos *identitarios*, los propios de los representantes de la *politics of identity*, que enfatizan la *diferencia cultural*. Lo que singulariza a Honneth respecto a Taylor y Fraser, como veremos en el capítulo cuarto, es que Honneth expresamente insiste en que él trata de mantener como clave **la igualdad**, no la diferencia, ni la identidad. Y lo hace, en primer lugar, por razones históricas (la misma experiencia de los movimientos sociales, desde el XIX), pero también por razones conceptuales: el **reconocimiento** según Honneth, es una cuestión de igualdad, de derechos y no de dife-

<sup>6</sup>Cfr. El penúltimo testimonio que ofrece Honneth en respuesta a una pregunta de D Gamper en Honneth, A., (2010), *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social* (con una entrevista a A Honneth por D Gamper), B Aires, Katz/CCCB, pp.48-49. También en la entrevista en el nº 78 de la revista *Metrópolis*, 2010. Es obligado reconocer que la obra de Honneth es la fuente principal de este proyecto de investigación.

rencia, tesis que considera un “error categorial”, sobre todo por lo que se refiere a las fuentes hegelianas de esa teoría del reconocimiento<sup>7</sup>. Lo único que el reconocimiento añade respecto a la teoría de la redistribución es la noción de dignidad, que no está asegurada simplemente con la igualdad de derechos, aunque sin ella no puede existir.

Bien pensado, no se trata de una novedad. Precisamente en lo que podríamos considerar la época del despegue del proceso de globalización, el siglo XVI, ya lo intuyeron los teólogos-juristas de la “Escuela española” (no me refiero sólo a Vitoria y Suárez, sino también, obviamente, a Las Casas o a Bernardino de Sahagún<sup>8</sup>), que retomaron las tesis del estoicismo, para afrontar el desafío de ese mundo nuevo que abrían los descubrimientos del XVI. Por eso se les puede considerar como hitos decisivos en el proceso histórico de reconocimiento del otro, tal y como los propone el filósofo mexicano Luis Villoro, pero también H Arendt o Abdelmalek Sayad. Hitos de un proceso que culminará en el reconocimiento de la alteridad –la alteridad profunda, como subraya Taylor, no la mera existencia del otro ni su semejanza con nosotros- aceptada como condición misma de la universalidad<sup>9</sup>. Porque en ese momento de crisis, de despegue de un proceso de globalización, que es el del descubrimiento de los nuevos mundos y la posibilidad de llegar a todos ellos, esos pensadores sembraron las bases del Derecho de gentes, pero no como Derecho interestatal, y desde luego no como el sistema jurídico que nace del principio de libre circulación y comercio exclusivamente (cuya protección da lugar al *ius ad bellum* y, después, al *ius in bello*), sino como Derecho Público tendencialmente universal, como un *ius Gentium* entendido como *ius humani generis*, Derecho de la Humanidad, de la comunidad universal del género humano<sup>10</sup>. Es lo que un poco más tarde apunta Kant con su idea del Derecho y la justicia cosmopolitas. Lo mismo que hoy tratan de ofrecer quienes proponen superar la concepción “westfaliana” del Derecho y de la justicia, desde muy diferentes perspectivas: desde Ferrajoli o Zolo a Santos, sin olvidar a Fraser, Soysal, Benhabib, Cahrens y tantos otros.

Pero frente a esa propuesta, acabará imponiéndose la de quienes, como Grotius y sus secuaces desviaron la virtualidad emancipadora del *ius humanitatis* o *ius omnium Gentium* (*ius inter gentes*). En efecto, como supo expresar Sánchez Ferlosio en su *Esas Yndias malditas y olvidadas*, los extraordinarios abogados (no sólo leguleyos) que fueron Grotius y los suyos, supieron convertir una vez más una herramienta de liberación en un arma eficaz al servicio de la dominación y del beneficio. Y esa labor *pro domo sua*, característica del abogado, no se hace tanto en aras de los intereses de sus Estados-Nación (por eso el derecho internacional no es universal, sino un Derecho de las relaciones entre los Estados, *ius inter nationes*) sino en los de las grandes compañías comerciales que sabrán hacer negocio con el mundo nuevo: la compañía holandesa de las Indias occidentales y la británica. Y esa es también la razón de que este Derecho no se ocupe de la protección y desarrollo de todas las

<sup>7</sup>Ibid., 52-55.

<sup>8</sup>Por remitir a un contexto que a mi juicio resulta esclarecedor, hay que pensar en las tesis enfrentadas en la denominada “Controversia de Valladolid” donde está en juego la polémica de los <justos títulos> de conquista de los soberanos cristianos respecto a las Indias.

<sup>9</sup>Villoro, *Estado plural y pluralidad de culturas*, México, Paidós, 1998, pp. 155 y ss.

<sup>10</sup>No deja de ser curioso que quizás quien mejor lo ha explicado no haya sido un jurista, sino Rafael Sánchez Ferlosio en su monografía (publicada con ocasión del quinto centenario), *Esas Yndias malditas y olvidadas*, Madrid, 1992

gentes, de la Humanidad, sino de los derechos de presa y de guerra.

Este Derecho internacional es, por tanto y sobre todo, un derecho de libre circulación y comercio, que se arroga el título de poder circular por el mundo entero pero ya sin necesidad del pretexto de cristianizar o civilizar en aras de un mandato supuestamente divino (recuérdese la bula papal que está en el origen del Tratado de Tordesillas pero también la denominada “controversia de Valladolid”) sino más acorde con lo que luego Kypling genialmente denominará “la carga del hombre blanco”.

Es un Derecho que crea también la diferencia entre esos terroristas *avant la lettre* que son los piratas y aquellos que, por hacerlo en nuestro beneficio, son *legales*: los corsarios. Lo más interesante es que los enemigos de la Humanidad (*hostes humani generis*) no serán los explotadores<sup>11</sup>, los agentes de los Imperios, sino sólo los piratas. Y se olvidará la vieja lección del filósofo de Hipona que, recordando el apólogo atribuido a un diálogo entre Alejandro Magno y un pirata, escribiera: “desterrada la justicia, que son los reinos sino grandes piraterías”?

Pues bien, precisamente en ese sentido es en el que me permite sostener que la crisis nos muestra sin duda posible cómo la lógica del mercado global no podía dejar de conducirnos a lo que, extrapolando un argumento que Daniele Lochak ha formulado para describir cuál es la disyuntiva a la que se enfrentan las políticas de migración de los países de la UE y de la propia UE, podríamos sostener que es el desafío al que se enfrentan nuestras democracias hoy. Y es que, como escribe Lochak a propósito de esas políticas, otra vez nos encontramos ante la alternativa entre *<Estado de Derecho o estado de excepción>*. Otra forma de enunciar la vieja alternativa, *<Democracia o barbarie>*...

Y esto es lo que me interesa en estas páginas, una nueva comprensión de la tarea de la democracia como sistema agónico, en el que los ciudadanos recuperan el protagonismo, ejercer

la emancipación, noción clave como acertara a ver la Ilustración si bien, aterrada de sus consecuencias, espantada ante el desorden de la ausencia de amo, paternalista al fin y falta de toda confianza hacia el pueblo, todos y cada uno de los sujetos que, en cuanto tales, son clases peligrosas, subversivas, da marcha atrás...y propicia una vez más la superchería de sustituir la política por la dominación, por el juego de competencia por conseguir el poder

Porque, como explica Sami Naïr a propósito de las revoluciones árabes, estas tienen en común un nuevo objetivo que paradójicamente es una lección para nuestras democracias: la construcción del Estado de Derecho como primera tarea de los ciudadanos. Pero sin olvidar lo que nos advirtiera Rousseau: la libertad es un jugo de difícil digestión, es decir que la democracia es difícil y exige esfuerzo, porque la libertad y el respeto al pluralismo es difícil de gestionar. Porque hay que ejercerla permanentemente y, si no, se pierde.

En atención a esas consideraciones, o, por ser más justo, debido a esa *Vorverständnis*, es por lo que he priorizado en este trabajo una opción metodológica que, siguiendo a Spinoza y Hegel, podría calificarse de *<estrategia de la negatividad>*. Creo, en efecto, que a la hora de establecer modelos de políticas de gestión democrática de la diversidad, de reconocimiento de la inclusión ciudadana, hay que prestar especial atención a lo que, con Spinoza, podríamos denominar la vía negativa, en el marco de la tensión dialéctica que es constitutiva de estos procesos sociales de integración o de desintegración, esto es, las causas y manifestaciones no del éxito, sino del rechazo del modelo mismo de integración (o acomodación). Ahí es cuando aparece una hipótesis sencilla de formular aunque no tanto de argumentar, la hipótesis que se formula en este trabajo: metodológicamente hablando, podemos aprender mucho sobre qué es lo que hay que evitar a la hora de garantizar el éxito del proceso social de integración, si analizamos esas patologías sociales.

Se trata de una perspectiva metodológica que, en el ámbito de la filosofía social y política, encuentra su punto de partida en J S Mill y ha sido desarrollada a partir de las aproximaciones de Agnes Heller sobre la teoría de las necesidades en relación con la fundamentación de los derechos, precisamente el punto de partida

<sup>11</sup>Aquellos que siempre han considerado a los otros como *<manos>* y por eso les niegan su condición de humanos, para justificar su propósito de esclavizarlos o exterminarlos. Y también de aquellos que, en un acto de cinismo, pretenderán educarlos, como Gulliver, o guiar su minoría de edad, como el cerdo Napoleón cuando reformula el lema revolucionario de la granja para enunciar el principio contrarrevolucionario de que todos los animales son iguales, pero unos más iguales que otros...

metodológico de la propuesta de Honneth. Esa opción consiste en comenzar por la raíz del <daño>, del <mal> que arraiga en la condición misma de esa ambivalente condición humana de **alteridad**. Una condición dual, paradójica e incluso más aún, antitética, como supieran advertir Agustín de Hipona y con mucha precisión, Kant, tal y como lo muestra su noción de *ungesellige Geselligkeit* o, más tarde, Freud que nos sitúa ante la antitética complementariedad de *eros* y *thanatos*. Una condición que han sabido explicar con enorme profundidad filósofos como H. Arendt, S. Weil o E. Levinas. Una ambivalencia que está presente como condición constitutiva en la construcción de la teoría del reconocimiento, de raíces aristotélicas y hegelianas, que ha sido desarrollada contemporáneamente por Ch. Taylor y A. Honneth y, en cierto sentido, como veremos en el último capítulo, completada por este último en términos de sus consecuencias en una teoría de la justicia, en debate con el filósofo canadiense y también con N. Fraser. Así lo ha explicado Honneth: “Cuando nos remitimos hoy al concepto de reconocimiento para presentar una concepción de la moral social, el punto de partida consiste, en la mayoría de los casos, en un análisis fenomenológico de daños morales” y añade: “En este enfoque negativista tiene un papel central la idea de que las circunstancias que son vividas como *injustas* presentan una clave adecuada para explicar al menos la conexión interna entre moral y reconocimiento”<sup>12</sup>.

En efecto, creo que en buena medida la clave de comprensión de ese <mal>, ese <daño> presente en la ambivalente alteridad, reside en la voluntad, o incluso, podría decirse quizás con mayor propiedad, en el instinto de <no reconocimiento>, que se manifiesta en la indiferencia, *el menospicio*, el desprecio. Tres manifestaciones sucesivas de la falta de reconocimiento del otro inmigrante, pero que pueden coexistir al mismo tiempo. Tres manifestaciones que pueden ser la antesala que conduce casi inevitablemente a una cuarta, la del odio<sup>13</sup>, la del enfrentamiento en términos de eliminación del otro, un proceso que se alimenta recíprocamente entre las dos comunidades o grupos sociales concernidos (autóctonos e inmigrantes, o, mejor, cierto tipo de inmigrantes) y que podría ser entendido también, como premonitoriamente lo hacia Enzensberger, en términos de *perspectivas de guerra civil*. Esa hipótesis nos permitirá, a mi juicio, conseguir entender las razones de un fracaso por el que nos preguntamos recurrentemente, esto es, la *vexata quaestio* del déficit del objetivo de integración entendido como elemento definitorio de las políticas de inmigración de la UE. Y también hará posible que apuntemos algunos antídotos morales, jurídicos y políticos, de esas manifestaciones de la sociedad del menospicio.

Pero antes de pasar a ese punto, que abordaré en el capítulo segundo y sobre todo en el cuarto, conviene poner de relieve una segunda premisa en la que se apoyan estas páginas. El punto de partida del que arranca la propuesta que quiero formular es el de considerar a la UE y a buena parte de sus países miembros como sociedades caracterizadas por lo que se

<sup>12</sup>Cfr. Honeth 2010, p.23.

<sup>13</sup>Aun con todos los matices posibles, creo que los factores que conducen hoy a ese proceso estaban ya acertadamente descritos en el casi premonitorio film de Matthieu Kassovitz *La haine* (1995) que narra la vida de tres jóvenes desheredados de la sociedad (un judío, un árabe y un negro) en un suburbio de París, a mediados de la década de los noventa.

ha convenido en denominar la *diversidad profunda*. Los lectores de Charles Taylor saben que con la expresión *diversidad profunda* nos referimos a sociedades en las que la presencia de la multiculturalidad es un rasgo estructural significativo, no sólo desde el punto de vista cuantitativo, sino también cualitativamente. Y saben también que los factores constitutivos de la *diversidad profunda* son a su vez muy diferentes y no tienen por qué darse todos al mismo tiempo ni con la misma intensidad. De ahí que no exista un único modelo, ni en el sentido ontológico ni en el deontológico, de <sociedad multicultural>, sino muy diversas manifestaciones sociales históricas de la multiculturalidad. A fortiori, resulta aún más difícil proponer un modelo único de gestión democrática de la multiculturalidad, de <democracia multicultural>, como el que pretenden los partidarios de transplantar la solución del *melting pot* de los USA o del “mosaico cultural” canadiense, la bien conocida <política de acomodación>.

Por mi parte, suscribo las tesis de quienes entienden que esa diversidad es el resultado sobre todo de la presencia de individuos y grupos que reclaman el reconocimiento institucional de las consecuencias normativas que derivarían de los marcadores primarios de identidad con los que se encuentran vinculados: la religión, la lengua, la nación, las tradiciones, valores, prácticas e instituciones etnoculturales. Es decir, los factores de lo que denominamos multiculturalidad, que es una situación fáctica, a no confundir con el multiculturalismo, que es una de las ideologías (con el asimilacionismo, el segregacionismo, el integracionismo, el acomodacionismo) que pretender dar respuesta a la pregunta de cómo gestionar legítima y eficazmente la diversidad cultural.

Una manifestación particular de esas sociedades de *diversidad profunda* se produce, en efecto, en los casos vinculados a una fuerte o, al menos, significativa presencia de inmigración diferenciada, es decir, casos en los que en una sociedad determinada se ha producido la llegada masiva y el establecimiento estable de individuos y/o de grupos alógenos que, en muchas ocasiones, reclaman un reconocimiento de su especificidad o particularidad, de su *diferencia*.

Nadie negará que hoy, en nuestro contexto, tanto en España como en Europa, crece la

preocupación ante la extensión de un mensaje xenófobo e incluso racista que vuelve a tomar fuerza ante la inminencia de citas electorales, es decir, una vez más, ante la tentación de utilizar las políticas de inmigración (y, obviamente, los modelos de integración) como herramienta electoral. Y es que, pese a que ya sabemos muy bien que se trata de un grueso error, su rentabilidad a la hora de la captación del voto parece difícil de rechazar.

Creo que algunas de las lecciones que pueden extraerse de las elecciones generales celebradas en España en noviembre de 2011, junto a la experiencia de los últimos procesos electorales vividos en la escala municipal y autonómica, son particularmente útiles. En esos procesos encontramos evidentes ejemplos y no sólo desde formaciones de extrema derecha (como Plataforma por Catalunya, PxC), sino de la derecha (Partido Popular, PP) e incluso en el centro derecha (Convergència i Unió, CiU; pero también el Partit dels Socialistes de Catalunya, PSC, en municipios gobernados por él). De acuerdo con esos mensajes, habríamos alcanzado el límite de la pluralidad que se puede gestionar sin poner en peligro la cohesión e incluso la supervivencia. Y como muestra de esa pluralidad incompatible, ese tipo de discurso elige como objetivo negativo, como verdadero *fobotipo*, la diferencia que derivaría de la presencia importante de inmigrantes que se identifican por su pertenencia a una religión diferente del cristianismo, es decir, la presencia de inmigrantes vinculados al Islam. Ese es un aspecto que trataré de modo específico en el capítulo tercero, y que, a mi juicio, permitirá sustentar con mayor solidez la hipótesis de este trabajo.

Finalmente, intentaré ofrecer las precisiones que nos permitan argumentar con coherencia la importancia del sentimiento de menosprecio como obstáculo mayor para los procesos de integración que debieran constituir el objetivo de toda política de inmigración que se pretenda legítima y eficaz, lo que significa también global e integral. Trataré entonces de concretar las pistas de esa vía negativa, del rechazo del reconocimiento que es el menosprecio. Veremos cómo, tras una etapa que suele caracterizarse por la indiferencia derivada de la ignorancia y de la construcción de la invisibilidad social del otro, que posibilita la ficción de que su presencia carece de relevancia pública, social, porque

es meramente coyuntural, funcional o instrumental, al imponerse la evidencia de que el asentamiento de los inmigrantes es una realidad y que no se puede mantener sin conflicto su invisibilidad, se pasa a la fase de menosprecio, en la que se le retiran los atributos propios de aquél a quien se considera como igual (atributos que, desgraciadamente son sólo los del ciudadano, no los del ser humano desnudo *tout court*), para poder justificar un trato discriminatorio y de dominación. De ahí el desprecio, que es sólo un escalón antes del odio. En la medida, en efecto, en que esa ausencia de reconocimiento genera la frustración, la indignación, se ensancha el conflicto social y se hace político y es cuando aparece la respuesta del odio que anuncia el recurso a la violencia y dificulta hasta el extremo la negociación.

Pero hay también pistas para superar esos riesgos y por eso concluiré mi reflexión con algunas consideraciones a este propósito, basándome de nuevo en la tipología de manifestaciones de reconocimiento y de menosprecio que nos ofrece Honneth y que permite distinguir tres tipos de menosprecio frente a los que podemos responder gracias a tres tipos de acción de reconocimiento. Así, frente al maltrato físico surge esa manifestación del reconocimiento que es el amor. Frente a la privación de derechos y la exclusión social, esa forma de garantía del reconocimiento que es el Derecho. Y, en tercer lugar, cuando sufrimos la degradación del valor social de las formas de autorrealización, la manifestación social básica de reconocimiento que es la solidaridad. En este ensayo me limitaré a sugerir algunas consecuencias de la apuesta por la segunda de las manifestaciones, la lucha por el Derecho como lucha por la igualdad y el reconocimiento. Porque estoy convencido de que ésta es la línea de trabajo más fructífera, la que recupera el viejo leit motiv de la lucha por el Derecho, por las leyes y por los derechos, como primera tarea de la ciudadanía y por ello como exigencia clave para la renovación de la democracia. Esa es, en buena medida, como ha escrito Sami Naïr, la lección que nosotros, europeos, *propietarios* de la marca <democracia>, podemos aprender de las revoluciones árabes y quizá también de los procesos sociales y políticos que vienen desarrollándose en otros confines extramuros, como América Latina. Sin ingenuidad, claro. Pero con prudencia y aun diría con humildad. Al menos para escuchar eso que *los otros* tienen que decir.

## **2. Cohesión social y diversidad. Lecciones de las políticas de inmigración e integración de la Unión Europea**

A lo largo del capítulo primero he tratado de enunciar cuál es el alcance real de estas páginas o, mejor, hacia dónde se encaminan, cuál es su propósito final. En realidad, el telón de fondo de nuestra crisis es en buena medida la toma de conciencia del agotamiento de una fórmula que ha pretendido conjugar lógica del mercado y lógica de la democracia, incluso bajo el supuesto de que ésta no cabe sino bajo el imperio de la primera. Pero precisamente cuando los profetas del triunfo del modelo de mercado nos anunciaban el fin de la historia, nos

vimos sorprendidos por quienes, compartiendo los supuestos ideológicos de esa posición, nos anuncian una dificultad más, el tópico del conflicto de modelos esta vez presentado con el envoltorio de *clash of civilisations*. Y en este enésimo escenario de la guerra como maestra y no sólo partera de la historia, hay un ganador evidente y cada vez más perdedores. Lo que sucede es que la pérdida mayor es la de la confianza en un modo de presentar la democracia que resulta cada vez más inaceptable para un número cada vez mayor de ciudadanos. Y no digamos para quienes quedan excluidos de ese privilegio, porque, como ha sabido ver Ferrajoli, en coincidencia con Balibar, la vieja categoría emancipatoria de la ciudadanía se ha convertido hoy sobre todo en eso, un privilegio.

Por eso, lo que el lector encontrará en este capítulo no es sino una suerte de test de las deficiencias de esta <democracia de consumidores> (sometida al imperio del mercado), deficiencias que se hacen particularmente patentes en el caso de la respuesta que ofrecemos a aquellos cuya presencia aceptamos porque no hay otra manera de obtener un *saldo positivo*. Me refiero, obviamente, a los inmigrantes. Desde hace mucho tiempo, en efecto, vengo sosteniendo que la inmigración, tal y como se plantea desde el último tercio del siglo XX, es un fenómeno radicalmente político, tanto en el orden estatal como en el internacional. Y eso, la resistencia a comprender la dimensión política de las migraciones, es a mi juicio la razón fundamental de nuestro fracaso al intentar gestionarlas. Porque más allá de la relevancia de la dimensión económico-laboral e incluso cultural de las migraciones, el impacto fundamental del fenómeno migratorio, sobre todo del asentamiento estable de poblaciones inmigrantes (y no sólo de la necesidad de regular los propios movimientos migratorios) es que nos obliga a pensar a fondo en las deficiencias y los retos que se plantean a unas democracias como las nuestras, que deben ser radicalmente democracias pluralistas si es que no quieren dejar de ser democracias. Si se prefiere, podemos decir que la importancia de las políticas de inmigración no reside en su eficacia a la hora de gestionar los movimientos migratorios en aras de obtener el beneficio que de otra manera no encontramos asegurado, sino en que del su éxito de depende la supervivencia de lo que llama-

mos democracia. Entre otras razones, porque constituyen el test más claro de la conjugación del imperativo de la cohesión social con el principio de pluralismo en sentido fuerte, que es condición sine qua non de la democracia.

Dicho esto, es evidente que la clave de bóveda de un modelo alternativo y posible de políticas de inmigración está en la categoría de integración social y en su carácter de prioridad en esas políticas. Algo que, si se me permite la paradoja, resulta más realista precisamente en contextos de crisis como el que vivimos, porque es ahora cuando parece más viable su aplicación a los modelos de gestión de la presencia estable (asentada) de inmigración en los Estados miembros de la UE.

A esos efectos, he articulado este capítulo en torno a tres consideraciones que intentaré formular sintéticamente. La primera, sobre la historia y evolución de la noción de integración como elemento de las políticas de inmigración de la UE. La segunda, sobre el modelo conceptual de integración que debiera constituir el punto de partida para otra política de inmigración. Y como consecuencia de ese modelo, pondré una tercera consideración, relativa a la concreción de la integración política como clave en el proceso dialógico de integración, relativo a la presencia estable de inmigrantes. Una noción ésta, la de integración política, que, más allá de las disputas terminológicas, me parece clave en relación con la sostenibilidad del modelo democrático, precisamente en el contexto de la crisis, cuando la reclamación de una democracia real se extiende de forma global, desde contextos y proyectos tan diversos como el de los indignados de la puerta del sol, los blogueros tunecinos y egipcios, los acampados en la plaza Tahrir, o quienes participan en los sitt-in (occupying) de Wall Street.

## **2.1. La integración como objetivo de la política de inmigración de la Unión Europea**

Como advertí en su momento, la tesis que sostengo se asienta, en gran medida, sobre los resultados de buena parte del trabajo de investigación que he desarrollado hasta ahora (es decir, entre 1992 y 2010), individualmente y con el grupo de investigación que dirijo. Esas investigaciones obligan –a mi entender– a poner de manifiesto que una de las principales razones (si no la más importante) del fracaso

(al menos relativo) de las políticas de integración de la UE es el predominio de cierta *concepción instrumental* de las migraciones (algunos la consideran más rigurosamente como un prejuicio) que se refleja a su vez en la ausencia de una visión radicalmente política del fenómeno de la inmigración y de sus desafíos.

El carácter radicalmente político de los fenómenos migratorios. He ahí la clave de comprensión que nos falta. Sus retos son de carácter radicalmente político porque –insistiré una vez más– afectan al corazón mismo del vínculo social y político y por eso nos deberían obligar a reformular las nociónes centrales de la política como las de ciudadanía y soberanía. Por eso, creo que no podemos desvincular la pregunta acerca del proceso de integración de las dimensiones políticas y jurídicas del mismo. Y ese convencimiento obliga a entender las claves de la integración política: integración no es sobre todo ni prioritariamente una cuestión cultural, sino un asunto de *status jurídico* político. Razón por la cual resulta muy sencillo definirla: Integración significa sobre todo igualdad y no discriminación en el reconocimiento y garantía de los derechos. Y eso nos debería llevar también al reconocimiento de la igualdad en los derechos políticos, sujeto a matizaciones en cuanto a sus condiciones y gradualidad. Porque, con Sayad, con Arendt<sup>14</sup>, hay que reconocer que <existir es existir políticamente>.

Pero, en decididas cuentas, ¿qué se entiende por integración en el marco de las políticas de inmigración de la UE? ¿Cómo y por qué se han definido indicadores, estrategias y objetivos para asegurar la integración?

La relación entre políticas de inmigración e integración en el ámbito de la Unión Europea no es una constante pacíficamente presente ni por parte de la Unión Europea, ni de la mayoría de sus Estados miembros, hasta muy recientemente, es decir, hasta las Recomendaciones del Consejo Europeo de Tampere, con ocasión del Consejo extraordinario celebrado bajo presidencia finlandesa los días 15 y 16 de octubre de 1999. Es a partir de esa fecha cuando se ha tratado de desarrollar en sus políticas migratorias el eje de la <integración>, bien definida en ese texto programático como un proceso bilateral<sup>15</sup> que comporta el reconocimiento de condiciones de igualdad y por tanto de la capacidad como agentes de los propios inmigrantes, que no son –ni deben ser– meros sujetos pasivos de esas políticas.

Este criterio general parece inspirar instrumentos más concretos que se despliegan tanto en el ámbito comunitario, como en el estatal y en el regional/autonómico. Y ello pese a la inflexión hacia la prioridad de la dimensión securitaria y de orden público que se experimenta, como retroceso, a raíz de la estrategia adoptada frente a los ataques terroristas de 2001 y 2004.

Es importante, a mi juicio, tener en cuenta la Comunicación de la Comisión Europea sobre “inmigración, integración y empleo”, de 3 de junio de 2003, que pretende profundizar en la configuración de un enfoque global sobre la integración de los inmigrantes en Europa a partir de tres objetivos: (1) atender a las conclusiones de Tempere, revisando las prácticas y expe-

<sup>14</sup>Por lo que se refiere a A. Sayad, sigue siendo obligado remitir a su *L'immigration, ou les paradoxes de l'altérité* De Boeck Université, 1992. Posteriormente la revisó y volvió a publicar en dos volúmenes: *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité. 1. L'illusion du provisoire*, Paris, Éditions Raisons d'agir, 2006. *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité. 2. Les enfants illégitimes*, Paris, Éditions Raisons d'agir, 2006. Cfr asimismo, Sayad, A., (1999) *La double absence. Des illusions de l'éémigré aux souffrances de l'immigré*. París, Seuil, 1999 (hay trad castellana, *La doble ausencia: de las ilusiones del emigrado a los padecimientos del inmigrado*, Madrid, Anthropos, 2011 ).

<sup>15</sup>Hablamos de un proceso bilateral, en primer lugar, porque implica a los dos grupos sociales implicados, los inmigrantes y los nacionales del Estado al que llegan; pero también bilateral porque no debe construirse como imposición unilateral de la sociedad de acogida.

riencias sobre políticas de integración; (2) examinar el papel de la inmigración en un contexto de envejecimiento de la población europea para lograr combinar crecimiento económico con la creación de empleo y la cohesión social y (3) delimitar sobre estas bases las prioridades y orientaciones políticas para promover la integración de los inmigrantes.

La Comisión identificó seis elementos clave para conformar un enfoque integral y multidisciplinar de la integración: integración en el mercado de trabajo (prevenir la concentración de mano de obra inmigrante en empleos sumergidos y de baja calidad), educación y habilidades lingüísticas (aprender la lengua del país de acogida, educación infantil y transmisión de valores), vivienda (acceso a vivienda digna y evitar la concentración en zonas urbanas deprimidas), sanidad y servicios sociales (acceso a la atención sanitaria y social, formación del personal que trabaja en dichos servicios) entorno social y cultural (implicación de los inmigrantes en la vida social), nacionalidad, ciudadanía y respeto por la diversidad (acceso a nacionalidad, potenciar su participación política).

Pero hay que esperar hasta 2004 para contar con un verdadero punto de partida en sentido normativo estricto. Se trata, en efecto, de *Los Principios básicos Comunes para una política de integración de la inmigración*, que insisten en la dimensión global del proyecto de integración (lo que algunos prefieren denominar <dimensión holista>) y en la necesidad de la acción coordinada e interactiva de los actores sociales con las diferentes administraciones públicas implicadas, pues si bien el nivel local es el decisivo, no es posible dejar de tener en cuenta a las administraciones regionales, estatales y comunitarias. La concreción de esos principios comunes se lleva a cabo en la primera *Agenda común*

para la integración, aprobada por la Comisión Europea en 2005. Un paso importante en la comprensión de la integración como proceso de adaptación social reciproca de inmigrantes y ciudadanos nacionales, un proceso que redonda en beneficio mutuo, fue el que ofreció la Comunicación de la Comisión Europea “El planteamiento global sobre la migración un año después: Hacia una política global europea en materia de migración”<sup>16</sup>, que insistía asimismo sobre la tesis de que debe enfatizarse **el nexo entre políticas de inmigración legal y estrategias de integración**. En esa comunicación se preveía la creación dentro del marco del programa Solidaridad y Gestión de los Flujos de Inmigración 2007-2013, del **Fondo Europeo de Integración de Nacionales de Terceros Países**, destinado a tratar de apoyar respuestas a los retos de integración a los que se enfrenta Europa. Con posterioridad, en el marco de la *Estrategia Europa 2020* debe destacarse su desarrollo en el *Programa de Estocolmo*, aprobado en 2009. El penúltimo desarrollo que quisiera destacar en esta presentación sumaria es la adopción por la Comisión Europea el pasado 20 de julio de 2011 de una *Agenda Europea para la Integración de los Nacionales de Terceros Países*<sup>17</sup>.

Por otra parte, es necesario reconocer que tanto los responsables de políticas de inmigración de los Estados miembros, como la propia sociedad civil, han avanzado considerablemente en la definición del objetivo de integración y en los indicadores que permiten evaluar las políticas adoptadas en orden a la garantía de procesos eficaces, legítimos y exitosos de integración. Para poner sólo un ejemplo, en España cabe hablar a nivel estatal de los dos Planes estatales de ciudadanía e integración de los inmigrantes (PECI), planes que han sido también abordados de forma particular por algunas Comunidades autónomas, entre las que cabe destacar Cataluña, Andalucía, el País Vasco y, en otra medida, Madrid. Las administraciones locales (Ayuntamientos, Diputaciones), también ofrecen numerosos ejemplos de planes de integración. Y por lo que se refiere a iniciativas que proceden de los agentes de la sociedad civil, bastaría referirse en el ámbito europeo al MIPEX: desde 2004, el Índice sobre Integración Migrant Integration Policy Index (MIPEX)<sup>18</sup> evalúa las políticas dirigidas a la integración de los

<sup>16</sup> COM(2007) 512 final. Tercer Informe anual sobre inmigración e integración, de 11 de septiembre de 2007

<sup>17</sup> Para lo que se refiere a la política europea de inmigración es útil conocer la “versión oficial” sobre el proceso desarrollado por la Unión Europea: todos los documentos pueden encontrarse en la website <http://ec.europa.eu/ewsi/>

<sup>18</sup> El MIPEX es un proyecto cofinanciado por la Unión Europea bajo el Programa INTI y liderado por el British Council y el Migration Policy Group que dirige Jan Nilesen. Integran el MIPEX más de veinte organizaciones de toda Europa, La Fundación CIDOB es la institución asociada al proyecto MIPEX en España. Cfr sus informes en el website <http://www.integrationindex.eu>

inmigrantes en 25 estados de la Unión Europea y en tres países extra-comunitarios. Mediante el uso de más de 100 indicadores, el Índice ofrece una panorámica diversa y multi-dimensional sobre las oportunidades de los inmigrantes en participar en las sociedades europeas. El Índice cubre seis áreas principales: el acceso al mercado de trabajo; la reagrupación familiar; la residencia de larga duración; el acceso a la nacionalidad; las políticas anti-discriminación y la participación política.

Sin embargo, no hace falta conocer en profundidad la ya muy importante literatura científica y técnica sobre la cuestión para advertir que incluso desde la perspectiva del cumplimiento de los propios indicadores de integración adoptados por la UE en esos *Principios Básicos Comunes* –por otra parte, sin duda, cuestionables- y desarrollados a través de los instrumentos que acabamos de citar, la realidad dista mucho de ofrecer resultados aceptables si se es mínimamente exigente. En mi opinión, como ya tuve ocasión de exponer en el proyecto con el que concursé, ello se debe no sólo a las habituales imprecisiones o disfunciones y a la asimetría entre los fines propuestos y los medios adoptados, sino, más radicalmente, a algunos errores de perspectiva sobre la noción misma de políticas de integración ante el fenómeno migratorio que vivimos en la UE, en particular desde comienzos del siglo XXI, aunque sus raíces se remontan mucho más allá de la mitad del XX. Creo que así lo muestran trabajos tan imprescindibles como los de Castel y Mauger, inspirados por la crisis de otoño de 2005 (la crisis de la *banlieue parisina*) y la revisión que ha llevado a cabo recientemente el grupo de trabajo dirigido por Gilles Kepel al que me referí anteriormente<sup>19</sup>, o, en España, por poner un ejemplo, los de Sandra Gil Araujo<sup>20</sup> y Francisco Torres<sup>21</sup>.

## **2.2. Hacia un nuevo modelo de integración como base para otras políticas de inmigración**

Es obvio que, si queremos encontrar una alternativa a las políticas de integración de la UE hasta ahora desplegadas, resulta necesario ante todo intentar otra comprensión de los procesos mismos de integración. A mi juicio, hay que comenzar por reconocer que el proceso de integración que, de suyo, es un proceso social complejo, alcanza un grado mayor de dificultad y complejidad en el contexto de sociedades globalizadas y de fuerte dimensión multicultural que es el del momento que vivimos actualmente en la UE.

Por eso, y aunque precisamente la lucha contra la discriminación en todos los órdenes es posiblemente la línea en la que deberíamos apuntar los mayores éxitos en el haber de las políticas europeas, ese proceso no puede ser explicado monocalusalmente en términos de la puesta en marcha de una eficaz política de igualdad, es decir, de las medidas e iniciativas propias de lo que comúnmente denominamos “Derecho antidiscriminatorio”.

Sin duda, el Derecho antidiscriminatorio nos ofrece el mejor ejemplo de las estrategias, iniciativas y herramientas de garantía de la integración y la cohesión social, entendida ésta no en

<sup>19</sup>Sobre el rapport original, *La banlieue de la République*, Institut Montaigne 2011. Un adelanto en *Le Monde*, nº 20747, 5 octubre 2011, pp. 21-23.

<sup>20</sup>Me refiero al libro de Sandra Gil Araujo, *Las argucias de la integración. Políticas migratorias, construcción nacional y cuestión social*, Madrid, 2010, IEPALA, en particular pp.220 y ss.

<sup>21</sup>Se trata de su reciente *La inserción de los inmigrantes. Luces y sombras de un proceso*, Barcelona, Talassa, 2011, sobre todo pp. 256-279.

los términos reactivos, centrípetos, del repliegue en la unidad, sino en el sentido abierto de refuerzo del vínculo social, precisamente ahí donde la presencia de la diversidad cultural parece conducirnos a un oxímoron o, si se prefiere decirlo en otros términos, al dilema cornudo de optar por la uniformidad o por la fragmentación, según decidamos que lo importante es la igualdad entendida en términos puramente sinalagmáticos (o, peor, de uniformidad), o que prioricemos el respeto por la individualidad y especificidad. Si: el Derecho antidiscriminatorio es el núcleo fundamental de las políticas de igualdad, un ámbito en el que contamos con amplia experiencia en Derecho comparado y en el propio ordenamiento jurídico español, por ejemplo en materia de igualdad entre hombre y mujer, en la construcción de la igualdad compleja ante situaciones heredadas de discriminación por características etnoculturales, por discapacidades, etc. Junto a ello hay otra importante dimensión del derecho antidiscriminatorio que se refiere a la equiparación en términos de *empowerment* en el espacio público, esto es, la igualdad en términos de superación de toda forma de dominación. Pero aún así, las políticas de igualdad no bastan para garantizar el proceso de integración. Son políticas necesarias pero no de suyo suficientes:

son *conditio sine qua non*, sí, pero hay otros factores relevantes. Quiero decir con ello que los instrumentos jurídicos (y las políticas en el ámbito de los indicadores de igualdad, como el acceso al trabajo, a la educación, a la salud, a los servicios sociales, etc) que permitirían obtener ese resultado, no bastan para asegurar establemente la integración.

Y es que, como nos enseñan Castel<sup>22</sup> o Naïr<sup>23</sup>, la integración no es tanto el resultado de una norma jurídica, cuanto un proceso en el que la dimensión simbólico cultural juega también un papel importante, de ahí que debamos atender a los procesos de identificación, al papel de los marcadores culturales de la identidad, a los conflictos que de ellos resultan. Pero eso no significa que debamos reconducir la discusión de los procesos de integración de modo exclusivo a la dimensión cultural. Se trataría a mi juicio de un error. Un error por otra parte frecuente entre quienes subrayan que lo importante en procesos sociales como éste son las experiencias, las prácticas sociales. Por ejemplo, se incurre muy a menudo en ese error cuando se postula la denominada política de interculturalidad como una especie de grial para la integración, reduciendo el papel de las políticas de **igualdad en derechos** a medidas de acompañamiento, bajo el lema “no se cambia la sociedad por decreto”. Como he tratado de analizar en otros lugares<sup>24</sup>, me parece importante advertir sobre ese riesgo de culturizar el debate sobre la integración, de reducirlo a la polémica sobre la compatibilidad de los correspondientes marcadores culturales (por ejemplo, de la religión) y, a su vez, de algunos de ellos con exigencias de principio como los derechos humanos o los principios reglas e instituciones del Estado de Derecho y de la democracia.

Las insuficiencias de la perspectiva normativa y de la psicosocial, antropológica, o sociológica exigen ir más allá. Y este es el sentido del presente trabajo. Creo que hay que preguntarse por los presupuestos, por las raíces que hacen posible la raíz del proceso de integración que consiste en conjugar de forma estable la pluralidad de acciones de reconocimiento, por utilizar una terminología propia de la teoría social del reconocimiento desarrollada de modo expreso por Taylor y Honneth, pero también, como acabo de recordar, por Castel o Naïr. Se trata de examinar cómo construir esas accio-

<sup>22</sup>El conjunto de la obra de Castel es referencia obligada para los estudios sobre los procesos de integración social, pero también de exclusión y de marginación. Castel, R., (2000), *Les Métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat*, Fayard, Paris, 1995, réédition Folio-Gallimard, Paris.; Castel (2003), *L'Insécurité sociale: qu'est-ce qu'être protégé?*, Éd. du Seuil, 2003. Castel (2007) *La discrimination négative*, Paris, La République des idées/Seuil; Castel (2009) *La montée des incertitudes: Travail, protections, statut de l'individu*, Paris, Ed. du Seuil; Castel (2010), *Nous avons quelque chose à vous dire... Paroles des jeunes des quartiers*, Paris, L'Harmattan, (avec J.-L. Reiffers, et avec la participation de S. Menu).

<sup>23</sup>De Sami Naïr se puede consultar su reciente Naïr (2010), *La Europa mestiza*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, que reúne sus principales trabajos sobre inmigración y donde se pueden encontrar sus aportaciones sobre la noción del proceso de integración.

<sup>24</sup>Cfr. por ejemplo, De Lucas, Javier, 2001, "Las sociedades multiculturales y los conflictos políticos y jurídicos", pp. 61-102, en *La multiculturalidad. Cuadernos de derecho judicial VI*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial; De Lucas, (2003), *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Barcelona, Icaria.; De Lucas, J., (2005), "Fronteras e identidades: paradojas del proyecto europeo", en el monográfico dedicado al Tratado constitucional por la edición española de Le Monde Diplomatique, *Europa: momentos decisivos*, 2005.; De Lucas, J., Bueso, L., (2006), *La integración de los inmigrantes*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2006.

nes de reconocimiento que, para ser duraderas, deben contar con el apoyo del Derecho, aunque no es en el ámbito jurídico donde podemos encontrar la razón de ser de la acción de reconocimiento o de su contraria, de su negación, en forma de menosprecio. Y con ello quiero decir que los instrumentos jurídicos y políticos de la acción de reconocimiento tienen unos presupuestos, una concepción o visión del mundo que es más profunda y sin la cual aquéllos están destinados a logros superficiales. Y también que esos presupuestos subyacen a los marcadores de identidad, a los procesos de identificación. En suma, que el recurso a estos (por ejemplo, al proceso de construcción de identidad desde una fe y una práctica religiosa, vinculada las más de las veces a una iglesia o al menos a una dimensión institucional, como trataré de explicar en el segundo apartado) es un síntoma y no la causa del fracaso de las políticas de integración de la inmigración.

Comúnmente se admiten tres dimensiones básicas en los procesos de integración: la económica, la social (o socio-cultural) y la participativa (política en el sentido amplio de participación en la vida pública, en el espacio público). Respecto a la económica su clave es laboral: el empleo, el nivel y condiciones salariales y laborales en sentido amplio. La social suele remitir (además de a los indicadores de identidad cultural) a indicadores de competencia lingüística, al acceso a la vivienda, la escuela y la salud y servicios públicos. Por lo que se refiere a la participativa, los indicadores son relativos a las condiciones de acceso a la ciudadanía, a la participación en la vida local, en movimientos asociativos de barrio, de escuela, al derecho a voto en elecciones locales, regionales, estatales.

Habitualmente se considera que la clave en el proceso de integración comienza con la mal denominada <segunda generación>, esto es, con los hijos de inmigrantes que nacen ya en el país de acogida y por eso en la mayoría de los Estados de la UE son en realidad ciudadanos del país de acogida (al menos al alcanzar la mayoría de edad tienen esa opción) y por tanto es impropio mantener respecto a ellos la noción de inmigrante, aunque sea con el matiz generacional. Pero sí es cierto que esta <generación> es clave en la relación entre las sociedades de los dos países implicados en un proceso que deviene con frecuencia en un status de facto de transnacionalidad. Al calificar como empírico ese status, quiero poner de relieve que el problema que acaba truncando el éxito de los procesos de integración, como luego subrayaré, suele residir en lo que Sayad<sup>25</sup> denominaba la <presencia ausente> de los inmigrantes, su invisibilidad pública, su inexistencia como sujetos del espacio público.

Dicho esto y aunque la diversidad de proyectos migratorios hace difícil trazar un plan de integración completo y común y aún más si se trata de un espacio público tan diferenciado como el europeo, estoy de acuerdo en sostener que es posible formular una estrategia de principios básicos comunes para la integración, ahí donde se da la presencia asentada (estable) de inmigrantes, incluso de los que reivindican un reconocimiento

<sup>25</sup>Cfr. A. Sayad, *L'immigration, ou les paradoxes de l'altérité* De Boeck Université, 1992. Asimismo, *La double absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*. Paris, Seuil, 1999 (hay trad castellana, *La doble ausencia: de las ilusiones del emigrado a los padecimientos del inmigrado*, Madrid, Anthropos, 2011). Posteriormente revisó y volvió a publicar en dos volúmenes: *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité. 1. L'illusion du provisoire*, Paris, Éditions Raisons d'agir, 2006. *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité. 2. Les enfants illégitimes*, Paris, Éditions Raisons d'agir, 2006.

diferenciado, algo que la UE en principio parecía ignorar, empeñada como se encontraba en el modelo alemán del *Gastarbeiter*, que niega el hecho mismo de la inmigración. Pero como ya he señalado, es preciso reconocer que la UE ha dado pasos significativos en lo que podríamos denominar la dirección correcta de políticas de integración, al menos desde 2004, aunque nunca se ha enfrentado en serio con los dos déficits a mi juicio más importantes: su negativa a reconocer el reagrupamiento familiar como derecho y como condición de cualquier política exitosa de integración y, en segundo lugar, idéntica negativa en punto al reconocimiento de la igualdad en el acceso a los derechos políticos plenos, a la ciudadanía, para los inmigrantes residentes estables (también denominados residentes permanentes o de larga duración). Las dos directivas que expresan la política europea respecto a esos dos temas capitales son muy expresivas de las limitaciones<sup>26</sup>.

Que los procesos de integración no pueden darse por concluidos, aunque los indicadores establezcan anualmente e incluso de modo constante resultados positivos, es una lección elemental que no cabe olvidar. Máxime cuando el marco normativo de esos procesos puede conocer involuciones. A ese respecto, me parece imposible ignorar que, tanto a escala comunitaria como estatal, asistimos a un fenómeno de involución. En el caso español, son muy expresivos los intentos de institucionalizar un determinado modelo de contrato de integración y los proyectos de establecimiento de test de civismo, llevados a la práctica a escala municipal en algunos Ayuntamientos de diferente signo político.

Ahora bien, para formular alternativas ante esas insuficiencias es preciso, a mi juicio, revisar la noción misma de integración, distinguir los modelos alternativos posibles y sobre todo insistir en la importancia de la dimensión “cívica” o política del proceso de integración. Es precisamente lo que intentaré exponer de forma resumida a continuación.

## 2.2.1. La integración como categoría problemática y como proceso complejo

Lo que está fuera de toda duda es que el de “Integración” es un término a la vez polisémico y por ello (aunque no sólo) inevitablemente polémico. Bajo esa noción, en efecto, se designan al menos tres dimensiones: primero (a) la *relación evidentemente bilateral* que se entabla entre el inmigrante y las instituciones públicas y asimismo la sociedad del país receptor; (b) en segundo lugar, lo que es muy importante, los *procesos de inserción social* de los inmigrantes y de interacción entre éstos y la sociedad de acogida; y finalmente (c) el *resultado* de estos procesos, es decir, la consolidación de determinado tipo de vínculo entre el inmigrante, las estructuras institucionales y la sociedad de establecimiento, referido sobre todo (aunque no sólo) al reconocimiento de derechos y obligaciones y a la gestión de la diferencia cultural, lo que permite realizar la evaluación de las medidas de integración.

Pero lo anterior es en realidad una aproximación formal que dice poco del contenido de la integración como relación, como proceso y como resultado. La clave de la dificultad estriba sin duda en que la integración es un término aporético, porque su delimitación conceptual está casi inevitablemente teñida de valencias normativas relativas a la concreción de su contenido (qué relación, qué instrumentos, qué cambios, qué derechos y deberes).

Por todo ello, lo que se presenta de forma habitual como una definición de integración –en los textos de los teóricos, en las normas jurídicas, en los planes institucionales- no es sino un *modelo normativo* de integración, o, si se quiere, una *concepción* de la integración deudora de una opción política partidaria o de una filosofía política o social determinada. Cabe entonces afirmar que resulta hasta cierto punto inútil tratar de hallar una definición avalorativa de integración, o, más bien, que cuando se traspasan los límites de una definición puramente estructural o formal, hay tantos conceptos de integración como modelos normativos de integración, que no nos dicen qué es la integración, sino más bien cómo *debe ser* la integración. Todo esto explica la equivocidad de una palabra capaz de designar concepciones no sólo divergentes, sino abiertamente contradictorias respecto a la relación entre los inmigrantes, la

<sup>26</sup>Cfr. La directiva sobre reagrupamiento (2003/86/CE de septiembre de 2003) y la directiva sobre el estatuto de los ciudadanos de terceros países residentes de larga duración (2003/109/CE), de noviembre del mismo año.

sociedad de acogida y las estructuras institucionales. Más adelante recogeré de forma resumida algunos modelos ideales que reflejan esta circularidad entre el concepto y las aproximaciones políticas y normativas de la integración.

El debate en torno a la integración de los inmigrantes no es, pues, un debate conceptual, sino normativo. Resulta sin embargo útil señalar, todavía en un nivel de discurso descriptivo, algunos extremos relativos a la integración como proceso social y a la política de integración como respuesta institucional, uno y otra frecuentemente desatendidos por una *concepción* de la integración que peca de unilateral y restrictiva, y funcionalmente asociada a la visión instrumental del fenómeno migratorio y a la acepción monista y culturalmente homogénea del Estado-nación.

Al mismo tiempo, es necesario tener en cuenta la complejidad y la multiplicidad de variables y factores a tener en cuenta en el proceso de incorporación de los inmigrantes a la sociedad receptora, y, además, la necesidad de tener presentes los presupuestos para proponer una concepción de la integración coherente con la complejidad del fenómeno migratorio y que incorpore la participación social y política de los inmigrantes. Eso exige formular ciertas características del concepto normativo de integración: asimetría, pluralidad, bidireccionalidad, multidimensionalidad

- **Asimetría:** si bien los “contextos de recepción” pueden ser favorables, neutrales o desfavorables para todos o para determinados colectivos de inmigrantes<sup>27</sup>, la premisa para abordar el análisis del proceso de integración es la asimetría estructural existente entre el inmigrante de un lado, y la sociedad y el marco institucional de otro. En primer término, el proceso de integración tal y como se plantea en la UE hoy, supone una relación desigual entre el inmigrante y la sociedad receptora. La posición dominante de ésta y el desequilibrio entre los dos polos de la relación están relacionados con factores como el peso demográfico, el poder socioeconómico y el imaginario de identidad que da cohesión y legitimidad a la sociedad receptora frente al “otro”<sup>28</sup>. En segundo lugar, el marco regulador del acceso del inmigrante al país de acogida es una competencia estatal. Por tanto, la determinación del status legal y del sistema de derechos de los no ciudadanos (y, a su vez, de los no ciudadanos regulares e irregulares) se establece de modo unilateral, condicionando a priori el universo de expectativas de integración en la sociedad de acogida del inmigrante. Esta asimetría impuesta institucionalmente tiene una relación directa con el hecho de que los mayores déficits de integración se presenten en aquellas esferas (tal es el caso de la política) en las que el acceso de los inmigrantes está vetado o fuertemente restringido. En este sentido, la ausencia de reconocimiento o la limitación de determinados derechos de naturaleza participativa (que es una de las principales causas de las situaciones de indefensión social y laboral de los inmigrantes)<sup>29</sup> es una cuestión previa a la discusión en torno al modo en que los inmigrantes están o no dispuestos a integrarse en la cultura política de la sociedad receptora.

- **Pluralidad:** la integración de los inmigrantes no puede ser

<sup>27</sup>A. Portes y J. Böröcz, “Migración contemporánea. Perspectivas teóricas sobre sus determinantes y sus modalidades”, en G. Malgesini (comp.), *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Barcelona, Icaria, 1998, pp. 43 ss.

<sup>28</sup>F. Torres, “La integración de los inmigrantes y algunos de los desafíos que nos plantea”, en J. De Lucas y F. Torres, *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y malas respuestas*, Madrid, Talasa, 2002, . p. 53.

<sup>29</sup>V. Stolcke, “¿Qué entendemos por integración social de los inmigrantes?”, en F. Checa, J. C. Checa y A. Arjona (eds.), *Inmigración y derechos humanos. La integración como participación social*, Barcelona, Icaria, 2004, p. 40.

concebida como el resultado de la relación entre dos bloques homogéneos. La heterogeneidad interna tanto de la sociedad de acogida como de los colectivos de inmigrantes es un factor esencial para comprender la complejidad del proceso de integración. Por una parte, la diversidad ideológica y de formas de vida, las diferencias culturales *internas* y las desigualdades de poder y recursos existentes en las sociedades receptoras determinan la existencia de percepciones muy diversas del fenómeno migratorio y del proceso de integración. Por otra, los inmigrantes no son sólo diferentes en función de la nacionalidad y la cultura de origen (variables que pueden incidir en los “costes de la integración”, es decir, en las dificultades que pueda encontrar en el proceso de integración derivadas de la mayor o menor distancia entre su cultura y la de recepción). La heterogeneidad interna entre los colectivos de inmigrantes (y en un mismo colectivo de inmigrantes) viene dada también por factores como el género<sup>30</sup>, el status legal, las características del proyecto migratorio individual y los modos de inserción en la sociedad receptora. Serán, pues, plurales las expectativas y las estrategias de integración y será también diverso el grado en que las comunidades de inmigrantes estén interesadas en conseguir voz política y emplear recursos y esfuerzos para acceder a los espacios de participación ciudadana. En los proyectos migratorios temporales a menudo no se plantea la participación política como un objetivo prioritario. Los vínculos comunitarios establecidos a través de las redes migrantes del mismo origen y el objetivo de inserción laboral en las mejores condiciones salariales agotan las perspectivas de integración. Por el contrario, la inmigración de asentamiento adopta actitudes más comprometidas con aspectos como la vivienda, la inserción urbana, la presencia en el mundo cultural, la convivencia y la participación ciudadana<sup>31</sup>. Puede ocu-

rrir que la respuesta institucional no se adecúe al interés de los colectivos inmigrados por la integración política y permanezca anclada en la visión de la inmigración como un fenómeno temporal. En buena medida, los fenómenos de repliegue identitario o étnico que muchas veces incrementan la indefensión política de los colectivos inmigrados no son una característica del comportamiento político de los inmigrantes, sino una respuesta a este desajuste. En otros casos, aun asumiendo las demandas derivadas de integración en la esfera política, las instituciones pueden articular dispositivos de interlocución o participación basados en criterios de representatividad que no reflejan los intereses plurales de y en los distintos colectivos de inmigrantes, generando el desinterés o la apatía política de éstos.

- **Bidireccionalidad:** la inmigración es un factor de cambio de las sociedades receptoras que tiene un “efecto espejo”<sup>32</sup> tanto en el plano social como político. Desde el punto de vista social, los inmigrantes son agentes de cambio no sólo porque modifican los parámetros que, de acuerdo con la aproximación funcionalista clásica, dotan de cohesión a las sociedades receptoras y regulan la interacción entre sus miembros y la integración de los conflictos. También el paisaje y la fisonomía de la sociedad de establecimiento resulta alterada por la inmigración. Desde una perspectiva política, la presencia de inmigrantes que no disponen de la capacidad de decisión política plena enfrenta a las comunidades políticas de los países de acogida con los valores y las categorías básicas de la tradición liberaldemocrática.

Que la inmigración es un factor de cambio social es una afirmación (descriptiva) independiente de la cuestión (normativa) relativa a modo en que se gestiona, administra y aborda el cambio social, es decir, de los perfiles normativos que adopte la política de integración. La inmigración cambia las sociedades de acogida con independencia de la disposición que muestren los estados para adaptar sus estructuras institucionales a las transformaciones sociales en curso. La política de integración no opera, por tanto, sobre entidades estáticas ni sobre identidades congeladas, sino sobre procesos dinámicos, contextuales, complejos y cambiantes. Considerando la asimetría de poder entre sociedad y colectivos inmigrantes, y hablando ya en

<sup>30</sup>Para una aproximación al análisis de la migración femenina, vid. R. Mestre, “Puntos de partida para la crítica feminista del derecho de extranjería”, en *Feminismo es...y será*, Córdoba, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2002, pp. 151 ss.

<sup>31</sup>J. de Lucas, *Europa, ¿convivir con la diferencia?*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 44.

<sup>32</sup>Vid. R. Zapata-Barrero, “La gestión política de la inmigración: indicadores y derechos”, en M. J. Añón (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 201-211.

términos normativos, la política de integración debería facilitar y garantizar que el ajuste entre la sociedad receptora y las comunidades de inmigrantes no sea un proceso de adaptación unilateral de los segundos a la primera<sup>33</sup>, sino el resultado de la acomodación mutua y de la negociación constante sobre la redefinición de los criterios de pertenencia e inclusión en la sociedad de acogida. En este sentido, los destinatarios de las políticas de integración no son (o no deberían ser) sólo los inmigrantes.

- **Multidimensionalidad:** desde la óptica de la acción institucional, la integración de los inmigrantes es una cuestión política en la que entran en juego múltiples ámbitos y esferas<sup>34</sup> que no puede decidirse por una sola instancia, sino que es el resultado de una interrelación entre actores. La política de integración es, en este sentido, un caso típico de *multi-level policy* que involucra: a) relaciones intergubernamentales: el proceso de integración demanda la actuación de todos los niveles de los poderes públicos (estatal, autonómico, provincial, local); b) transversalidad: en el desarrollo de su proyecto migratorio, el inmigrante se relaciona con diversas esferas (sanidad, trabajo, educación, vivienda, cultura). La integración afecta, por ello, a todos los sectores públicos; c) redes de actores: el proceso de integración no concierne únicamente a las distintas administraciones públicas. Por eso, participan múltiples actores sociales: Asociaciones de inmigrantes y ONG locales que trabajan específicamente en el tema de la inmigración, organizaciones de interés y grupos de presión (sindicatos, confesiones religiosas, patronal, agencias, organismos autónomos, federaciones, fundaciones) y finalmente, claro, los partidos políticos)<sup>35</sup>.

#### 2.2.2. Sobre los modelos de integración de los inmigrantes. Un resumen de las opciones más significativas.

Para acabar de presentar el cuadro de elementos definitorios de la noción de integración y de las opciones de uso de la misma, puede ser útil recordar los principales modelos en presencia. Casi huelga decir que se trata de *tipos ideales*, es decir, construcciones puras que no tienen una traducción literal en la realidad y que no pueden captar íntegramente la complejidad y diversidad de las políticas de integración, frecuentemente caracterizadas en la práctica por el solapamiento de rasgos y atributos correspondientes a dos o más modelos. Estos modelos teóricos, sin embargo, no pueden ser identificados sin más con los paradigmas de gestión de la diferencia cultural que han seguido los distintos estados occidentales (*i. e.*, el *melting pot* norteamericano, el repubликанismo homogeneizador francés, el mosaico canadiense, etc.), más allá de la consideración de que estos paradigmas nacionales o regionales puedan tener semejanzas muy relevantes con los tipos ideales. Se trata de categorías analíticas basadas en generalizaciones, que son útiles en la medida en que proporcionan un retrato tipológico de los fundamentos teóricos de las posibles respuestas al fenómeno migratorio y al pluralismo cultural en las sociedades contemporáneas.

En esta taxonomía he evitado hablar de un modelo “multi-

<sup>33</sup>Vid., por todos, C. Giménez, "La integración de los inmigrantes y la interculturalidad. Bases teóricas para una respuesta práctica", *Arbor*, 607, 1997, pp. 119 ss.

<sup>34</sup>A. Solanes, "Las políticas holísticas de integración de los inmigrantes: su dimensión jurídica", *Actas del IV Congreso sobre la inmigración en España*, Girona, 11-13 noviembre 2004.

<sup>35</sup>Vid. R Zapata-Barrero, *Inmigración, innovación política y cultura de la acomodación en España*, Barcelona, Fundación CIDOB, 2004. Cfr. Asimismo Ruiz Vieytes, (2010), *Derechos humanos en contextos multiculturales: derechos de acomodo o acomodo de derechos?*, Bilbao, Instituto de derechos Humanos Universidad de Deusto.-Diputación Foral de Guipúzcoa

cultural” o de modelo propio del “multiculturalismo”. Ya he puesto de manifiesto que su uso habitual arranca de no pocos malentendidos e imprecisiones. De un lado, el intenso debate de las últimas dos décadas en torno al pluralismo cultural ha contribuido a incrementar la confusión conceptual, las identificaciones simplistas y la ausencia de distinciones elementales alrededor del multiculturalismo, lo que desaconseja la utilización del término para definir un único modelo ideal. Por otra parte, lo que es más grave aún, no suele distinguirse el multiculturalismo en un sentido puramente factico (lo que de suyo es un error) del multiculturalismo en un sentido evaluativo, político o normativo. En el primer sentido, en lugar de multiculturalismo, sería preferible hablar de la multiculturalidad, esto es, la existencia de hecho de las manifestaciones de la diversidad y el pluralismo cultural, la presencia en una misma sociedad de individuos y grupos con diferentes códigos culturales conectados a diferencias étnicas, lingüísticas, religiosas o nacionales. En este sentido, la multiculturalidad es una realidad que difícilmente puede ser cuestionada y constituye un punto de partida inevitable en cualquier reflexión sobre estrategias de integración social. En el segundo sentido, en cambio, el multiculturalismo es un ideal político o una respuesta normativa sobre el modo en que las instituciones y las políticas públicas deberían gestionar el pluralismo social y cultural en las sociedades actuales<sup>36</sup>. Por fin, y a pesar de que el multiculturalismo como doctrina normativa puede identificarse en términos muy genéricos con aquellas aproximaciones políticas favorables al respeto y la promoción de las diferen-

cias culturales (y, en el caso de los inmigrantes, diferentes con la promoción estatal de la reproducción cultural en el país de acogida), no existe una versión única del multiculturalismo ni en el plano teórico o filosófico-político ni en el institucional<sup>37</sup>. De hecho, más de uno de los tipos ideales de integración que describiré a continuación puede calificarse como multiculturales o multiculturalistas.

Por último, a pesar de que los diversos modelos de integración no corresponden *necesariamente* a una concepción política o normativa determinada, su proyección prescriptiva es indudable. En esencia, el criterio a partir del cual pueden ser diferenciados es el que hace referencia a los cambios en las estructuras básicas de la sociedad que según cada uno de ellos deberían darse con el fin de acomodar a los inmigrantes en la sociedad receptora. La descripción de los modelos se centrará de manera preferente en el desigual grado de disposición que cada uno de ellos muestra para facilitar y promover la intervención del inmigrante en la toma de decisiones sobre la gestión de la diferencia cultural y el diseño de políticas de integración en la sociedad de acogida, es decir, en la participación política<sup>38</sup>.

#### a) Asimilacionismo

Como premisa, el modelo asimilacionista parte de que el fenómeno migratorio y el contacto entre dos o más grupos culturales (el/ los grupos inmigrados y el grupo receptor) no hace necesaria la alteración de los límites y el contenido de los valores y los patrones sociales característicos de la estructura básica de la sociedad de acogida. Los diferentes ámbitos públicos son eminentemente monoculturales (o, al menos, están fuertemente impregnados por la cultura autóctona dominante), y la integración se concibe como un camino de sentido único: son los inmigrantes (sujeto dinámico) los que deben incorporarse a la sociedad (objeto estático). La traducción efectiva del modelo asimilacionista se concreta en la preeminencia de políticas y programas de carácter genérico o generalista, que tratan a los inmigrantes como al resto de la población autóctona sin tomar como criterios de orientación sus rasgos distintivos. En la medida en que la coexistencia entre inmigrantes y autóctonos es percibida como una relación de competencia, el grupo que dispone de más re-

<sup>36</sup>Vid. J. de Lucas, “La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”, en J. de Lucas (ed.), *La multiculturalidad*, San Sebastián, Cendoj/ Consejo general del Poder Judicial, 2001

<sup>37</sup>J. Rex, “Multiculturalism and political integration in the modern nation State”, *Documentos CIDOB, Serie Dinámicas Interculturales*, 1, 2004.

<sup>38</sup>La tipología de modelos de integración es un lugar común en la literatura sobre el tema. Además de las referencias habituales a los trabajos de Castel o Rex, pueden mencionarse las propuestas de R. Zapata-Barrero, “¿De qué modo las instituciones públicas deberían acomodar a los inmigrantes? Un marco analítico para el análisis”, *Gestión y análisis de políticas públicas*, 20, 2001. A. Favell, *Philosophies of integration: immigration and the idea of citizenship in France and Britain*, Londres, Palgrave, 2001; y J. García Añón, “La integración social de los inmigrantes y la concreción de sus derechos en los planes autonómicos”, en L. Miraut Martín (ed.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dylinson, 2004; Favell,

cursos para su supervivencia, los ciudadanos, podrá exigir a los otros las condiciones de acceso a las esferas públicas controladas por ellos mismos. De este modo, el modelo asimilacionista promueve la integración social y política de los inmigrantes, pero la incorporación a la sociedad receptora está supeditada a los condicionamientos impuestos por la cultura dominante. El reconocimiento de derechos se hace depender de la mimetización con la mayoría, lo que puede conducir al sacrificio de ciertas diferencias y a la pérdida de rasgos de identidad constitutivos.

Los condicionantes que el modelo asimilacionista impone al proceso de integración tienden a limitar la participación de los inmigrantes en las decisiones públicas. Se asume que la capacidad de decisión en la esfera pública debe estar en manos de los miembros del grupo dominante (los ciudadanos). En este sentido, el acceso al ámbito público de decisión (el reconocimiento de los derechos políticos) sólo se concibe como legítimo en el caso de que el inmigrante haya completado el proceso de asimilación y no suponga un factor de riesgo para la identidad cultural autóctona. Así, el inmigrante que quiera acceder a la esfera de decisión pública deberá dejar en la esfera privada aquellas prácticas, códigos, patrones de comportamiento y valores susceptibles de poner en tensión los establecidos por la cultura dominante. Se considera peligroso que las concepciones del bien asociadas a la diferencia cultural penetren en las estructuras estatales del país receptor, asumidas como culturalmente neutrales. Todo esto implica que el inmigrante sólo podrá expresar su autonomía cómodamente en la esfera privada y que su integración social deberá realizarse al precio de <invisibilizar> su diferencia en la esfera pública.

*b) Segregacionismo*

El modelo segregacionista es una variante del modelo anterior que parte de las mismas premisas que el asimilacionismo en cuanto a la no necesidad de alterar los límites y el contenido de los valores y los patrones sociales característicos de la estructura básica de la sociedad de acogida, la percepción de la coexistencia entre inmigrantes y autóctonos como una relación de competencia y la defensa de la monoculturalidad de los ámbitos públicos. La principal diferencia con el modelo asimilacionista no atañe a los términos de la integración, sino a la propia necesidad de la integración. Mientras que el asimilacionismo promueve una integración del inmigrante supeditada a los condicionamientos de la sociedad receptora (el sacrificio de sus rasgos de identidad y el sometimiento a la cultura dominante), el segregacionismo asume como normativa la separación de los grupos alógenos para evitar la perturbación que su presencia puede suponer para la cultura dominante. Mientras que la integración se concibe desde el prisma asimilacionista como un camino de sentido único (son los inmigrantes, sujeto dinámico, los que deben incorporarse a la sociedad, objeto estático), en el modelo segregacionista la integración es más bien un no camino: los inmigrantes (o, al menos, algunos inmigrantes) son con-

siderados como sujetos o colectivos de sujetos estáticos, no integrables ni siquiera a través de la asimilación. La coexistencia entre inmigrantes y autóctonos se basa, de este modo, en la segregación social, ocupacional, espacial, educativa, cultural y política de los primeros. Esta segregación se asienta sobre una total asimetría de poder y derechos entre los autóctonos y los inmigrantes, es decir, en la exclusión institucionalizada de los segundos.

Al igual que en el modelo asimilacionista, se asume que la capacidad de decisión en la esfera pública debe estar en manos de los miembros del grupo dominante (los ciudadanos). Ahora bien, la limitación de la participación de los inmigrantes en las decisiones públicas y en la gestión política de la diferencia es más severa. En el primer modelo, el acceso al ámbito público de decisión (el reconocimiento de los derechos políticos) sólo se concibe como legítimo en el caso de que el inmigrante haya completado el proceso de asimilación y no supongan un factor de riesgo para la identidad cultural autóctona. El modelo segregacionista, por su parte, excluye el acceso de los inmigrantes a la esfera pública, dado que no reconoce si quiera la posibilidad de participación pública en la toma de decisiones tras el proceso de asimilación. También en el modelo segregacionista las prácticas, códigos, patrones de comportamiento y valores propios de la cultura de los inmigrantes deben permanecer en la esfera privada, si bien el umbral de tolerancia hacia esas prácticas privadas es más estrecho que en el caso del asimilacionismo.

#### *c) Integracionismo*

Lo que especificaría a este tercer modelo que denomino <integracionista> a diferencia de los dos anteriores, es que este sí parte de la necesidad de introducir ciertas variaciones en los límites y el contenido de los valores y los patrones sociales característicos de la estructura básica de la sociedad de acogida. El objetivo de estos cambios sería la reducción o minimización del conflicto potencial entre los valores e intereses de los inmigrantes y los de la población autóctona, así como el mantenimiento de la estabilidad y la cohesión social. Desde esta perspectiva, la integración no se concibe como un camino de sentido único, ya que el modelo no exige al inmigrante la asimilación plena y el sacrificio de sus rasgos de identidad, pero sí reclama de éste

un esfuerzo de integración basado en una suerte de intercambio. Por una parte, se admite la necesidad de que las estructuras institucionales asuman patrones interculturales y se adapten a las necesidades específicas de los inmigrantes. Sin embargo, la participación política de los inmigrantes en la determinación y gestión de ese proceso no es plena ni directa. En términos de diseño de las políticas públicas de integración/ acomodación, el modelo integracionista alienta las políticas y programas genéricos de acción específica, que se dirigen a un grupo de población determinado (a diferencia del modelo asimilacionista) y pretenden fomentar su autonomía (a diferencia del modelo segregacionista), pero que son concebidas y gestionadas por distintos actores autóctonos sin intervención efectiva de los inmigrantes.

El modelo integracionista no parte de una percepción de competencia en la coexistencia entre inmigrantes y autóctonos. Los condicionamientos que imponen los ciudadanos y las instituciones para el acceso a las esferas públicas no son tan severos como en el modelo asimilacionista. Sin embargo, se establecen filtros (fundamentalmente, el control ciudadano) para que las demandas políticas de los inmigrantes puedan ser admitidas y reconocidas, de modo que el control del límite y del contenido de las políticas públicas está en manos de los autóctonos. La interculturalidad en las instituciones y el respeto a las diferencias postuladas por el modelo integracionista se hace, así, compatible con el hecho de que la participación política directa de los inmigrantes esté limitada y que la satisfacción de sus reclamos y necesidades específicas sea en última instancia decidida por la población de la sociedad receptora. En todo caso, el modelo integracionista asume como necesario un cambio, gradual y limitado, en las estructuras básicas de la sociedad. Desde esta perspectiva, las políticas genéricas de acción específica concretadas en la creación de mecanismos de participación mediata de los inmigrantes articulados en los distintos niveles de la administración pública, de carácter consultivo y no vinculante, facilitan la visibilidad parcial de la diferencia cultural en el espacio público.

#### *d) Pluralismo*

En cambio, el cuarto modelo que denominaré “pluralista”, al igual que el anterior, parte de

la necesidad de introducir variaciones en los límites y el contenido de los valores y los patrones sociales característicos de la estructura básica de la sociedad de acogida. Ahora bien, en contraste con el modelo anterior, sí admite y fomenta la participación de los inmigrantes en la toma de decisiones y en la gestión de los límites y el contenido de las esferas públicas en las mismas condiciones que los ciudadanos. La integración de los inmigrantes se concibe como un camino de doble dirección en el que, por una parte, ambos componentes de la relación varían algunas propiedades de su situación de partida, y, por otra, los inmigrantes participan en la adaptación de las estructuras institucionales a la realidad de la inmigración. El objetivo del modelo no es tanto la estabilidad social cuanto el mantenimiento y la promoción de la representatividad política y cultural existente en la sociedad. En términos de diseño de las políticas públicas de integración/acomodación de los inmigrantes, el modelo integracionista fomenta las políticas y programas específicos.

El modelo pluralista es, así, un modelo políticamente inclusivo que facilita e incluso fomenta la participación política directa y plena de los inmigrantes, aunque esto no implica necesariamente la creación de una nueva síntesis cultural entre la sociedad receptora y las comunidades alógenas, sino simplemente el cese de la identificación de la comunidad política con la comunidad cultural del territorio de establecimiento. Es la ampliación de la comunidad cívica y la modificación de la estructura básica de la sociedad lo que favorece la visibilidad y la expresión autónoma de las prácticas, códigos, patrones de comportamiento y valores propios de las culturas de los inmigrantes en la esfera pública.

*e) Identitarismo*

El último de los modelos que presentaré, el modelo identitario, parte de la necesidad de introducir variaciones en la estructura institucional de la sociedad de acogida (aunque no en el contenido de los valores y los patrones sociales). Asimismo, admite y fomenta la participación de los inmigrantes en la toma de decisiones y en la gestión de los límites y el contenido de las esferas públicas. Por todo ello, el modelo identitario puede ser considerado una variante del modelo pluralista. Ahora bien, a diferencia del pluralismo, el identitarismo no concibe la integración de los inmigrantes como un proceso de doble dirección en el que ambos componentes de la relación varían algunas propiedades de su situación de partida, sino más bien un itinerario de sentido único en el que sólo debe cambiar la estructura básica de la sociedad. Este cambio, no obstante, no implica la alteración de la homogeneidad de la sociedad de acogida, sino la ampliación del espacio público para dar cabida a otras tantas comunidades homogéneas. El objetivo del reconocimiento de derechos a los inmigrantes y de los cambios en la estructura social no sería sólo la promoción de la representatividad política y cultural existente en la sociedad, sino principalmente la preservación a toda costa de los códigos, prácticas, valores y preten-

siones normativas derivadas de cada identidad cultural, incluida la de los colectivos inmigrantes. Podría considerarse al modelo identitarista (frecuentemente identificado de forma errónea y reductiva con el multiculturalismo) como una traslación a la organización jurídico-política de las bases teóricas del relativismo cultural. La tesis central que sustenta la aproximación relativista no es aquélla que sostiene que la verdad y la justificación de toda creencia es relativa a cierta comunidad humana que lleva a cabo prácticas dependientes entre sí<sup>39</sup>, sino que toda expresión de creencia relativa a una cultura es autorreferente y no puede ser evaluada ni juzgada (y acaso tampoco comprendida) desde parámetros externos al marco de esa comunidad cultural. El corolario político que se sigue de esta aproximación es que, al no existir la posibilidad de establecer un marco deliberativo mínimo en el que evaluar la eventual traducción jurídica de las pretensiones normativas de cada cultura, no resulta posible ni conveniente diferenciar la(s) comunidad(es) cultural(es) y la política. O, más exactamente, que no es necesario articular una comunidad cívica plural y ampliada, compuesta por diversas comunidades culturales reconocidas en términos de igualdad. Por el contrario, el modelo de integración identitarista se decanta por la creación de una constelación de comunidades políticas que recrean y reproducen en su seno la cultura homogénea de cada comunidad. Paradójicamente, el identitarismo traza un camino de retorno hacia el modelo segregacionista, si bien es cierto que se trata de una suerte de segregacionismo con reconocimiento.

Pues bien, a la vista de lo anterior, parece claro que ninguno de estos modelos tiene una exacta traducción empírica en las estrategias de integración instrumentadas por los países de la UE receptores de inmigración, aunque la mayoría de las políticas de integración se mueven en una franja que va del asimilacionismo incorporacionista al pluralismo restricto, con exclusión del segregacionismo y del (hipotético) modelo identitarista. Los modelos de integración y de

gestión de la diferencia cultural descritos son, por otra parte, modelos generales y atemporales que no diferencian contextos históricos (el asimilacionismo y el segregacionismo han sido modelos históricamente predominantes que aun hoy no pueden considerarse un vestigio del pasado en determinadas áreas geográficas), realidades heterogéneas (lo que hemos llamado identitarismo es un modelo puramente hipotético que no ha sido una política de integración de los inmigrantes prácticamente en ningún Estado, si bien algunas formas necesarias y legítimas de tratamiento diferenciado en función de grupo que han sido y son puestas en práctica en relación a colectivos como las minorías nacionales o los pueblos indígenas podrían identificarse vagamente con este modelo) y espacios geográficos. Habría que diferenciar, dentro de los países occidentales, los Estados en los que la inmigración forma parte de su mito fundacional y que tradicionalmente han promovido la inmigración de asentamiento como Canadá, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda; los Estados históricamente emisores que tras la segunda guerra mundial se convirtieron en receptores de inmigración proveniente del sur de Europa y de las antiguas colonias, tal es el caso de los países centrales de la Europa continental y Gran Bretaña; y, finalmente, los Estados que sólo recientemente han pasado a ser receptores en un contexto de creciente diversificación de los flujos migratorios, como Italia, España, Portugal y Grecia.

Pero lo que me parece más importante de cuanto he tratado de resumir es que, más allá de su generalidad, la descripción de los modelos de integración de los inmigrantes contiene una serie de cuestiones incorporadas ya a la agenda política de los países de larga y reciente tradición receptora: la neutralidad cultural del Estado, la relación entre homogeneidad social y homogeneidad cultural, la posibilidad de construcción de un marco de referencia compartido, la comunicabilidad entre tradiciones culturales, el tratamiento de los conflictos jurídicos y políticos asociados a la diferencia cultural y la transformación de las estructuras básicas de la sociedad. Ello desmiente la idea de que la inmigración es un fenómeno económico evaluable únicamente en términos de rendimiento y funcionalidad económica. El fenómeno migratorio es, también, un fenómeno político y, como tal,

<sup>39</sup>Una tesis a mi juicio correcta, que vale *también* para la comunidad y las estructuras institucionales de la sociedad de acogida, normalmente presentadas como no comprometidas con una identidad etnocultural y/o con una concepción del bien.

es un elemento esencial del amplio debate sobre los límites del pluralismo desarrollado en las últimas décadas. En este debate (que es también un debate sobre los límites de la participación política y de la integración cívica), todos los caminos conducen a la categoría de la ciudadanía. Y eso nos remite a la <dimensión olvidada> de la integración, la integración política.

### *2.3. La integración como integración política. La integración cívica como propuesta en las políticas de inmigración.*

En la Unión Europea, pero también en España nos encontramos en condiciones de poder afrontar un cambio cualitativo en la dimensión más decisiva, la más relevante, del proceso de transformación social que implica la presencia de los inmigrantes de forma estable. Un cambio que supone un paso adelante respecto al tradicional objetivo de las políticas de inmigración, centradas en los procedimientos y modelos de reclutamiento, circulación y primera acogida de los flujos migratorios. Como es cada vez más aceptado, ha llegado la hora de las políticas de presencia y pertenencia, que suelen remitir a una adjetivación de la noción de integración en términos de integración política o cívica.

Es en ese contexto en el que desde hace muchos años y en coincidencia con algunos de los más reputados investigadores en materia de políticas de inmigración (como el ya mencionados Sayad o Ruth Rubio Marín<sup>40</sup>), vengo insistiendo en la cuestión de la participación política de los inmigrantes como parte sustancial e incluso prioritarias en las políticas de inmigración. Porque, a mi modo de ver, si no hay integración política –al menos en el sentido en el que se propone bajo la acepción de integración cívica-, si no hay sentimiento y conciencia de identidad, de pertenencia y de protagonismo, de competencia en la elaboración y toma de decisión de lo que llamamos políticas públicas, difícilmente cabe hablar de integración social.

Aún más, si no se logra crear el vínculo social y político, la conciencia de que no sólo se pertenece sino que se es reconocido como sujeto, en condiciones de igualdad, no habrá integración. Y eso resultará todavía más inviable si es que pretendemos hablar en términos proactivos, desde una perspectiva de la integración como proceso que implica a todos los agentes presentes y protagonistas de las redes de relaciones sociales, es decir, no una integración unidireccional, sino mutua y global. Es hora, pues, de que analicemos las condiciones, los instrumentos, los programas que pueden hacer posible principios y prácticas de participación de los inmigrantes como sujetos, como parte activa, como protagonistas de este proceso de transformación social que debe venir guiado por la primacía de los derechos humanos, de la igualdad en esos derechos. Es en ese sentido en el que se deben evaluar las condiciones, instrumentos y programas de la integración política.

A lo largo de mi trabajo sobre esta cuestión he destacado tres aspectos: (a) de un lado, la necesidad de promover y garantizar el protagonismo de los propios inmigrantes y de los agentes públicos en la participación, lo que remite a un fenómeno

<sup>40</sup>Entre los trabajos de Rubio Marín, sobre la inmigración como reto para la democracia, cfr. Rubio Marín, (2000), *Immigration As a Democratic Challenge*. Cambridge. Cambridge University Press. 2000; sobre los derechos de los inmigrantes, Rubio Marín, (2003), *Taking Immigrants' Rights Seriously. The Responsive Community*. Vol. 13. Núm. 2. 2003. Pag. 43-52.

de trascendental importancia, el movimiento asociativo, el de los propios inmigrantes y también y en relación con ellos, el de las asociaciones (ONGs) de solidaridad, ayuda y/o apoyo a los inmigrantes. (b) De otro, lo que podríamos llamar la territorialización de la participación política de los inmigrantes, lo que remite a un punto fuerte de las políticas de inmigración y de integración social: la dimensión local –municipal y autonómica- como contexto de partida del proceso gradual de participación política. (c) En tercer lugar, es particularmente importante insistir en que para que hablemos de participación política en serio es necesario que se reconozca capacidad de decisión en la elaboración y diseño de políticas públicas locales, municipales, autonómicas y estatales: el modelo de instituciones consultivas o asesoras (foros, consejos consultivos) que puede servir en una primera etapa, parece hoy ya abiertamente insuficiente.

La participación es siempre un proceso, y además implica como mínimo negociación y las más de las veces conflictos que pueden llegar a sustanciarse en sede jurisdiccional o, al menos administrativa. En el caso de la participación política de los inmigrantes no será de otro modo. Y hay que añadir que, pese a la vertiginosa rapidez con la que se está produciendo la transformación de España en un país de inmigración, los cambios que exige el reconocimiento de la participación política de los inmigrantes remiten a un proceso que implicará a varias generaciones. Por lo demás, no es posible ignorar el carácter necesario pero insuficiente de las condiciones legales del proceso de participación: lo decisivo son las condiciones materiales de vida y de trabajo, a la hora de hacer posible proyectos de arraigo que permitan el desarrollo de mecanismos y cauces de participación en el espacio público y, sobre todo, que vengan la barrera del confinamiento,

de la reducción al ámbito privado (a lo sumo, el laboral, en el que hay un primer paso de participación y presencia a través de la sindicación) en el que se encuentran buena parte de los inmigrantes residentes.

Aunque es verdad que la participación en el espacio público empieza en la dimensión vecinal y laboral: los barrios (las propias viviendas, las asociaciones de vecinos), las escuelas (las asociaciones de padres y madres, las AMPAS, porque la escuela es una institución que debe preparar y educar en la participación a todos los elementos de la comunidad escolar, a los estudiantes y a las familias) y los centros de trabajo (la afiliación y participación sindical) son los tres primeros escalones de participación, porque no hay que pensar sólo en redes formales e institucionales de participación. No se trata de incentivar sólo una vía propia de participación. La creación (y el apoyo) de asociaciones propias de inmigrantes no puede ser el único objetivo. Se trata de remover las barreras que dificultan que estos se integren en las diferentes manifestaciones del tejido asociativo y participativo, hasta incluir a las dos instituciones básicas: sindicatos y partidos. En ese sentido, resulta de la mayor importancia el análisis de la presencia, organización y participación de los inmigrantes en las organizaciones y entidades –y redes- religiosas.

Cualquier política de inmigración, la interna o estatal y la de los países que tratan de construir una respuesta regional, como es el caso de la Unión Europea, se concreta en dos niveles o momentos básicos del proceso migratorio, el del acceso y el de la presencia o coexistencia<sup>4</sup>. El primero, el de las *políticas de acceso*, atañe a la gestión/ control de los flujos migratorios, es decir, a la determinación de los canales de entrada y de los mecanismos jurídicos de admisión e inadmisión en el espacio de soberanía del territorio receptor. El segundo nivel, el de las *políticas de coexistencia*, se refiere a las condiciones de estancia y de desarrollo del proyecto migratorio en el país o territorio de destino, así como a la gestión de la diversidad cultural asociada a la llegada de flujos migratorios de procedencia heterogénea. Obviamente, es en el segundo donde se plantea como cuestión capital la de la *integración*, entendida a menudo casi exclusivamente como proceso de adaptación o acomodación de los inmigrantes en la sociedad receptora, aun-

<sup>4</sup>Utilizo la dicotomía “acceso” y “coexistencia” con un propósito exclusivamente analítico. El término “coexistencia” (que sugiere la idea de mera convivencia sin interacción) no puede identificarse sin más con “integración”. Desde una perspectiva normativa, toda política de inmigración debería incluir las siguientes dimensiones: i) gestión legal de los flujos respetuosa con los principios del Estado de Derecho; ii) programas de codesarrollo que asocien los países receptores y emisores; y iii) políticas públicas de integración o acomodación de los inmigrantes. Vid, al respecto, S. Naïr y J. de Lucas, *Le Déplacement du monde. Migrations et thématiques identitaires*, París, Kimé, 1996.

que pronto resulta evidente que ese proceso relacional no puede no significar también la necesidad de que los protagonistas indígenas de la relación, los miembros de esas sociedades receptoras, se impliquen en la negociación<sup>42</sup>.

En la comprensión del fenómeno migratorio vigente en la mayoría de los países occidentales (que condiciona y a su vez es condicionada por el modelo jurídico-político de gestión de la inmigración), las dos dimensiones básicas de la política de inmigración operan de modo sucesivo. Las políticas de acceso expresan la decisión estatal de autorizar la entrada y permanencia, es decir, de seleccionar el número y la condición de los inmigrantes que ingresan en el territorio, mientras que las políticas de integración/ acomodación se despliegan una vez que el inmigrante ha sido autorizado o *admitido*. Este no es sólo un orden lógico, sino también jerárquico. La “política de inmigración” sin mayores especificaciones tiende a identificarse, en este sentido, con el entramado legislativo y administrativo que delimita el acceso de los extranjeros al territorio en términos cualitativos y cuantitativos. En el plano cualitativo se toman en consideración criterios como la procedencia nacional, la afinidad cultural, los lazos históricos y los acuerdos de carácter bilateral. En el plano cuantitativo, son los factores estructurales y macroeconómicos ligados a la reproducción del sistema económico y de protección social del territorio receptor, y, sobre todo, las necesidades del mercado laboral interno, los que priman a la hora de articular los dispositivos de entrada.

La prevalencia de las cuestiones ligadas al “acceso” en la agenda política de la inmigración condiciona en gran medida la construcción de un marco para la integración de los inmigrantes y el diseño de políticas públicas generales y sectoriales orientadas a perfilar los modos de acceso, titularidad, ejercicio y garantía de los derechos y deberes que definen la condición de ciudadanía. Buena parte de los Estados europeos (entre ellos, España) presentan una marcada división competencial entre los distintos niveles de las administraciones públicas que refleja el esquema en virtud del cual el Estado allana con las políticas de acceso el terreno para la integración, encomendada a las administraciones infraestatales. En esta comprensión de la política migratoria anida un proceso de construcción institucional del inmigrante “deseado” que revela la interconexión entre las dinámicas de acceso y las de integración, o, más exactamente, la tendencial supeditación de las segundas a las primeras. Al definir qué flujos migratorios son idóneos o inidóneos en términos cualitativos y cuantitativos, las políticas de acceso también definen implícitamente qué inmigrantes son potencialmente integrables en la sociedad de acogida<sup>43</sup>.

El primado de una *concepción instrumental* de la *inmigración* en la que los objetivos de rentabilidad interna vinculados a las necesidades del mercado de trabajo constituyen el eje vertebrador de la legislación y la acción institucional tiene, en la práctica, importantes implicaciones para la comprensión del proceso de integración del inmigrante. Por una parte, el destinatario

<sup>42</sup>Algunos autores han subrayado el sesgo asimilacionista de la semántica del término “integración”, proponiendo voces alternativas (por ejemplo, “acomodación”) para designar los procesos de inserción de los inmigrantes en la sociedad de acogida. Vid, sobre esto, J. Halper, “Acomodación, espacio cultural, ambientes dotados de posibilidades, zonas de contacto y administración de la diversidad: una perspectiva antropológica”, en G. Aubarell y R. Zapata-Barrero (eds.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el mediterráneo en el contexto global*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 443 ss; y R. Zapata-Barrero, L’Hora dels immigrants: esferes de justicia i polítiques d’acomodació, Barcelona, CETC-Proa, 2002. La acomodación es, por otra parte, un concepto incorporado normalizadamente desde el modelo canadiense (cfr. El rapport Bouchard-Taylor) al lenguaje institucional en otros contextos de recepción. Cfr. También el trabajo de Ruiz Vieytes 2010 citado.

<sup>43</sup>Sobre la catalogación de los flujos migratorios como “buenos” o “malos” en función de su rentabilidad económica y el nexo entre este criterio con las mayores o menores posibilidades de integración en las sociedades receptoras, Vid. J. de Lucas, “Inmigración e Integración”, en I. Moreno (ed.), *Convivir en paz. Vivir sin racismo*, APDH, Sevilla, 2002; S. Castles, “Globalización e inmigración”, en G. Aubarell y R. Zapata-Barrero (eds.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el mediterráneo en el contexto global*, cit.; y M. Martinello, *La nouvelle Europe migratoire. Pour une politique proactive de l’immigration*, Bruselas, Labor, 2001.

tipo de los dispositivos sectoriales de integración (sanidad, trabajo, educación, vivienda, cultura) responde al perfil previamente delimitado por las políticas de acceso: el inmigrante laboral considerado necesario para el sistema productivo dentro de la capacidad de absorción del país receptor que se encuentra en situación de regularidad administrativa y al que, excepción hecha de los derechos políticos, se le reconocen los derechos civiles y sociales en términos de quasi-equiparación con los nacionales. Los mecanismos de atención asistencial instrumentados para atender a los inmigrantes no documentados (a los que se reconocen únicamente algunos derechos humanos básicos) no son considerados propiamente políticas de integración y de asignación de recursos y oportunidades, sino actuaciones humanitarias enmarcadas en los compromisos asumidos por el Estado relativos al estándar mínimo internacional de derechos humanos.

Por otra parte, la visión instrumental de la inmigración y la consideración de la presencia del inmigrante como un fenómeno coyuntural y provisional refuerza la idea de que el contrato de *extranjería*, es decir, el status jurídico y político y el elenco de derechos de que es titular el inmigrante en relación a la finalidad de su estancia en el territorio receptor, ligada esencialmente a la esfera productiva, es ajeno al contrato de *ciudadanía*. Desde esta perspectiva, el debate en torno a la integración de los inmigrantes tiende a minimizar todas aquellas cuestiones que imponen una reflexión sobre el modo en que la inmigración interpela a la comunidad política en torno a las condiciones que habilitan para ser miembro del pacto social e intervenir en la decisión sobre las instituciones, los valores y las reglas de juego, la asignación de las cargas públicas que deben ser asumidas por los miembros de la comunidad y la distribución de bienes y servicios, es decir, las cuestiones que afectan al núcleo de lo que entendemos por legitimidad democrática, a la condición de ciudadanía y al vínculo político y cultural de las sociedades receptoras<sup>44</sup>.

En síntesis, la preeminencia estructural de

los criterios de acceso en la política de inmigración tiene como correlato una visión limitada de la integración social que no contempla la inclusión del inmigrante en la comunidad política del país de acogida.

Actualmente, la afirmación de que no toda política de inmigración es necesariamente una política de integración cobra sentido en referencia al déficit de participación de los inmigrantes en el diseño y el control de los programas de integración en las sociedades receptoras. No es, por tanto, la ausencia de políticas sectoriales dirigidas a la integración de los extranjeros, sino la limitación legal de los cauces institucionales a través de los cuales los inmigrantes pueden hacer efectiva su participación en la vida pública e influir en aquellas políticas lo que limita las posibilidades de integración cívica entendida como plena inclusión en el demos. Si bien los proyectos migratorios están en su gran mayoría vinculados a la mejora de la condición económica del inmigrante y se encauzan en la esfera productiva y laboral, el establecimiento y la sedentarización de las comunidades inmigrantes en las sociedades receptoras tiene implicaciones en el ámbito político que no pueden ser ignoradas si los sistemas democráticos de Occidente quieren ser coherentes con sus propios principios.

Pues bien, en el seno de la UE ha avanzado la idea de que era necesario plantearse una dimensión de la integración que responda a esas consideraciones que acabo de sintetizar. Por eso se habla de <integración cívica>. La integración cívica como concepción normativa de la integración tiene como núcleo central la participación de los inmigrantes en la esfera pública y, con ella, la redefinición de los criterios de pertenencia a la comunidad, la incorporación de la voz política de los inmigrantes a los distintos mecanismos de formación de la voluntad colectiva y la disolución de la anómala dicotomía que les impide el acceso a la ciudadanía plena. Se trata de una propuesta que problematiza los dos presupuestos que todavía hoy fundan, en mayor o menor medida, la política migratoria de los países occidentales: a) la mencionada comprensión instrumental de la inmigración; y b) el vínculo entre nacionalidad y ciudadanía.

a) La integración cívica es algo más que la integración social de los sujetos que han pasado el filtro establecido por las políticas de acceso,

<sup>44</sup>J. de Lucas, "El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo", en J. de Lucas (ed.), *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*; Valencia, Tirant lo blanch, 2002, p. 19.

conectadas a criterios de racionalidad económica y, en última instancia, a las necesidades del mercado. La comprensión común del proceso de integración de los inmigrantes sigue asignando un peso notablemente mayor a la dimensión social, es decir, a la inserción sociolaboral del inmigrante en el mercado y su acceso normalizado a los derechos laborales y al sistema de protección social. Indudablemente, los derechos laborales y los programas desarrollados en el marco de la dimensión social de la integración (educación, vivienda, protección social, sanidad) tienen una importancia primordial para el proceso de integración y aun para la propia participación social y política. Los derechos sociales son, en este sentido, un auténtico “test de inclusión”, dado que su garantía y satisfacción en términos de igualdad es una precondición del ejercicio de las libertades civiles y los derechos políticos<sup>45</sup>. En el cuarto y último capítulo recuperaremos el peso que tiene esta idea en el análisis de Honneth.

Conceptualmente, no existe una relación de contradicción sino de complementariedad entre la integración social y la integración cívica o ciudadana. Ocurre que, en la práctica, la dimensión social de la integración resulta modulada por la visión unilateral e instrumental del fenómeno migratorio que, en línea de principio, hace depender la titularidad y disfrute de los derechos del acceso al mercado de trabajo a través de los cauces legales establecidos, es decir, de la condición de trabajador. Frente a esta visión reductiva de la inmigración y del inmigrante, la integración cívica propone, en primer lugar, el desplazamiento del criterio de atribución de derechos y obligaciones hacia el de residencia o vecindad, asumiendo que la inmigración no es un fenómeno provisional, sino estructural. En segundo término, la integración cívica como propuesta normativa incorpora la idea de que los inmigrantes no son, o no deben ser, sólo *destinatarios* de las políticas sociales sectoriales, sino actores o participes en la determinación de sus perfiles normativos y en el diseño de sus contornos. La participación del inmigrante en la distribución del poder social como elemento de legitimidad democrática contrasta, de este modo, con la visión, también normativa, del inmigrante reducido a su condición de inmigrante económico privado de capacidad de agencia para definir las políticas que le afectan. Finalmente, frente a las tendencias asimilacionistas que anidan en la visión instrumental de la inmigración, la intervención de los inmigrantes en los procedimientos de decisión pública asegura, desde el marco propositivo de la integración cívica, que la integración sea un proceso negociado también en el plano cultural, es decir, que la incorporación del inmigrante a la sociedad de acogida no suponga la aculturación o la eliminación de toda diferencia cultural relevante.

b) La visión instrumental de la inmigración es funcional a la reproducción del sistema económico, pero también a una concepción monista de la política, la propia del Estado-nación, que escinde el mundo en la dicotomía ciudadanos/ extranjeros. Tanto en el plano estatal como en el de la UE, el arraigo de esta concepción impide que la cuestión de la ciudadanía forme

<sup>45</sup>Vid. M. J. Añón, “El test de la inclusión: los derechos sociales”, en A. Antón (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Madrid, Talasa, 2000.

parte del contenido de la política migratoria. El nexo entre nacionalidad, ciudadanía y estatalidad y el correlativo vínculo entre nacionalidad y reconocimiento de todos los derechos fundamentales (especialmente aquéllos con mayor peso definitorio de la cualidad de miembro de la comunidad política, es decir, los derechos de impronta participativa) convierten hoy a una categoría de resonancias emancipatorias como la ciudadanía en una suerte de “jaula de hierro” para la integración de los inmigrantes<sup>46</sup>. La integración cívica como concepción normativa asume, en este sentido, que los cambios que los movimientos migratorios están operando sobre en los países receptores cambian también la ciudadanía<sup>47</sup>, tornando inaplazable la reflexión normativa sobre la necesidad de transformar la condición ciudadana a fin de que ésta deje de constituir un instrumento de exclusión de los no nacionales y un privilegio incompatible con la legitimidad democrática. La superación de los confines estatalistas (desde luego, estatal-nacionalistas) de la ciudadanía, la desnacionalización de los derechos y la desestatalización de las nacionalidades<sup>48</sup> son algunas de las condiciones de aquella transformación que, no en vano, aparecen como motivos centrales en el amplio debate generado alrededor de la categoría de ciudadanía durante las últimas dos décadas. *Integración cívica es integración social y política, e implica la incorporación de la titularidad y el ejercicio de los derechos de participación a las condiciones de integración de los inmigrantes con el fin de que la integración sea una integración plena.* Se trata, por otra parte, de una concepción basada en la praxis, no sólo en la titularidad de derechos. Lo que define a la integración cívica es, por tanto, la visibilidad y la “presencia”<sup>49</sup> del inmigrante en el espacio público como cives que contribuye a la cons-

trucción de la comunidad política. Eso exigiría, al menos, reexaminar tres cuestiones básicas:

- *Acceso a la ciudadanía:* como se ha señalado, la integración cívica exige desvincular la nacionalidad y la ciudadanía. Se trata, por tanto, de anclar el acceso a la ciudadanía del inmigrante en la residencia (la vecindad) bajo determinadas condiciones relacionadas con la regularidad administrativa y el tiempo de permanencia.

- *Derechos y cauces de participación:* el proceso de integración debe incluir el principio de la igualdad de derechos y deberes, entendido como la garantía de la igualdad formal en los derechos fundamentales entre ciudadanos y residentes estables en el país de destino de la inmigración. Concretamente, a) la garantía del acceso en condiciones de igualdad a los servicios que permiten satisfacer necesidades básicas, es decir, los derechos sociales; b) el reconocimiento de los derechos políticos plenos, incluido el sufragio activo y pasivo en el ámbito municipal como primer paso para una ampliación gradual del derecho al voto; c) el reconocimiento y garantía de los demás derechos de naturaleza participativa y la promoción de los cauces de intervención pública favorecedores de la inclusión del inmigrante no sólo en la sociedad civil sino también en la comunidad política del territorio de recepción.

- *Incremento gradual de ciudadanía y participación:* la integración cívica supone entender el acceso a la ciudadanía como un proceso escalonado que comienza en la condición de *vecindad*. Ahora bien, la *ciudadanía local* es el primer nivel de acceso a la condición de miembro de la comunidad política en el marco de una comprensión de la ciudadanía como *ciudadanía gradual y multilateral*.

La visión instrumental del fenómeno migratorio y del vínculo entre ciudadanía y Estado-nación arrastran una inercia histórica que sustituye a la argumentación y por eso constituyen, sin duda, un límite para que la dimensión cívica y política de la integración de los inmigrantes se abra camino en el entramado institucional y social de los países receptores. Esto no significa que la propuesta carezca de apoyatura jurídica e institucional. Los inmigrantes en situación administrativa regular suelen tener reconocidos los derechos de naturaleza participativa no ligados al sufragio. En la mayoría de los países europeos se han articu-

<sup>46</sup>J. de Lucas, “Ciudadanía: la jaula de hierro para la integración de los inmigrantes”, en G. Aubarell y R. Zapata-Barrero (eds.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el mediterráneo en el contexto global*, cit., p. 220.

<sup>47</sup>Vid. Ch. Joppke, “How immigration is changing citizenship: a comparative view”, *Ethnic and Racial Studies*, v. 22, 4, 1999, pp. 629 ss.

<sup>48</sup>Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, en A. De Cabo y G. Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 43.

<sup>49</sup>Vid. A. Phillips, *The Politics of Presence*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

lado mecanismos de participación y consulta en los niveles regionales y municipales. Son ya varios los países europeos que, además, han reconocido el derecho al voto y a ser elegidos a los residentes extranjeros en las elecciones municipales. Por otra parte, uno de los grandes debates desarrollados en el seno de las instituciones de la UE a partir de las recomendaciones del Consejo Europeo de Tampere (1999) ha tenido como núcleo la categoría de “ciudadanía cívica” propuesta por la Comisión en la Comunicación 757 del año 2000<sup>50</sup> para incorporar a los inmigrantes al concepto de ciudadanía europea, posteriormente ampliada en sucesivas comunicaciones (especialmente en la COM (2000) 336 final)<sup>51</sup> y enriquecida por los aportes efectuados por el Comité Económico y Social Europeo<sup>52</sup>, el Comité de las Regiones<sup>53</sup> y el Parlamento Europeo<sup>54</sup>. Si bien es cierto que la propuesta de la “ciudadanía cívica” (al menos la versión más innovadora de la misma)<sup>55</sup> no ha tenido una traducción jurídica plena en la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, constituye un punto de partida para la elaboración de una política comprensiva y multidimensional de integración de los nacionales de terceros países residentes en los Estados miembros que asuma la imposibilidad de construir un concepto de ciudadanía sin contar con los inmigrantes. Pero, como veremos en el último capítulo de este ensayo, esa noción de ciudadanía cívica resulta ya insuficiente e inadecuada para hacer eficaz la integración política (y así lo evidencia el movimiento internacional de los <indignados>) y para superar el riesgo de la sociedad del menosprecio.

### 3. Cultura, identidad, democracia. Los límites del pluralismo

Hemos examinado hasta ahora las bases metodológicas y conceptuales para plantear una alternativa a las políticas de integración contempladas en las políticas de inmigración de la UE. En lo que sigue, me interesa ofrecer un test sobre uno de los elementos más discutidos en los procesos sociales de integración: me refiero a los marcadores de identidad, tanto en sentido positivo como negativo, y de forma más concreta, al factor religioso. Se trata de estudiar cómo juega el marcador religioso en estos procesos, con especial atención al significado del incremento de la importancia de ese factor -sobre todo en el caso del Islam<sup>56</sup>- en los procesos de integración de la inmigración.

Voy a tratar de ilustrar la complejidad del debate mediante la referencia al modelo francés de gestión de la presencia del Islam inmigrado en Francia, para pasar después a la consideración de lo que podríamos denominar el <Islam español>. Este cambio de formulación es importante: en efecto, no hablaré del <Islam en España>, que parece evocar el planteamiento del carácter exclusivamente alógeno de la presencia del Islam en España. Si escojo la fórmula <Islam español> es porque, aunque la mayor parte de la presencia islámica en España está constituida por los inmigrantes musulmanes asentados en España, no debe-

<sup>50</sup>COM (2000), 757 final, de 22 de noviembre.  
<sup>51</sup>COM (2001) 387 final, de 11 de junio y COM (2000) 336 final, de 3 de junio.

<sup>52</sup>Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al CESE y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo” (COM (2000) 336 final) (2003/C 80/25; DOUE, 30-3-2004); y Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Incorporación a la ciudadanía de la UE” (2003/C 2008/19; DOUE, 3-9-2003)

<sup>53</sup>Dictamen del Comité de las Regiones sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al CESE y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo” (2004/C 109/08; DOUE, 30-4-2004)

<sup>54</sup>Resolución del Parlamento Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al CESE y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo” (COM (2000) 336 final) (2003/2147 (INI))

<sup>55</sup>Sobre las diversas interpretaciones de la ciudadanía cívica y de la integración de los inmigrantes en el debate institucional de la UE, vid. R. Zapata-Barrero, “Una nueva “filosofía” de la UE: traducción versus innovación en la propuesta de la ciudadanía cívica”, en *Inmigración y Europa. Cinco años después de Tampere*, Barcelona, Fundación CIDOB, 2005, pp. 69-72. Vid, asimismo, el Capítulo 7 de este informe.

<sup>56</sup>Soy consciente de la generalización indebida que supone hablar sin más de “el Islam”, como si fuera una realidad monolítica, estática, esencial. Baste recordar para subrayar la pluralidad de y en el Islam, y por referirse sólo a nuestro contexto, la existencia de una importante corriente modernizadora, uno de cuyos más significativos representantes fue una figura que habría que entroncar con Averroes, el intelectual marroquí Mohamed al Jabri, fallecido en 2010. Como escribió Sami Nair, Al jabri era “el hombre de otro mundo árabe: el del último tercio del siglo XX, durante el que la mayoría de intelectuales comprometidos luchaban por la creación de una sociedad árabe moderna y tolerante...enfrentados a la vez al maniqueísmo islámista y al maniqueísmo occidentalista”. Autor de la monumental *Critica de la razón*

mos olvidar que existe un pequeño pero significativo número de españoles musulmanes, en su mayor medida conversos (o, en la terminología que suelen utilizar, “revertidos”). Dicho de otra manera, lo que me parece más importante es tratar de contribuir a desmontar el prejuicio instalado en la opinión pública (y en el caso de la opinión pública española incluso podríamos hablar de un prejuicio atávico) que enuncia con tanta contundencia como simplismo la incompatibilidad entre Islam y democracia e incluso con mayor superficialidad aún entre “cultura española” y “cultura islámica”, para subrayar esa incompatibilidad.

Desgraciadamente, aún parece necesario recordar argumentos elementales, comenzando por dos. El primero, que no existe esa pretendida “cultura española” homogénea y menos aún en sentido esencialista, estático, holista. Tampoco es cierta esa univocidad por lo que se refiere a la pretendida cultura islámica, que abarcaría por igual sociedades y grupos sociales tan diferentes como la otomana, la iraní, la tunecina, la egipcia o, por añadir otra categoría discutible por magnética, lo que se ha dado en denominar el “Islam inmigrado en Europa”. El segundo argumento, imprescindible en teoría de la democracia y más aún hoy, nos recuerda que no hay relación de univocidad entre cultura y democracia, por mucho que así lo pretendan los Huntington o Sartori. Lo que caracteriza precisamente a la democracia es el valor del pluralismo, y eso significa que es posible (incluso que forma parte de la definición conceptual de democracia) un modelo de sociedad democrática en sociedades culturalmente plurales.

árabe, su obra se mueve en torno a tres objetivos que definen esa corriente modernizadora: “defender la relación creadora entre la filosofía occidental contemporánea y la construcción de una visión del mundo árabe moderna y secular... mostrar los fecundos lazos, desde la Edad Media, entre las corrientes filosóficas occidentales e islámicas para desembocar en la elaboración de valores comunes, incluidos los que se refieren al estatuto del individuo en la sociedad y la libre indagación intelectual. Por último, se trata de superar la regresión fundamentalista no fomentando el islam tradicionalista, actualmente dominante en casi todas partes, sino planteando claramente la cuestión de la separación entre lo espiritual y lo temporal, por tanto, la secularización del poder político como condición ineludible para la democracia”. S. Naïr, “Un gran pensador marroquí”, *El País*, 22 de mayo de 2010.

<sup>57</sup>Cfr. Por ejemplo F. Fregosi, *L'islam dans la laïcité*, Hachette Pluriel, Paris, 2011; igualmente S. Anghar, *Le salafisme aujourd'hui. mouvements séctaires en Occident*, Michalon, o Douria Bouzar, *Laïcité mode d'emploi: 42 études de cas*, Eyrolles, 2010.

Sin duda, uno de los argumentos más relevantes que debemos examinar a la hora de definir cómo afecta el marcador cultural/religioso a los procesos de integración social hoy, en Europa, es el tópico que nos repite que cuando se deteriora el vínculo social como sucede en este momento como consecuencia de la crisis, aparece como refugio lo que algunos consideran la relación vertical, la trascendencia y otros simplemente el vínculo de comunidad y reconocimiento que es capaz de crear la identidad religiosa. Con un corolario en el caso de los inmigrantes que se identifican por el Islam: que ello estaría en la raíz del incremento del peligro del fundamentalismo del que se nutren grupos terroristas.

Ese es el fantasma que agita a buena parte de Occidente hoy: los procesos de radicalización fundamentalista islámica entre las jóvenes generaciones de inmigrantes (que nosotros nos empeñamos en calificar así, pues en sentido estricto, no lo son) que se encuentran sin horizonte de movilidad social, de integración real. El incremento de la práctica religiosa sería el síntoma de una reacción a la vez de refugio y de beligerancia frente al abandono social, a la pérdida del vínculo social y de sus instrumentos. Y por eso, crecería un virus antidemocrático. Sin embargo, la mayor parte de los estudios recientes sobre esos procesos de (re)socialización muestran que no hay tal monopolización de la afición al Islam por una sola versión, fundamentalista, sino que se trata de un proceso multiforme<sup>57</sup>.

### **3.1. ¿Síntoma o causa? El factor religioso y los procesos de integración de la inmigración, entre el menosprecio y el reconocimiento. Especial atención al Islam inmigrante: el caso francés.**

Los estudios sobre el número de musulmanes en la UE coinciden en su mayoría en situar la cifra alrededor de 15 millones, un 3,5% de la población total. Se trata de estimaciones, ya que en muchos países miembros está prohibido censar a la población según su creencia religiosa. Pero, más allá de las cifras, el incremento del flujo migratorio musulmán es tan evidente como lo es el cambio que produce en los tejidos urbanos de muchas ciudades europeas.

Ante esa dinámica, y ante la realidad de un islam que ya es parte de Europa -las segundas y tercera generaciones son una componente cuantitativamente relevante de la comunidad

musulmana europea-, la UE, sus Estados miembros, han ofrecido respuestas distintas a esas preguntas, entre las que cabe destacar el modelo francés -simbolizado por la ley del burka adoptada en 2011-, frente a las más flexibles políticas de otros países mediterráneos. Quizás el denominador común sea que raramente hay acuerdo e ideas claras sobre qué hacer<sup>58</sup>. Pero podemos aprender de la experiencia francesa. Y para ello me fijaré en el ya mencionado *rapport Banlieues de la République*, dirigido por Gilles Kepel, un estudio de campo en dos núcleos de la *banlieue* que fueron el epicentro de la crisis de 2005, Clichy-sur-Bois y Montfermeil (Seine-Saint-Denis), que se publica precisamente en el 25 aniversario de la aparición de su trabajo *Les Banlieues de l'Islam* (Seuil, 1987), que analizaba el entonces incipiente proceso de relevancia del <Islam en Francia>, mientras que hoy debe hablarse del *Islam francés*.

Es importante señalar que la reacción frente a este proceso de relegación, de abandono, que está provocando el incremento de la indignación, no puede reducirse al marcador religioso ni tan solo etnocultural. Por eso se habla hoy en términos más genéricos de *quartiers sensibles*: no es posible olvidar la perdida de *mixité* que se ha producido en la *banlieue*. Al comienzo de su construcción, en estos barrios convivían portugueses, italianos, árabes y franceses. Hoy la <ghetoización> es un hecho. Y el ghetto se construye no sólo por la acción y la mirada externa, sino por el proceso de repliegue que necesita de marcadores de identificación.

Lo que resulta interesante desde el punto de vista de nuestro trabajo es la constatación de la fuerte presencia del sentimiento de *mise à l'écart*, que no es sólo marginación, sino que entraña a la vez abandono y menosprecio, evidente en la ausencia de infraestructuras clave: escuela, servicios sociales, trabajo, lugares de ocio y práctica deportiva, deficiencias elementales del transporte, etc. Así lo muestra un estudio comparativo de los indicadores de paro, de retraso, abandono y fracaso escolar, de la caída de la esperanza de vida. Ese sentimiento, esa conciencia, ha actuado como factor potenciador de lo que Kepel<sup>59</sup> describe como <refuerzo del referente religioso> que se manifiesta en la “intensificación” de las prácticas religiosas y en particular de la función del *halal* como línea que delimita lo prohibido y lo aceptable en la vida cotidiana, por ejemplo, en los menús escolares, pero también en las relaciones matrimoniales, en el incremento de matrimonios endogámicos, etc.

El proceso social de degradación sufrido por esas comunidades no sólo pasa por su estigmatización en el imaginario colectivo, por la mirada ajena, la de los franceses de *souche*, que les transmite prejuicio, menosprecio: su construcción social como grupo de riesgo, peligroso para la República, para los buenos ciudadanos. Es decisivo también la ignorancia sobre su realidad, unida al abandono por parte del Estado y de la sociedad civil. Este es un proceso social que aboca al menosprecio, pero anuncia también como riesgo verosímil el retorno del odio de uno y otro lado. Los habitantes de la *banlieue* son

<sup>58</sup>Cfr. El testimonio de Nilüfer Göle, investigadora de la EHESS, de origen turco, en su “Qué futuro depara el encuentro de Europa con el Islam?”, *Cuadernos CIDOB*, nº9, Barcelona, 2007. De la misma autora, *Interpretations: l'Islam et l'Europe*, Paris, Galaade, 2005.

<sup>59</sup>Cfr. Kepel, G., *Quatre.vingt.treize*, Gallimard, Paris, 2011. En muchos sentidos, Kepel cierra con esta obra una reflexión que había iniciado en *Banlieues de l'Islam* (Seuil, Paris, 1987). Su origen es un proyecto de investigación llevado a cabo para el Institut Montaigne entre 2010 y 2011 en Clichy sous Bois y en Montfermeil (Seine-Saint Denis), que incluye trabajo de campo extenso con la novedad de un examen detallado de la blogosfera islámica.

percibidos (construidos, insisto) de nuevo como <clases peligrosas>, lo que de paso estigmatiza sus marcadores de identidad, comenzando por el Islam. Eso produce un efecto de cierre, de repliegue e incluso de victimismo por la frustración del modelo presuntamente igualitario de integración social, lo que se traduce en búsqueda de reconocimiento y autoafirmación, en respuestas de compensación ante ese sentimiento de **falta de dignidad**. Es lo que refuerza el poder identificatorio de la religión, del Islam (pero también de los movimientos evangelistas, sobre todo entre la población inmigrante de origen “subsahariano”). El marcador religioso aparece como alternativa frente a la frustración, significada por la respuesta de uno de los entrevistados: *Ici, on n'a pas le droit de rêver!* La ausencia de proyecto de futuro<sup>60</sup>, precisamente en la medida en que se es ciudadano de la banlieue, priva o disminuye la propia condición de ciudadano.

Eso no quiere decir que podamos extrapolar las circunstancias del modelo francés respecto al islam inmigrado, a los demás países de la UE. Y menos aún al caso de España.

### **3.2. El incremento de la diversidad religiosa en España: ¿una realidad ignorada por el Derecho? El Islam inmigrante en España**

Quizá el primer tópico que conviene evitar sobre la transformación vivida en España en los últimos 30 años es el que establece una relación de necesidad causal entre el incremento de la diversidad religiosa y la presencia de la inmigración. Por supuesto que ambos fenóme-

nos están ligados, pero es conveniente advertir que ese incremento trae razón de la consolidación misma de un régimen de libertades con el retorno de la democracia a España en 1975 y sobre todo a partir de la constitución de 1978. Y me interesa destacar esto, no para negar ese vínculo entre diversidad religiosa e inmigración comúnmente admitido e imposible de negar, sino para enfatizar que estamos hablando de una cuestión de reconocimiento y garantía de libertades que, en principio, son patrimonio de todos y así ha de ser reconocido y garantizado obligatoriamente.

Dicho esto habrá que reconocer que, aun cuando en números absolutos es considerable el incremento de la diversidad religiosa en España, proporcionalmente sigue siendo reducida, es decir, continúa siendo una cuestión de minorías. Y habrá que añadir que, en realidad, no podemos hablar de un sistema presidido por el principio de laicidad cuanto de algo que, en todo caso, parece más significativo, el acelerado proceso de secularización de la sociedad española<sup>61</sup> (o de su des cristianización, su alejamiento de la afirmación de que el catolicismo forma parte de la identidad de la sociedad española, si se prefiere decir así). Ese proceso es más relevante que el de la mayor presencia y visibilidad de confesiones distintas de la que ha sido hegemónica en este país hasta el punto de confundirse (interesadamente) con la propia identidad nacional. En mi opinión, como trataré de argumentar, esa constatación hace aún más necesario poner en primer término la libertad ideológica y de conciencia, que no la libertad religiosa *tout court*.

La tercera de las consideraciones previas se refiere al progresivo *décalage* entre la realidad social de la diversidad religiosa y el marco jurídico con el que se trata de darle respuesta. Ese marco arranca de la Constitución española de 1978 (CE 78), ineludible pero excesivamente marcada por el contexto de la transición española, como trataré de recordar. Lo cierto es que la transformación de la sociedad española desde 1978 a la actualidad, ha sido vertiginosa y la realidad social actual tiene muy pocos elementos en común con la sociedad de 1978. Hechas esas advertencias, apuntaré algunos datos.

Lo primero que habría que destacar es el hecho de que la presencia de las minorías religiosas en España representa en 2011 poco más

<sup>60</sup>Por eso una de las figuras más odiadas es el de consejero de orientación al finalizar la escuela secundaria, porque es el mensajero de la frustración, quien anuncia que el único destino posible es la formación profesional, el ingreso precoz en el circuito del empleo, las más de las veces precario.

<sup>61</sup>Estoy de acuerdo con Ramoneda (2005, p.8) y La Parra (2005, p. 25) en que la secularización es una caracterización de la sociedad, mientras que la laicidad es un principio político, de Estado. Por otra parte, como recuerda La Parra, el concepto de secularización no es único. De acuerdo con el estudio clásico de Shiner (1967) cabe distinguir hasta seis conceptos o modalidades del proceso de secularización. Aquí, al hablar de la transformación vivida por la sociedad española desde 1975, me refiero al primero de ellos, “declive del prestigio e influencia de la religión” y, en todo caso, al tercero: “desconexión de la sociedad y la religión, quedando relegada ésta a la esfera privada”.

<sup>62</sup>La fuente para estos datos es el Observatorio del Pluralismo religioso [www.observatorioreligion.es](http://www.observatorioreligion.es), que fue creado en 2011 por el Ministerio

del 7 % de la población<sup>62</sup>, mientras que la confesión católica, en su sentido formal, sigue siendo mayoritaria (en torno al 70%). El número de entidades islámicas inscritas se ha multiplicado por cuatro en una década, mientras las evangélicas casi se han duplicado en 10 años. Es un aumento considerable porque cada entidad evangélica puede tener adscrito varios templos. El número de entidades ortodoxas también ha experimentado un gran crecimiento: ha aumentado un 160% desde 1997. Todas estas confesiones minoritarias se financian con las donaciones de particulares. Sólo reciben ayudas públicas a proyectos culturales y educativos.

Destaca como primera comunidad religiosa minoritaria la comunidad islámica, que cuenta en España con cerca de un millón de musulmanes (la cifra oficial oscila entre los 767.000 y los 850.000<sup>63</sup>); algo más de 800.000 serían los miembros de diversas opciones cristianas evangélicas; en torno a 250.000 los cristianos ortodoxos; más de 100.000 testigos de Jehová. Las comunidades judía, budista, hinduista y otras diversas opciones escasamente superan en total 100.000. Por otra parte, el número de no religiosos o ateos estriba aproximadamente en el 20% de la población española.

Así queda patente en el registro oficial de entidades religiosas del Ministerio de Justicia. Se han construido decenas de lugares de culto nuevos para musulmanes, evangélicos y ortodoxos, entre otros, financiados por los propios fieles. Porque se trata de cultos que subsisten en España sólo con las donaciones de sus miembros y que, a veces, tienen que instalar sus sedes en bloques de pisos, naves industriales o templos prestados. A fecha 7 de junio de 2011, el número de entidades religiosas pertenecientes a confesiones minoritarias inscritas en este Registro ascendía a 2.790, cifra a la que se deben sumar los lugares de culto vinculados a las diferentes entidades religiosas. La confesión minoritaria con mayor número de entidades religiosas inscritas en el Registro es la protestante o evangélica: 1.807 entidades religiosas, cifra que se eleva hasta 2.796 si computamos los lugares de culto. Le sigue en importancia numérica la confesión islámica: 1.007 entidades religiosas inscritas para esta fecha<sup>64</sup>. Y es en ella en la que quiero fijar la atención, pues constituye posiblemente el test más relevante.

En realidad, caben dos perspectivas para realizar ese test: en la dimensión negativa, habría que analizar la relación entre la dialéctica del menospicio y el rechazo de esa identidad religiosa minoritaria y presentada como alógena (como si no existiera un Islam español) y, sobre todo **incompatible** no ya sólo ni preferentemente con la identidad religiosa dominante (sea en sí religiosa –cristiana– o no, es decir, agnóstica, laica) en España. Ha arraigado en la opinión pública el prejuicio que sostiene que los inmigrantes identificados por ese marcador, no son diferentes, sino directamente incompatibles con los principios o valores, normas, instituciones y prácticas sociales que constituirían condición sine qua non de la cohesión social. Por decirlo de forma más breve y contundente, incompatibles con los valores que

de Justicia del Gobierno español, la Federación Estatal de Municipios y Provincias (FEMP) y la Fundación Pluralismo y Convivencia. El Observatorio ha desplegado una intensa actividad: por ejemplo, publica la colección *Pluralismo y Convivencia y las Guías para la gestión Pública de la diversidad religiosa*, así como trabajos de documentación y análisis sobre esta realidad en España. Son asimismo interesantes las encuestas de Metroscopia para el Ministerio del Interior y, más concretamente en el caso de Cataluña, que es de particular interés, el estudio de uno de los más reconocidos expertos sobre el Islam inmigrado en España, Jordi Moreras, Moreras, J.,(2007), *Musulmanes en Barcelona. Espacios y dinámicas comunitarias*. Barcelona, Cidob.; también, el realizado por Jordi López en 2010 para la Diputación de Barcelona, *El pluralisme religiós en Catalunya*. Respecto a Euzkadi, puede consultarse Etxeberria, X., Ruiz Vieytes, E., Vicente, T., (2007), *Identidad islámica y espacio público en el País Vasco*, Instituto de derechos humanos/Diputación de Vizcaya, Bilbao. Respecto a la comunidad de Madrid, es útil el trabajo de Margarita Lema Tomé, *Laicidad e integración de los inmigrantes*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, en los capítulos V y VI, pp. 273-378.

<sup>62</sup>Según la encuesta elaborada en 2010 por la Unión de Comunidades Islámicas de España (Ucid), existen más de 1.130.000 seguidores de la fe islámica en nuestro país, que suponen el 2,5% del total de la población.

<sup>63</sup>En tercer lugar se sitúan los testigos cristianos de Jehová, con un total de 740 lugares de culto. Entre el resto de confesiones, destacan numéricamente: la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (mormones): 113 de lugares de culto, ortodoxos: 75 lugares de culto, budistas: 59 entidades, y judíos: 24 entidades.

enuncia la CE 78: los derechos humanos, la democracia, el Estado de Derecho. Creo que ese es el proceso de la dialéctica de menoscabo que tiene como objeto a los inmigrantes identificados como fieles al Islam y que no sólo es el resultado de la difusión de prejuicios a través de medios de comunicación y de grupos o partidos que irresponsablemente juegan con ese argumento en aras de ventajas electorales, sino que está en el núcleo de construcciones teóricas de gestión de la diversidad como las que representan Huntington, Rehnson o Sartori.

En la dimensión positiva, la investigación exige tratar de determinar qué tipo de modelo de gestión de la diversidad o pluralidad religiosa puede garantizar el proceso social de integración cuando existe un número significativo de inmigrantes asentados que se identifican con una confesión religiosa diferente de la mayoritaria en España y muy específicamente, con el Islam. Mi propuesta a ese respecto, como se verá, es la política de laicidad, si bien una política de laicidad matizada por la forma de entender la prioridad del derecho de libertad de conciencia sobre el clásico derecho de libertad religiosa a partir del cual se suelen construir las políticas públicas de gestión de la diversidad religiosa, junto al carácter central del principio de pluralismo, en el sentido profundo en el que es reformulado por teóricos como Taylor o Maclure, o por Baubérot o Weinstock, y que en parte se refleja en el rapport emanado de la CCPARDC y que lleva el nombre de sus copresidentes, Bouchard y Taylor.

Debo reconocer asimismo que mi propio trabajo se ha beneficiado muy considerablemente de la lectura de un ensayo de Sami Naïr, de inminente publicación, sobre las revoluciones democráticas en los países árabes, un ensayo en torno al cual pude debatir extensamente con mi amigo y colega francés, en particular acerca del papel de sentimiento de *hogra* -هُجْرَة- (equivalente a menoscabo e injusticia a la par, un concepto que tiene mucho que ver con el de *Missachtung de Honneth* (*despite, mépris, menoscabo*).

<sup>65</sup>Cfr. Asimismo los websites de las principales asociaciones islámicas españolas:

<http://www.cislamica.org/>, <http://islamhispania.blogspot.com/> <http://www.webislam.com/>

<sup>66</sup>Cr. Toharia, *Público*, 23 septiembre 2011. Puede consultarse in extenso en el *Informe final de 2006, La comunidad musulmana de origen Inmigrante en España, apartado I*, pp.3-6.

Probablemente, como he anticipado, las fuentes más interesantes<sup>65</sup> para obtener un mapa del Islam inmigrante en España son los sondeos realizados anualmente por Metrosco-pia para el Ministerio del Interior (y para los de Justicia y Trabajo e Inmigración) del Gobierno español, desde 2006, publicados bajo el título *La comunidad musulmana de origen inmigrante en España*, que permiten comparar los resultados desde 2006 a 2011. Como ha señalado el director de esos estudios, el profesor Toharia, el objetivo de los mismos es describir —dentro de inevitables limitaciones metodológicas— cuál es la *cultura cívica* del colectivo de inmigrantes de religión musulmana residente en España. Es decir, cuáles son sus valores básicos, su visión del mundo, su percepción de la sociedad española y de su lugar en ella. El mismo Toharia ha ofrecido<sup>66</sup> una síntesis sumaria del conjunto de opiniones, actitudes y valoraciones expresadas en esta encuesta por la comunidad inmigrante musulmana residente en España que reproduczo a continuación por su interés.

**Tres son las principales tesis que cabe extraer de ese estudio: en primer lugar, la constatación de que esa comunidad inmigrante vive un profundo grado de religiosidad**, que no se limita, ni exclusiva ni siquiera preferentemente a la adhesión a un conjunto de preceptos dogmáticos, sino que expresa más bien la sensación de pertenencia a un entorno comunitario amplio y plural. Un **segundo rasgo definitorio es el deseo de integración** en la sociedad de acogida y su esfuerzo por conseguirlo. Y el tercero, la **valoración claramente positiva de la sociedad y de las instituciones españolas y del trato que, en general, reciben de ellas**.

**La principal conclusión es que la imagen de la comunidad islámica inmigrada en España (o sería mejor decir el “Islam inmigrado español”) estaría considerablemente alejada del fobotípico al uso sobre “los moros”.** De acuerdo con la muestra, los musulmanes españoles, dentro de su pluralidad, parecen partidarios de un islam no totalitario ni excluyente, sino que, por decirlo así, se ha desarrollado su dimensión más *liberal*, en el sentido de que sostiene con fuerza la primacía de los derechos y se opone contundentemente (el 94% de los encuestados lo sostienen así) a la violencia para la difusión de las creencias religiosas. La comunidad musulmana declara “sentirse cla-

ramente a gusto en España” (lo afirma el 67%; sólo un 10% indica lo contrario) y se considera “adaptada a la vida española”: así lo indica un masivo 83% (nueve de cada diez entre quienes llevan ya aquí más de cinco años, frente al 50% que lleva menos de uno<sup>67</sup>). Sólo el 14% está en contra de que se casen personas de diferentes confesiones. Tienen un <entorno relacional> que tiende a ser amplio y plural: sólo el 10% de los inmigrantes musulmanes dice relacionarse exclusivamente con personas de su misma nacionalidad, y sólo el 15% dice hacerlo exclusivamente con personas de su misma religión. En su gran mayoría tiene un dominio razonable del español, incluso de las otras lenguas que se hablan en las Comunidades Autónomas, como el catalán o el valenciano. Por otro lado, en general, los inmigrantes musulmanes no se sienten especialmente obstaculizados en la práctica de su religión (aunque sí se perciben algunas dificultades, fundamentalmente de orden material).

Como acabo de recoger, la inmensa mayoría de los entrevistados dice estar a gusto en España, considera que es perfectamente posible ser a la vez buen musulmán y buen español y defiende que la religión islámica es perfectamente compatible con la democracia y los derechos humanos. El porcentaje de los que sostendrían un Islam radical es de un 5%. Además, el 75% opina que las tres grandes religiones monoteístas (judaísmo, cristianismo e islam) son igualmente respetables y ninguna puede considerarse superior a las demás, frente a un 8% que lo niega. Respecto a la encuesta realizada en 2006, la de 2011 muestra que ha aumentado ligeramente el número de los que se definen como musulmanes muy practicantes (el 52%, frente al 41% de hace tres años) y también los que consideran que el Estado debe ser absolutamente neutral en el terreno religioso (el 83%, frente al 80%).

Es importante subrayar que España es un país en el que la islamofobia se ha presentado habitualmente como un componente de identidad, en la medida en que la propia construcción de España como Estado moderno se realiza en conflicto bélico, la “Reconquista”, contra los “invasores musulmanes”. Lo cierto es que sería más ajustado, desde el punto de vista histórico, hablar del conflicto de los reinos de Castilla y Aragón (los Reyes católicos) contra aquellos que son españoles pues viven en nuestro territorio durante siete siglos y por tanto habría que hablar más bien del Islam español o, al menos, del reino islámico español de Al Andalus. Si se me permite el ejemplo, ignorarlo es el mismo error en que se incurre cuando se sigue hablando del Averroes como un filósofo árabe, y no como un filósofo cordobés musulmán, es decir, un español musulmán<sup>68</sup>. En todo caso, como decía, el tópico arraigado se caracteriza por un fuerte componente islamófobo que en buena medida caracteriza una cierta visión de Europa, presentada precisamente en esa clave dialéctica de identidad (Europa frente a los musulmanes, los árabes o el Imperio otomano...).

Sin embargo, hoy, hablar en España de islamofobia o de sentimiento de persecución hacia el islam debe ser objeto de

<sup>67</sup>Como se indica expresamente en el estudio, el dato en sí es muy significativo, pues comporta que en menos de un año de estancia la mitad de los encuestados se sienten ya adaptados.

<sup>68</sup>Sobre la presencia del Islam en Europa, el “Islam invisible” como se ha calificado (B Vincent), es imprescindible consultar la compilación de trabajos editados por Jocelyne Dahria y Bernard Vincent, *Les musulmans dans l'histoire de l'Europe*, vol I., *Une intégration invisible*, Paris, Albin Michel, 2011. En particular, el trabajo del profesor Vincent incluido en ese volumen, “Les musulmans dans l'Espagne moderne”, pp. 611 ss.

matización. Baste pensar, como lo indica el mencionado estudio, en la reacción ante los atentados sufridos en Madrid el 11 de mayo de 2004. O en las respuestas de los inmigrantes musulmanes en España sobre esa percepción. Como sostiene el estudio que venimos glosando, la población musulmana inmigrante en España es la que valora más positivamente a la sociedad de acogida en comparación con el resto de los Estados de la UE: un 36% percibe esa reacción negativa en España, mientras que un 43% la percibe en Francia (un 49% en Estados Unidos). Un 75% considera que en España, hoy, musulmanes y cristianos se esfuerzan por entenderse y respetarse mutuamente (sólo un 7% piensa lo contrario). El 74% dice que en España se acoge bien a los inmigrantes, y un 88% indica que son atendidos en los hospitales públicos del mismo modo que los españoles.

Frente a quienes sostienen que los datos de ese estudio ofrecen un panorama sin duda edulcorado de una realidad mucho más difícil, hay que tener en cuenta que se trata de resultados constantes desde 2006 a 2011, hasta el punto de que los sociólogos apuntan a la existencia de una pauta general, al menos por lo que se refiere a los inmigrantes que llegan, es decir, a lo que convencionalmente se denomina “primera generación”. La cuestión crucial es si esa constante se mantendrá para quienes nacen ya como españoles, descendientes de esa primera generación de inmigrantes musulmanes. En 2011, la cifra de éstos se calcula en torno a 150.000 (habría que sumar los casi 35.000 conversos españoles al Islam).

En ese sentido, la encuesta de la UCIDE ya mencionada contribuye a apuntar matizaciones, pues se apuntan ya elementos de conflicto más precisamente definidos: dificultades que en buena medida resultan no tanto de decisiones de ámbito estatal, sino adoptadas en el ámbito de competencias que, en España, corresponden a las Comunidades Autónomas o a los municipios: por ejemplo, trabas u obstáculos para construir mezquitas u oratorios, incompatibilidad del calendario religioso con el laboral, dificultades para contar con cementerios islámicos, para conseguir alimentos halal [preparados según los preceptos del Islam], los obstáculos que ponen las administraciones para que se imparta la enseñanza religiosa islámica en los centros públicos, etc. Más concretamente,

tal y como se señala en el mismo *Informe sobre la comunidad musulmana inmigrante en España* (2011), en línea de futuro, aunque ya se están produciendo algunos casos, podríamos hablar de cinco ámbitos de potencial conflicto:

(1) El primero, obviamente, ataña a la cuestión de igualdad de género y no discriminación de la mujer. La cuestión del velo islámico y el acceso de la mujer al mundo laboral, así como su derecho a la formación universitaria son particularmente relevantes, aunque conviene recordar que respecto al velo existe una considerable confusión y demagogia.

(2) El control de las mezquitas y oratorios (se calcula su número en 800, la mayoría sin permisos ni control administrativo) y la formación de los imanes es un tercer punto caliente. En España hay 11 grandes mezquitas: tres en la provincia de Málaga, dos en Ceuta, otras dos en Melilla, una en Valencia, dos en Madrid y otra en Granada. Por el contrario, cerca de medio millar se instalan en pisos y locales, donde los fieles se congregan por su origen. Una de las cuestiones que más preocupa a las autoridades es la formación y el control de los imanes que imparten doctrina –en muchos casos sin titulación– en estas “mezquitas-garaje”. En este sentido, avanzan las negociaciones para la creación de un centro de formación de imanes reconocido por el Ministerio de Educación. El problema es que los fondos de ayuda para la formación de esos imanes siguen procediendo en buena medida del exterior y concretamente, de un lado, de Arabia Saudí y Qatar (que, en mayor medida, a primera que el segundo fomentan a los clérigos de obediencia wahabita) y, de otro, de Marruecos (la obediencia alauita).

(3) La enseñanza del Islam en la escuela. Aunque no hay datos recientes disponibles sí se sabe que en 2007, 120.000 alumnos solicitaron clases de Religión Islámica. Sin embargo, apenas un 10% las recibe. En el curso 2010-11, 41 profesores impartieron esta materia en la escuela pública (la Ucide calcula que deberían contar con 300 al menos). Sólo Andalucía, Aragón, Canarias, Ceuta, Melilla y Euskadi ofrecen la asignatura. El alumnado musulmán se concentra fundamentalmente en Catalunya (31.000 alumnos), Madrid (25.000), Andalucía (19.000) y Valencia (11.000). Pero los menores catalanes, valencianos y madrileños no pueden, por el momento, recibir esta formación.

Los acuerdos firmados en 1992 exigen al menos diez alumnos por centro para que la asignatura se imparta.

(4) La práctica social cotidiana: de conformidad con el Corán, los musulmanes deben orar cinco veces al día, su jornada de descanso es el viernes y han de seguir un modelo de alimentación (productos halal) que les obliga a llevar un control del proceso de elaboración de la comida. Estos preceptos chocan con los usos comerciales y empresariales, que no entienden las paradas para la oración y no tienen en cuenta los hábitos islámicos en los servicios de catering y tampoco permiten, salvo contadas excepciones, la adaptación del horario religioso al laboral. Se apunta una creciente pauta de asilamiento de la comunidad asentada establemente, en relación con sus <vecinos españoles>.

(5) La cuestión de los cementerios y del destino de suelo público para los entierros por el culto musulmán. Aunque comunidades como Andalucía, Euskadi o Murcia han trabajado en esta cuestión y pese a que la legislación obliga a las Administraciones a ceder terrenos públicos para este particular, todavía queda mucho por hacer. De hecho, en Catalunya y Madrid, con una fuerte población islámica, sólo existen dos cementerios musulmanes. Granada, Alicante o Bilbao ya han incluido zonas para entierros por el rito musulmán en los cementerios municipales. Junto al lugar, también hay que tener en cuenta el rito musulmán. Esto es: que los cuerpos sean enterrados mirando a La Meca y con el cadáver directamente bajo tierra, sin féretro, a lo sumo envueltos en una sábana.

Estos elementos de conflicto, unidos al contexto de crisis y al desmantelamiento del carácter universalista del Estado del bienestar, hacen verosímil la hipótesis de que vuelva a recurrirse al perjuicio xenófobo, puesto que la forma de tratar esos conflictos exige inversiones sostenidas en recursos humanos y materiales: en la escuela en primer lugar, pero también en el sistema de salud, en el acceso a la vivienda y en las oportunidades de empleo. Cuando esa inversión igualitaria (redistributiva) no se produce, se producen resultados no ya de conflicto, sino de malestar social, patologías que afectan a todas las categorías sociales, como han mostrado Wilkinson y Pickett en sus investigaciones<sup>69</sup>. Y entonces es fácil recurrir al miedo, al argumento de la preferencia nacional en las situaciones de amenaza, y a la utilización de los marcadores de identidad en términos propios de ese tipo de conflictos que, por seguir la terminología de Hirschmann, denominaremos esencialistas, excluyentes, totales, es decir, aquellos en los que no cabe la negociación. Es lo que parece que constituye un riesgo cada vez más verosímil en la UE.

### **3.3. La diferencia religiosa, entre el menosprecio y el reconocimiento. La función de la identificación religiosa en las políticas de integración: seis tesis.**

Precisamente a la vista de todo lo anterior me parece imprescindible el estudio de las estrategias de reconocimiento frente a los procesos de menosprecio que lastran las políticas de integración de la inmigración en la UE, y, en ese marco, es-

<sup>69</sup>Cfr. Wilkinson y Pickett (2009) *Desigualdad: un análisis de la (in)felicidad colectiva*, Madrid, Turner.

tudiar el papel que juega el marcador primario de identidad que es la fe religiosa y aún más concretamente, lo que podíamos llamar el Islam immigrado en Europa. Si ello es así, parecía claro que el trabajo podía orientarse en dos dimensiones complementarias.

En la dimensión negativa, se trata de analizar la relación entre la dialéctica del menosprecio y el rechazo de esa identidad religiosa minoritaria y presentada como alógena y, sobre todo como **incompatible** no ya sólo ni preferentemente con la identidad religiosa dominante (sea en sí religiosa –cristiana- o no, es decir, agnóstica, laica) en las sociedades de recepción, sino directamente incompatibles con los principios o valores, normas, instituciones y prácticas sociales que constituirían condición sine qua non de la cohesión social. Por decirlo de forma más breve y contundente, incompatibles con los derechos humanos, la democracia, el Estado de Derecho. Creo que ese es el proceso de la dialéctica de menosprecio que tiene como objeto a los inmigrantes identificados como fieles al Islam y que no sólo es el resultado de la difusión de prejuicios a través de medios de comunicación y de grupos o partidos que irresponsablemente juegan con ese argumento en aras de ventajas electorales, sino que está en el núcleo de construcciones teóricas de gestión de la diversidad como las que representan Huntington, Rehnson o Sartori.

En la dimensión positiva, la investigación exige tratar de determinar qué tipo de modelo de gestión de la diversidad o pluralidad religiosa puede garantizar el proceso social de integración cuando existe un número significativo de inmigrantes asentados que se identifican

con confesiones religiosas diferentes de la mayoritaria en la sociedad de recepción o acogida y muy específicamente, con el Islam. Mi propuesta a ese respecto, como se verá, es la política de laicidad, si bien una política de laicidad matizada por la forma de entender la prioridad del derecho de libertad de conciencia sobre el clásico derecho de libertad religiosa a partir del cual se suelen construir las políticas públicas de gestión de la diversidad religiosa, junto al carácter central del principio de pluralismo, en el sentido profundo en el que es reformulado por teóricos como Taylor o Maclure, o por Baubérot o Weinstock, y la tesis de neutralidad/separación del estado respecto a las confesiones religiosas, lo que en buena medida se corresponde con los cuatro principios del Secularism por el que apuesta el rapport emanado de la CCPARDC y que lleva el nombre de sus copresidentes, Bouchard y Taylor<sup>70</sup>.

Debo reconocer asimismo que la investigación se ha beneficiado muy considerablemente de la lectura de un ensayo de Sami Naïr, al que ya me he referido antes, sobre las revoluciones democráticas en los países árabes, se trata de su libro *La lección tunecina*, sobre el pude debatir extensamente con mi amigo y colega francés, también específicamente acerca del papel de sentimiento de *hogra*, sobre el que volveré más adelante. Es una noción compleja, equivalente a menosprecio e injusticia a la par, un concepto que tiene mucho que ver con el de *Missachtung de Honneth, despite, mépris, menosprecio*, que, como se recordará, es el eje sobre el que se construye este proyecto de investigación. No quiero ocultar ni minusvalorar tampoco la incidencia que tuvo en esta etapa del proceso de investigación el debate que se produjo en España con motivo la Jornada Mundial de la Juventud (JM) y la visita del Romano Pontífice a Madrid en agosto de 2011 y a propósito de la que produjo con ese motivo, a mi juicio, un debate que me interesa no tanto por la anécdota coyuntural sino como expresión de lo que podríamos denominar dialéctica del reconocimiento y del menosprecio. Me refiero a la construcción de un mensaje “positivo” de resistencia por parte de los portavoces de los supuestos “menospreciados”, “perseguidos”, los fieles cristianos en las sociedades modernas, caracterizadas supuestamente por un pluralismo que es relativismo y deschristianización militante (no sólo secularización, que

<sup>70</sup>Pude ofrecer un adelanto de esa parte del trabajo de investigación con ocasión de mi intervención en un curso organizado por la EHU/UPV y el instituto para Gobernanza Global, en agosto de 2011. Para el modelo de “acomodación razonable” de la diversidad religiosa, cfr. el capítulo VII del Report Bouchard/Taylor, *Building the Future. A Time for Reconciliation. Report*, Gouvernement du Quebec, 2008. Como se verá, este modelo de política de laicidad que propondré, tiene mucho en común con el modelo de Secularism del que habla el capítulo VII del rapport Bouchard-Taylor, cuyos principios básicos son cuatro : « In our view, secularism comprises four key principles. Two of the principles define the final purposes that we are seeking, i.e. the moral equality of persons, or the recognition of the equivalent moral value of each individual, and freedom of conscience and religion. The other two principles express themselves in the institutional structures that are essential to achieve these purposes, i.e. State neutrality towards religions and the separation of Church and State. » (la cita es de la pg 137).

es interesante porque se presenta incluso explícitamente, como la otra cara del proceso que viven los fieles de la umma, los que participan del Islam. En efecto, la jerarquía de la iglesia católica (quiero decir, la Conferencia episcopal española, más que el propio Romano Pontífice) aprovechó este acontecimiento para lanzar mensajes asimilando la situación de sus fieles a la de los cristianos en el imperio Romano antes de Constantino, al mismo tiempo que se autopresenta, se autoerige en mayoría silenciosa. Con ello tratan de responder a la acción de menospicio a la que explícitamente se refieren, con una estrategia de autoafirmación y reconocimiento que, de una parte, supone la reivindican de su aspiración a conformar hegemonicamente la sociedad, y de otra reclama que el mejor modelo de sociedad decente (vale decir, integrada) es el que se construye desde la aportación de valores que realiza esa confesión religiosa y sus fieles.

Creo que esto es importante de cara al debate que quiero examinar, porque es muy relevante como propuesta de un modelo de integración de la diversidad religiosa que denominaré *multiconfesionalismo*. En efecto, aunque la Iglesia católica no lo explice así cuando formula sus propuestas a propósito de la integración de la inmigración, esa propuesta cobra cada vez más fuerza no sólo desde sectores teóricos inspirados en la doctrina de esa iglesia, sino también entre quienes tratan de reformular el modelo liberal basado en la tolerancia y la libertad religiosa como claves de toda política de integración de la inmigración en materia de diversidad religiosa (y no sólo). Sin embargo, en mi trabajo sostengo que en realidad ese modelo de *multiconfesionalismo* arraiga las más de las veces en una concepción que ahoga el pluralismo en nombre de la necesidad de enfrentarse contra el relativismo como principio de gestión de la convivencia plural. Organizaciones confesionales católicas, son la otra parte del contexto.

En la formulación de esta reflexión, trato de argumentar como tesis de fondo que entre las condiciones de la acción de reconocimiento sin las que es imposible el proceso social de integración (*a fortiori*, el que se plantea como respuesta a los desafíos de la presencia estable de inmigración en la Unión Europea) o, si se prefiere, sin la que es imposible superar el riesgo de que estemos construyendo una *sociedad del menospicio*, se encuentra la de garantizar un modelo de democracia plural e inclusiva.

Pues bien, a mi juicio, para asentar ese modelo jurídico-político, el de la democracia plural e inclusiva, entendida como *democracia de la diversidad profunda*, es necesario profundizar en el reconocimiento de las exigencias del pluralismo, en el método de establecimiento del acuerdo sobre lo que es valioso para una sociedad plural y, de esa forma, en otra noción de cohesión social que no esté lastrada por el prejuicio de la *pluralidad como patología*. Ese prejuicio puede ser explicado (como he intentado hacerlo en otros trabajos utilizando la fórmula de <complejo de Babel>), siguiendo la apreciación de Cassirer o, si se prefiere de otro modo, poniendo de manifiesto la necesidad de superar el prejuicio de la identificación entre cohesión social (pervivencia e

incluso progreso social) y unidad, que insiste en el requisito de homogeneidad etnocultural como condición *sine qua non* de uno y otra, al modo en que lo expresa el falaz lema *e pluribus unum*<sup>71</sup>, de la que formaría parte, *obiter dicta*, la necesidad de eliminar aquellos marcadores de identidad que, por holísticos, esencialistas y excluyentes, resultan incompatibles con las exigencias y reglas de juego de la democracia, lo que, presuntamente, sucedería en el caso del Islam, *quod erat demonstrandum*. Un caso paradigmático de esa construcción teórica se encuentra en los recientes trabajos de Sartori sobre la amenaza del Islam inmigrado a Europa, trabajos sobre los que, por cierto, quien suscribe espera una continuación que nos muestre cómo sostiene su autor la tesis de incompatibilidad entre Islam y democracia hoy, a la vista de las revoluciones árabes.

A mi juicio, a la hora de encontrar un modelo que permita gestionar la pluralidad de convicciones religiosas y evitar su utilización en la *estrategia del menoscambio*, es preciso encontrar una vía que reformule la laicidad desde la afirmación básica del primado del pluralismo y de la libertad de conciencia, sin reivindicar por ello la multiconfesionalidad, que me parece el riesgo más verosímil, más próximo y al mismo tiempo el de mayor gravedad hoy, pues, como he señalado, lejos de su aparente coherencia con el principio de pluralismo, en realidad lo socava, porque es incompatible con la laicidad.

Para decirlo de la forma más clara, el resultado de mi trabajo sobre estas cuestiones postula la defensa de un modelo de democracia plural e inclusiva como la propuesta más razonable para gestionar de forma legítima y eficaz los problemas y conflictos propios de los desafíos de la *diversidad profunda* en materia religiosa. Y podría **concretar esa propuesta en media docena de tesis:**

1) Ese modelo de democracia exige, incluidamente, la afirmación de dos principios básicos: Primero, el de igualdad, lo que exige el desarrollo de las técnicas propias del Derecho antidiscriminatorio y de las políticas antidiscriminatorias. En segundo lugar, la expansión del principio del *favor libertatis* y sus consecuencias.

2) Pero para que sea inclusiva, es necesario evitar los riesgos de lo que podríamos denominar “consenso punitivo”, que reduce la regla básica de la democracia al *dominio de la mayoría* (no al principio de mayoría) que excluye el respeto a las posiciones minoritarias. Junto a ello, el riesgo de lo que Benhabib ha denominado universalismo abstracto, universalismo por proyección, que hace de un determinado universo cultural, simbólico, el humus en el que debe arraigar ineluctablemente la democracia y el Estado de Derecho.

3) Y para que sea inclusiva es preciso desarrollar instrumentos de promoción de la participación política (y no solo del reconocimiento del derecho al sufragio activo y pasivo) de los individuos que por su origen o pertenencia a un grupo vulnerable sufren un proceso de exclusión del espacio público.

4) Por ello, parece necesario abandonar el recurso a la tolerancia y el paternalismo, así como la confesionalidad encubierta. Pero es asimismo imprescindible combatir con todos los medios legales toda forma de dogmatismo y fundamentalismo, también los religiosos, lo que sólo es posible en un marco de neutralidad y separación del estado respecto a las iglesias.

5) La democracia plural e inclusiva consagra tres principios básicos en relación con la gestión del fenómeno religioso: el pluralismo, la libertad de conciencia (que es mucho más amplia que la libertad religiosa) y la laicidad.

Pero, como escriben Maclure y Taylor<sup>72</sup>, “la laïcité ne se laisse pas aisément définir par des formulaires comme la séparation de l’Eglise et l’Etat ou la neutralité de l’Etat...le sens et les implications de la laïcité ne sont simples qu’en apparence...chacune des définitions comporte des zones grises et des tensions...la laïcité est complexe, car elle est faite d’un ensemble de finalités et d’arrangements institutionnels”. Por tanto, convendría precisar o incluso reformular esta última, pues la discusión actual reúne no pocas propuestas (en particular, la <laicidad positiva> de la que habla el pontífice romano

<sup>71</sup>En otros lugares he tratado de recordar la diferencia entre el modelo de unidad y el de unión: en el primero, las partes se diluyen en el todo, como lo pretende la metáfora del *melting pot* que se refleja en el lema constitucional de los EEUU *e pluribus unum*; en el segundo, las partes se alían sin desaparecer, lo que se correspondería con el modelo de “mosaico” canadiense. Ese sería el sentido del lema de la UE, “unidos en la diversidad”.

<sup>72</sup>Maclure, Taylor, *Laïcité et liberté de conscience*, La Découverte, París 2010, pp. 11-13. Maclure y Taylor sostienen que las claves de la laicidad se encuentran en la igualdad moral de los individuos y en la protección de la libertad de conciencia y de religión. Eso coincide con los dos principios que he avanzado como básicos.

Benedicto XVI y políticos como Sarkozy; la denominada “laicidad inclusiva”<sup>73</sup>; la distinción entre laicidad y secularización, etc) que redefinen en uno u otro sentido la noción original que encontramos por ejemplo en la ley francesa de 1905 que, junto a la política de laicidad que ha definido durante un siglo al régimen que fundara Attatürk, son dos modelos para políticas públicas en materia religiosa. Incluso puede decirse que la transformación de ese modelo que paulatinamente intenta llevar a cabo el primer ministro turco, Racip Erdogan, cuyo partido bien podría ser asimilado a las Democracias Cristianas europeas, aparece como una alternativa democrática, particularmente relevante en relación con las revueltas democráticas que está viviendo el mundo árabe.

Estos son hoy, a mi entender, los términos de la cuestión. La democracia, ante el fenómeno de la pluralidad ideológica, de conciencia, religiosa, de visiones del mundo y universos valorativos, no puede seguir insistiendo en la vieja receta de la tolerancia, combinada con el respeto o reconocimiento de la multiconfesionalidad, tal y como demanda hoy la iglesia católica. Dicho sea de paso, ha de entenderse que el cambio de posición en las reivindicaciones de esa iglesia se debe sobre todo a la pérdida de la posición de poder propia del constantinismo político y de todas sus manifestaciones históricas, como el nacionalcatolicismo impuesto en el régimen franquista. Por eso, esta iglesia pide hoy lo que siempre repudió mientras gozó de posición hegemónica, esto es, la equiparación de las diferentes confesiones en el reconocimiento como valor. Por eso, también, exige para sí misma, en el peor de los casos, un status de tolerancia que antes invocaba sólo para las demás confesiones. Se impone recuperar el principio de laicidad y elaborar otra política. Pero, en ese caso, ¿cuáles son los principios de una política de laicidad en una sociedad recientemente multicultural, como la española?

### **3.4. Los principios de una <política de laicidad> como clave de la superación de la sociedad del menoscenso a través de la gestión democrática de la diversidad religiosa. El caso español.**

Como acabo de subrayar, esa democracia plural e inclusiva que podría ser el modelo de gestión de la diversidad cultural (de la religiosa, por ejemplo) impone el reconocimiento del pluralismo, la laicidad y la libertad de conciencia como principios básicos en la gestión de esa diversidad y eso se concreta en lo que habitualmente denominamos una política de laicidad<sup>74</sup>. Me parece que se puede argumentar que esa política pública es una herramienta imprescindible, necesaria, aunque no suficiente, para superar el riesgo de la sociedad del menoscenso.

En efecto, creo que, más allá de los debates al uso sobre la multiculturalidad y el multiculturalismo, no es difícil argumentar que los límites de la democracia liberal (del liberalismo político, que constituye un punto de partida irrenunciable), se han hecho más patentes en un mundo que a la vez, es una sociedad globalizada y en la que han emergido con fuerza los agentes y

<sup>73</sup>Esa actualización de la noción de laicidad puede encontrarse, por ejemplo, en los trabajos de Taylor, como en el libro de Taylor y y Maclure citado en la nota anterior, y en el varias veces citado rapport Bouchard-Taylor sobre la política de acomodación. También en las aportaciones de C Wilde y, en cierto modo, de J Habermas, en el debate en la *Stony Brook University of Nueva York*, en el que participaron junto a Ch. Taylor y J. Butler, convocados por Eduardo Mendieta y Jonathan Vanantwerpen. Ese debate se ha publicado como libro, editado por los mismos Mendieta y Vanantwerpen, del que existe traducción española: *El poder de la religión en la esfera pública*, Madrid, Trotta, 2011, que incluye una interesante entrevista de Mendieta a Habermas.

<sup>74</sup>Sobre la revisión actual del principio de laicidad, me parece útil consultar el monográfico de la Revista *Pasajes*, de otoño de 2005, nº 18, sobre “El desafío de la laicidad”, con artículos de J. Ramoneda, T. Vives, E. Laparra y M Jiménez Redondo.

las reivindicaciones de la multiculturalidad, es decir, de un pluralismo en serio, de una *diversidad profunda* que no se limita al abanico de preferencias secundarias que el liberalismo cree poder solucionar con la afirmación de la libertad individual unida al ungüento de la tolerancia. Y si ese pluralismo en serio se manifiesta cada vez de forma más exigente no es sólo, como se pretende de modo simplista, como consecuencia del desarrollo de lo que los sociólogos llaman *migraciones de asentamiento*. Es que emerge el hecho de que nuestras sociedades han sido desde su origen profundamente plurales, aunque hasta ahora se haya impuesto un modelo de gestión que considerando que la diversidad profunda es una patología, apostó por ocultarla, si no por erradicarla pura y simplemente, como exigencia de la cohesión requerida por el modelo político del Estado-nación. Creo que es fácil entender cómo la sociedad del menosprecio no es sino una nueva manifestación de esa estrategia de rechazo basada en la consideración de que esos agentes de la diversidad profunda, por ejemplo en el ámbito religioso, son agentes patógenos, virus para la democracia.

El pluralismo en serio exige, como es sabido el reconocimiento del carácter básico e invisible y en condiciones de igualdad, del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de cualesquiera convicciones de libre elección. En mi opinión, el error del planteamiento liberal al uso es pasar por alto que la prioridad corresponde a la libertad de pensamiento, ideológica y de conciencia, como querían los *librepensadores*, y no tanto a la libertad religiosa, pues sólo así se puede asegurar, a mi juicio, la estricta igualdad entre las convicciones de carácter religioso y las convicciones de carácter no religioso, lo que nos impone como primera exigencia luchar contra toda forma de discriminación fundada en las convicciones.

Una manera de concretar este plantea-

miento teórico es contextualizarlo en España<sup>75</sup>, a partir de lo que creo que puede considerarse como uno de los principales déficits de su marco jurídico-constitucional, la Constitución española de 1978 (CE78). Como en otros nudos gordianos de la negociación propia de la transición española a la democracia, reflejada en buena parte del articulado de la CE 78, se alcanzó un acuerdo, o, quizás más exactamente, un compromiso. Una solución en la que, sobre todo, cobraba visibilidad el temor a que se repitiera lo que muchos consideran uno de los errores de la Constitución de 1931, la laicidad militante frente a la oposición de la Iglesia católica, bastión de la derecha y, aun peor, del reaccionarismo más antidemocrático. Por eso, la solución fue la <no confesionalidad del Estado>, junto con una especial consideración a la Iglesia católica en cuanto confesión sociológicamente mayoritaria. Es lo que refleja el texto del tercer párrafo del artículo 16 de la CE 78<sup>76</sup>.

Esa es la razón de que hoy, cuando se hace balance de la transición y se insiste en la necesidad de profundizar en la democracia, no falten quienes advierten sobre la necesidad de retomar el necesario impulso hacia el objetivo de la autonomía del poder político del *demos*, que exige liberarse de otros poderes no elegidos por el pueblo, en particular el que representan los mercados, pero también las iglesias o las fuerzas armadas, tres clases de <poderes fácticos> como se denunciaba en los momentos de la transición. En otras palabras, para hablar de democracia en serio, en nuestro caso, es condición *sine qua non* un marco de laicidad que abandone el confuso planteamiento del artículo 16 de la CE 78, que salga de la confesionalidad vergonzante, la tolerancia y el paternalismo, para consagrar la libertad de conciencia y el pluralismo. A los efectos del presente trabajo de investigación, lo que trato de poner de manifiesto aquí es que la insuficiencia del reconocimiento del pluralismo y de la libertad de conciencia posibilita la estrategia de menosprecio.

Pues bien, todo lo anterior se torna en un panorama aún más acuciante en un contexto que es socialmente muy distinto del que se vivía en la España de 1978 y que sirvió como argumento para la <confesionalidad encubierta> en el artículo 16 de la CE 78, confirmado luego el 7 de enero de 1979 con los Acuerdos entre España y la Santa Sede, con rango de Tratado

<sup>75</sup>Para un estudio comparado de los principios constitucionales en esta materia, conviene leer el estudio de Ana Valero, Valero, A., (2008), *Libertad de conciencia, Neutralidad del estado y Principio de Laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Madrid, Ministerio de Justicia.más crítico con el modelo español, Martínez de Pisón, 2000, Constitución y Libertad religiosa en España, Dykinson.

<sup>76</sup>Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.»

<sup>77</sup>E. La Parra ha ofrecido una excelente síntesis del proceso de secularización vivido en España –con idas y vueltas– en el siglo XX: cfr su “Concepto de la iglesia y proceso de secularización. Notas sobre la España del siglo XX”, en *Pasajes*, nº 18, 2005, pp 25-37.

<sup>78</sup>Cfr. Su “La laicidad imposible”, *El País*, 10 de julio de 2010. El mismo Llamazares señala algunos ejemplos: Uno de los acuerdos encierra al Jefe del Estado el nombramiento de un arzobispo, con evidente confusión entre lo religioso y lo estatal. Otro atribuye al Estado español la tarea de evangelizar a los niños en las escuelas públicas; eso sí, a las órdenes de la Iglesia católica, que decide el qué y el cómo de la enseñanza y que nombra y despidie a los profesores libremente, sin control de sus motivos por la jurisdicción del Estado, aunque lesionen derechos fundamentales. El Estado paga y la Iglesia manda; para colmo, el Estado es el responsable ante sus propios tribunales de las decisiones de despido que toma la Iglesia.

<sup>79</sup>Y es precisamente el contexto secular o incluso postsecular como subraya Jiménez redondo, el que obliga a reconsiderar la formulación del principio de laicidad: cfr. Su contribución en el monográfico del nº 18 de la revista *Pasajes* ya mencionado.

<sup>80</sup>En el mencionado estudio de A Valero, se sustenta esa tesis como punto de partida. La propia Valero, al analizar los modelos constitucionales comparados, diferencia entre la versión de laicidad del modelo italiano (una *laicidad de servicio* en un régimen de *Pluralismo religioso y cultural*), la francesa (que habría evolucionado desde una *neutralidad negativa* a una *neutralidad positiva*), la norteamericana e los EEUU (que pasa de la *strict separation* a la *accommodation of the free exercise*), la alemana (que califica de *neutralidad abierta*) y la española (a la que considera *laicidad positiva*): cfr. Capítulo II, pp. 132-170. Estoy de acuerdo con su análisis salvo, como se ha visto, respecto al modelo español.

<sup>81</sup>Cfr. Por ejemplo el proyecto alternativo planteado por la Asociación *Europa Laica*, planteado en 2009 y reiterado en 2011. Cfr. [www.europalaica.org](http://www.europalaica.org).

internacional, que otorga a la Iglesia católica un estatuto privilegiado, en particular desde el punto de vista económico, por la muy amplia financiación por parte del Estado<sup>77</sup>. Esos Acuerdos han sido muy criticados por un buen número de especialistas. Por ejemplo, el profesor Llamazares escribía hace un par de años lo siguiente: «los acuerdos firmados en Roma el 3 de enero de 1979 entre el ministro de Asuntos Exteriores de España y el secretario de Estado de la Santa Sede son inconstitucionales. Se confunden en ellos sujetos, actividades y fines religiosos y estatales y consagran un estatus privilegiado para la Iglesia católica, transgrediendo el principio de neutralidad. No es posible su armonización con la Constitución. Formalmente constitucionales (posteriores a la Constitución en menos de ocho días), son materialmente (por su contenido) inconstitucionales... El Estado está maniatado y no puede progresar hacia la laicidad en el desarrollo legislativo de un derecho fundamental. No puede legislar obedeciendo al mandato constitucional. Se topa con el stop de los Acuerdos. El estatuto de la Iglesia católica no lo define la Ley de libertad religiosa, sino los Acuerdos. No sin razón, la Iglesia católica ha aceptado la ley de Libertad Religiosa vigente en lo que la beneficia, pero ha rechazado que le sea aplicable si disiente de los Acuerdos. Mientras estén vigentes, es imposible cumplir el mandato constitucional de la laicidad y de la igualdad de todos en la libertad de conciencia»<sup>78</sup>.

La situación hoy es distinta de la de 1978, de un lado, porque se ha reducido de forma muy considerable la vinculación de las prácticas sociales a las normas religiosas de la Iglesia católica (y ha disminuido considerablemente el número de fieles y no digamos de practicantes de esa confesión) desde las que se construye la noción de “normalidad social” y por tanto, la construcción social de los agentes de riesgo. Y de otro, porque lo que en 1978 era anécdota, la diversidad religiosa, frente a una sociedad todavía muy hegemónicamente católica, hoy no lo es, como consecuencia no sólo del importante asentamiento de inmigrantes vinculados a otras confesiones, sino también de la propia dinámica social de secularización, que es la nota más destacada de la evolución de la sociedad española.<sup>79</sup>

Todo ello, reitero, hace más necesaria una política de laicidad articulada en torno a los tres principios que he recordado y que tendría a mi juicio como pieza clave una ley de libertad de conciencia y pensamiento, más que una ley de libertad religiosa<sup>80</sup>. Ya he evocado que ese proyecto (el de una nueva ley de libertad religiosa) estaba en el programa del Gobierno del PSOE en la segunda legislatura socialista, pero el Gobierno no siguió adelante ni siquiera con su anteproyecto, que apuntaba en esa línea, aunque no decididamente<sup>81</sup>. Concretamente, se trataba de algunas medidas en el terreno simbólico, como prohibir la presencia de símbolos religiosos —como el crucifijo cristiano— en edificios públicos y buscar una fórmula para que los llamados funerales de Estado fueran civiles, sin ceremonias religiosas. También se proponía extender a otras religiones de “notorio arraigo” privilegios de los que disfruta la mayoritaria confesión

católica, a la que el Estado financia con unos 6.000 millones de euros anuales<sup>82</sup>.

En resumen, lo que me propongo recordar es que gestionar democráticamente las nuevas sociedades de la diversidad profunda requiere, en lo que se refiere a la diversidad religiosa, la profundización en el reconocimiento y garantía de la libertad de conciencia y en el principio de laicidad y por ello exige abandonar propuestas centradas en el reconocimiento de la multiconfesionalidad, tal y como se reivindica desde la mayoría de las iglesias<sup>83</sup>.

Todo eso no implica que dejemos de reconocer que debe evitarse cualquier simplificación del significado del hecho religioso en el espacio público, lo que exige finalmente una revisión del principio de laicidad, con atención a lo que se ha dado en llamar <laicidad inclusiva>, que no la *soi-dissant* <laicidad positiva>. A esos efectos, sugeriré tomar en consideración, entre otros argumentos, algunas lecciones del debate sobre el poder de la religión en la vida pública, una discusión entre Charles Taylor, Jürgen Habermas, Judith Butler y Cornel West en el mencionado encuentro desarrollado en Nueva York, en octubre de 2009.

### **3.5. La laicidad en retroceso y el avance de la estrategia del menosprecio.**

Recordemos, una vez más, cuál es el <escenario> en la UE. Hoy, cuando se plantean integración e inmigración como dos desafíos de la Unión Europea en el siglo XXI, crece la

preocupación ante el hecho innegable de que en toda la Unión Europea vivimos un remonte de los mensajes simplistas y sofísticos sobre la inmigración como amenaza -muy en particular la vinculada al Islam-, lo que se traduce, según vengo insistiendo y constituye el objetivo fundamental del trabajo de investigación, en el incremento del proceso de menosprecio que no puede dejar de crear la reacción ante la *hogra*, como ya he apuntado.

En efecto, las manifestaciones de ese proceso social que contribuye a conducirnos a la *sociedad del menosprecio* frente a los inmigrantes reconocidos como fieles del Islam, son indiscutibles, se focalice o no en el velo, en la condición de la mujer, en el riesgo para la democracia que entrañan las prédicas de los imanes fundamentalistas (como si no hubiera otros clérigos fundamentalistas en otras iglesias) o incluso en la incompatibilidad entre democracia e Islam, sostenida como postulado evidente por tantos supuestos analistas (de Huntington a Sartori pasando por sus epígonos, con o sin Nobel de literatura) hasta que se han <caído del caballo> ante las revueltas democráticas en los países árabes<sup>84</sup>. Y al mismo tiempo esa identificación obsesiva de la amenaza prioritaria ha permitido que se ninguneen otras, que tienen en común asimismo la negación del reconocimiento, la banalización de la condición de seres humanos de quienes se identifican por fobotipos construidos sobre marcadores primarios de identidad, como la que procede de la extrema derecha racista y xenófoba: como se ha escrito a propósito de la reciente tragedia vivida en Suecia, “el caso de Anders Behring Breivik constituye un doble y trágico recordatorio: por un lado, que la violencia extrema no es monopolio exclusivo de ninguna cultura o religión, de ninguna ideología o creencia; por otro, que quienes se complacen en lanzar a los cuatro vientos -y “sin complejos”- palabras como puños, tarde o temprano tienen seguidores desequilibrados dispuestos a prescindir de las primeras y usar exclusivamente los segundos»<sup>85</sup>.

Es innegable el crecimiento del peso de la extrema derecha en Europa, también en la apacible Europa del norte (y no sólo en los conocidos ejemplos del FN de los Le Pen en Francia o de la Lega Nord de Bossi en Italia), con casos como el del Partido del Progreso noruego liderado por Siv Jensen, o el del Partido de los Fin-

<sup>82</sup>La mitad se ese importe (3000 millones) se destina, según cifras oficiales, a sostener los colegios religiosos concertados, pero también se paga con dinero público el sueldo de obispos y sacerdotes; a los profesores de catolicismo en la escuela pública (unos 15.000); el salario de más de un millar de capellanes castrenses, hospitalarios y carcelarios; también se sufragia una parte importante de la restauración o sostenimiento del inmenso patrimonio histórico artístico de esa religión, la segunda propietaria inmobiliaria después del Estado. Las viviendas o casas parroquiales de los ministros de culto de las confesiones que han suscrito un acuerdo con el Estado, y los huertos y jardines adyacentes, están exentas en el IBI. Se da la paradoja de que los ministros de culto de las confesiones con acuerdo tienen un régimen fiscal mejor que el de los funcionarios. La ley Hipotecaria (art 206) atribuye a los obispos poder emitir en sus diócesis certificados de dominio, como si fueran registradores...

<sup>83</sup>Cfr. El útil análisis de Eduardo R. Vieytes, en Ruiz Vieytes (2010), *Derechos humanos y diversidad religiosa*, Bilbao, Instituto de Derechos Humanos Universidad de Deusto.-Diputación Foral de Guipúzcoa.

<sup>84</sup>Sobre ello, me remito a los trabajos de Sami Nair y en particular al libro de inminente parición, que he podido leer por gentileza de su autor, *La lección tunecina*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2011.

<sup>85</sup>JJ Toharia, “Palabras como puños”, El País, 27 de julio de 2011. En

landeses de base (traducido aquí como *Auténticos Finlandeses*), encabezado por Timo Soini. En la misma línea debería señalarse el caso de los Demócratas de Suecia con un programa casi exclusivamente dedicado a una plataforma antiinmigración, el incremento de la popularidad en los Países Bajos del Partido de la Libertad de Geert Wilders, el ídolo antiislámico de Breivik, recientemente absuelto de un delito de provocación al odio islamófobo, o en Dinamarca el Partido Popular Danés en el que se apoya el Gobierno conservador desde 2001, aunque en el caso danés, después de 10 años, la victoria de una coalición de partidos de izquierda puede contribuir a cambiar esa dinámica. Recordemos que la líder del PPD, Pia Kjaersgaard, denunciaba que “Si quieren convertir Estocolmo, Gotemburgo o Malmö en unos Beirut escandinavos con guerras de clanes, asesinatos por honor y violaciones por bandas, que lo hagan...Nosotros siempre podemos poner una barrera en el puente de Oresund” (y, acto seguido, Dinamarca denunció el espacio Schengen). La relación de ese giro con otro aparentemente más moderado y de sentido común, el del anuncio del « fin del multiculturalismo », sentenciado casi simultáneamente por Merkel y Cameron es una cuestión a estudiar. Pero subyace al menos en un sentido negativo una ideología de repliegue frente al agresor externo, que postula de nuevo como elemento del cemento social una versión fundamentalista de la identidad cristiana subyacente, si no, incluso enunciada como rasgo definitorio de la *leitkultur*.

Frente a ese riesgo real, insistiré en que, para mí, la laicidad es la condición necesaria para que en el espacio público puedan convivir diferentes opciones, incluso contradictorias entre sí, desde el respeto y la comprensión de los derechos de la ciudadanía a adherirse a una forma u otra de entender la transcendencia o a ninguna, sin por ello resultar discriminada o tener menos opciones que otras personas de desarrollar las actividades relacionadas con su propia concepción de la vida, sin ser objeto del proceso social de menoscabo. Y, por supuesto, es clave para mantener un derecho fundamental e indivisible a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones.

Pero incluso más allá de la conciencia -religiosa o no religiosa-, la laicidad es en cierto modo la garantía del ejercicio pleno de los derechos de la ciudadanía en las democracias de la diversidad profunda, bien sea a la igualdad de género, a la libre opción sexual, al despliegue de todas las potencialidades de las personas, para desarrollar su proyecto de vida sin dogmas, tutelas o autoridades irracionalmente impuestas. Entendida así la laicidad, supone la base de la emancipación ciudadana y la garantía del respeto de todos los derechos para todas las personas en condiciones de igualdad. Es, por tanto, una condición de la estrategia contra la construcción social del menoscabo.

Particular importancia en la estrategia de menoscabo la tiene la dimensión de género. En efecto, determinada forma de entender las religiones o de muchas de ellas, o de sus iglesias, o aún, si se prefiere decirlo así, de una parte de su jerarquía a la que consideraríamos expresión del fundamentalismo, entre

el mismo día y medio, Joaquín Prieto (“La herencia del asesino de Oklahoma”) evocaba los trabajos periodísticos del novelista Stieg Larsson, quien denunciara ya en 1995 la existencia de una internacional terrorista de extrema derecha, vinculada a la asociación neonazi Aryan Nations que estuvo detrás del atentado de Oklahoma que provocó ese año 168 muertos y 400 heridos y que se ramificaría en los países nórdicos primero con el común objetivo antijudio, antisemita, y cada vez más con el argumento islamófobo. Un estudio como Mariano Aguirre, ahora director del Norwegian Peacebuilding Resource Centre de Oslo, apuntaba en la misma dirección en su artículo, “Los discursos del odio”, publicado en el mismo periódico, el 22 de agosto de 2011. Theun van Dijk ha dedicado buena parte de su obra precisamente a la construcción social de ese mensaje del odio basado en marcadores primarios difundidos de modo simplista a través de medios de comunicación.

cristianos como entre musulmanes o judíos, mantiene lo que bien podríamos denominar una auténtica obsesión por relegar a las mujeres a un papel “secundario” en la sociedad. La relevancia de esas estrategias en el mantenimiento del sistema patriarcal y el uso de su poder político para mantener este estatus, hace de la ausencia de laicidad uno de los principales obstáculos a la consecución de la equidad de género. Y, de otra parte, la conquista de los derechos sexuales y reproductivos, el reconocimiento de nuevas formas de organización familiar, etc. forman parte del abismo que separa al clericalismo de la ética de la igualdad, y desnudan otra obsesión por el control de la sexualidad, la estigmatización de prácticas sexuales y la negación de la libertad de opción sexual. Por eso, el debate sobre la sexualidad y la libertad sexual es un elemento fundamental de la libertad de conciencia. Y, por esa razón, la construcción de una ética civil laica forma parte de los elementos fundamentales de la defensa del derecho a la libertad de opción sexual como una dimensión relevante de la acción de reconocimiento que debe llevar a cabo el Derecho.

Ahora bien, como es sabido, hay diferentes vías de entender y concretar el principio de la laicidad en Europa, diferentes modelos que se configuran en los diferentes países conforme a tradiciones e historias diversas. Todo ello contribuye a ofrecer un panorama ciertamente complejo a la hora de identificar elementos comunes y alcanzar acuerdos sobre los avances prioritarios compartidos entre personas y organizaciones de las diferentes procedencias. En todo caso, parece evidente que está cobrando fuerza una versión a mi juicio preocupante, la denominada “laicidad positiva”, de la que me parece obligado ocuparse.

No ignoro que el error de cierta tradición de la laicidad es confundir el proceso de secularización con la pretensión de desaparición, o, para ser más rigurosos, de absoluta irrelevancia (incluso por la vía del menoscabo) del hecho religioso en el espacio público. Dicho de otra manera, el desprecio, el menoscabo por el hecho religioso y por quienes reivindican su importan-

cia y reclaman su reconocimiento como parte de lo que suele denominarse su dignidad<sup>86</sup>. Así parece entenderlo Habermas cuando, en la entrevista con Mendieta de la que me he hecho eco, tras recordar que la secularización del poder del Estado es el núcleo duro del proceso de modernización del Estado, entendido como un decisivo logro liberal que no debería perderse en la disputa entre las religiones del mundo, apunta que el proceso de secularización de la sociedad civil y muy en concreto la progresiva desintegración de la piedad popular tradicional es un fenómeno que “ha dado origen a dos formas modernas de conciencia religiosa. Por un lado, un fundamentalismo que o se aparta del mundo moderno o se vuelve hacia él de una forma agresiva; por otro, una fe reflexiva que se relaciona con otras religiones y que respeta las conclusiones falibles de las ciencias institucionalizadas, así como los derechos humanos”. En todo caso, Habermas concede que contra lo que se presentó como un proceso lineal de progresiva irrelevancia del hecho religioso, constatamos la persistencia de grupos religiosos cuyas tradiciones siguen siendo relevantes, aunque las sociedades mismas estén en gran parte secularizadas.

En ese sentido, si que creo que merece la pena tener en cuenta un movimiento interesante de revisión de la laicidad que nos propone hablar de un modelo “inclusivo” de laicidad, que partiría de superar lo que podríamos llamar <enfermedad o fase infantil del laicismo>. En mi opinión, esa tesis debe matizarse porque esa fase, caracterizada por la pretensión de *ecraser l'infame*, de erradicar no sólo esa ilegítima interferencia en lo que es la noción de autonomía del demos, sino su presencia social, es perfectamente comprensible como reacción frente al insoportable e indebido peso de ciertas iglesias en la vida pública. Pero si considero relevante que esta reformulación de la laicidad es, entre otras razones, porque, como enseñara con rigor Emile Durkheim en *Las formas elementales de la vida religiosa*, esa pretensión es un error desde el punto de vista de la comprensión de los procesos sociales.

Me parece que puede convenirse que la laicidad como principio de gestión de la libertad de conciencia, pensamiento y religiosa en las sociedades de la diversidad profunda, está reñida con el menoscabo, con la ignorancia o, para ser más claro, con la voluntad de ignorar

<sup>86</sup>En este proyecto de investigación es asimismo capital el esclarecimiento de la vinculación entre los conceptos de dignidad y de acción de reconocimiento o, en sentido negativo, de menoscabo.

el carácter relevante del hecho religioso como constitutivo de nuestras sociedades. Pero, en todo caso, convengamos también en aceptar que la laicidad no puede ser una apuesta asimétrica, pues se desvirtúa entonces el principio indisociable de *igualdad* del que emana y al que está asociada la apuesta laica. Aceptemos, pues, que hoy la laicidad no se puede reducir a la separación de las iglesias y el Estado. Por esa razón, como se ha insistido, en la reflexión de conjunto se hace necesaria una visión más vinculada a las organizaciones y a los activistas sociales, una perspectiva que, sin abandonar el marco y las ambiciones teóricas, se encuentre más cerca de lo que podríamos denominar la acción social<sup>87</sup>.

La laicidad “inclusiva” sería consecuencia de la constatación de que no sólo no se ha eliminado el hecho religioso de la vida pública, sino que se mantiene e incluso se incrementa el papel social del mismo. Para esta concepción “abierta”, “inclusiva” de la laicidad, la necesaria separación entre las instituciones públicas y las confesiones religiosas no comporta dejar de reconocer la contribución positiva del hecho religioso a la cohesión social y a la obtención de aquello que suele definirse como una *sociedad decente*, es decir, a la creación y difusión de valores sociales compartidos, que arrancarían del diálogo en el reconocimiento de la alteridad y por tanto contribuirían al civismo.

Sin embargo, creo que tras esa concepción que sostiene que es posible integrar el conjunto de creencias y visiones del mundo (y tradiciones) que concurren en nuestras sociedades, hay, a mi modo de ver, un riesgo importante. El de reducir esas creencias y ese diálogo a las confesiones religiosas institucionalizadas, con exclusión no sólo de las que no lo están, sino sobre todo de las que sostienen posiciones agnósticas o ateas, o, simplemente, de la tradición del librepensamiento. Eso se advierte, a mi juicio, cuando en propuestas como las del diálogo de civilizaciones o de valores, se entiende que el diálogo interreligioso (entendido en el sentido de multiconfesional) es la clave, con exclusión, las más de las veces por omisión, del diálogo con quienes sostienen que la condición para el progreso y la cohesión es precisamente la lucha contra el fundamentalismo, la ignorancia y el prejuicio que están detrás de la mayoría de los mensajes de las confesiones religiosas. Aún peor es el riesgo de que inmediatamente se acepte extraer como corolario que los poderes públicos deben colaborar, sostener e incluso promover a las confesiones religiosas y a sus instituciones, como exigencia derivada del reconocimiento de su positiva contribución social.

Por otra parte, la gestión de la inmigración y de la pluralidad religiosa que se acentúa con su llegada y asentamiento, obliga a una apuesta clara por la abolición de los privilegios a las confesiones religiosas tradicionalmente mayoritarias, si lo que se pretende es una apuesta por la inclusión de nuevos ciudadanos y ciudadanas en igualdad con el conjunto de la ciudadanía. La incorporación de nueva ciudadanía procedente de la inmigración -con otras costumbres y otras creencias-obliga a poner en cuestión no pocas de las formas de organización y de las prácti-

<sup>87</sup>Que no pierda de vista cómo se produce la aportación de las organizaciones cívicas y sociales a la construcción de esa ética civil y, en consecuencia, a la conquista de una sociedad laica.

ticas institucionales establecidas en los países receptores. Así sucede también en el caso de España. No por *nuestras*, esas prácticas sociales, esas tradiciones e incluso normas son menos incompatibles con una política de laicidad.

Si el espacio público es el lugar de encuentro de toda la ciudadanía en igualdad, para que esa igualdad sea real, para asentar las bases que impidan el fenómeno de la *sociedad del menosprecio*, mi tesis es que las prácticas religiosas y el trato a las confesiones debe pasar por la estricta neutralidad del Estado. Dicho de otra manera, un espacio público en el que no sólo se respeten todas las opciones de conciencia –religiosas o no– sino en el que, además, ninguna tenga privilegio alguno respecto a las demás, garantizando la neutralidad del Estado ante las opciones de conciencia de su ciudadanía. No encuentro razón para que el Estado se deba implicar en un reconocimiento positivo del hecho religioso tout court, como hoy se pretende desde posiciones multiconfesionales, y menos aún para apoyar exigencias desde las diferentes iglesias u organizaciones religiosas que claman por privilegios económicos, jurídicos, fiscales. Eso no significa, desde luego, que el Estado deba adoptar una posición antirreligiosa, que se deba prohibir toda manifestación del fenómeno religioso que rebase la estricta intimidad, porque esa toma de posición es incompatible con la neutralidad. Tampoco veo razón para apoyar desde el Estado a quienes sostienen que la religión es superstición y prejuicio, fuente de ignorancia y de dominación ilegitima, *opio del pueblo*. El hecho religioso,

en sus importantes manifestaciones plurales, existe como una constante social y desempeña funciones sociales que no podemos ignorar. Ahí donde esas funciones son incompatibles con valores y principios de legitimidad democrática, la obligación de los poderes públicos es hacerles frente. Pero no por espíritu contrario a la religión (cuálquiera que sea), sino en defensa del Estado de Derecho y de la democracia. Y cuando esas funciones son positivas, el Estado debe reconocerlas y garantizar que esas actividades no sean interferidas.

De otra manera, estaríamos reclamando a la nueva ciudadanía un compromiso con la laicidad que no se practica desde la posición que ocupan las religiones mayoritarias de las sociedades de acogida, lo que ineludiblemente supone el riesgo de estrategias sociales de estratificación, de fragmentación del reconocimiento.

#### **4. La estrategia del menosprecio. Una categoría imprescindible para entender la lucha por la democracia y los derechos**

A lo largo de los apartados anteriores he recurrido a la dialéctica o, para ser más exactos, a la dialógica del reconocimiento, tal y como ha sido trazada por Charles Taylor y Axel Honneth y en particular desarrollada por este último en diálogo crítico con el propio Taylor y con Fraser.

Quizá conviene explicar por qué recurro a esas fuentes y a ese modelo explicativo de la *patología social del menosprecio*<sup>88</sup> que encuentra su terreno abonado en lo que, desde Wagner<sup>89</sup>, denominamos “modernidad liberal restringida”. Me refiero al modelo social que excluye del ámbito de la política, como sujetos de pleno derecho, a grupos sociales como las mujeres, los obreros, los inmigrantes, los “nuevos pobres”, a quienes, además, sólo se admite en la esfera social bajo relaciones unilaterales de dominación. Emblema de esa modernidad liberal restringida es el juego de centro y periferia, que, como ha explicado Castel, ofrece una especie de condensado de la cuestión racial y de la cuestión social, lo que en Francia se ha expresado con la fórmula *les indigénés de la République*<sup>90</sup>, para referirse a la condición de los habitantes de la periferia, que consistiría un estatuto de segregación o disgregación social unido a la discriminación y la dominación, que se reúnen en la categoría del menosprecio. En el bien entendido de que centro y periferia se pueden predicar

<sup>88</sup>Sin ignorar que es posible encontrar otros precedentes, pocos como Dostoevski (salvo quizás el Dickens de Tiempos difíciles y Oliver Twist) han sabido mostrar en qué consiste esa patología del menosprecio. Me refiero, claro está, a su magistral, *Humillados y ofendidos* (Униженные и оскорблённые, *Unizheniye i oskorblenniye*), que vió la luz en 1861. Las figuras contrapuestas del príncipe Valkovski o Madame Boubnova, frente a Natasha o Vania son extremadamente elocuentes de la dialéctica del menosprecio.

<sup>89</sup>Sociología de la modernidad: libertad y disciplina, Herder, 1997. Es también Castel quien evoca le viejo *dictum* de Braudel que, en su estudio de la dinámica del capitalismo, ya en 1988, había dejado escrito que en esos barrios, “la vie des hommes évoque souvent le Purgatoire ou même l’Enfer”.

<sup>90</sup>Castel, 2007, pp. 116-118.

<sup>91</sup>Es también Castel quien recoge (2007: 126) el texto de una canción Rap con el título Indigénés, incluida en un CD de título *Ecoute la rue, Marianne*: “donc brûlons, brûlons la République/Jusqu'à ce qu'elle pleure/car nous pleurons vraiment/des larmes de sang/des larmes de plomb.

<sup>92</sup>Me parece útil en ese sentido el esfuerzo de justificación argumentativa de esa respuesta realizado por G Bello en su *Emigración y ética. Humanizar y deshumanizar*, Plaza y Janés, 2010.

<sup>93</sup>Quizá el primer texto en el que formula la tesis sea su "Die Soziale Dynamik der Missachtung. Zur Ortbestimmung einer kritischen Gesellschaftstheorie" (1994), aunque haya siempre que referirse a su trabajo seminal *Kampf um Annerrkennung* (1992), traducida al castellano como *La lucha por el reconocimiento. La gramática moral de los conflictos sociales*. Hay que remitir asimismo a "Unsichtbarkeit: zur Epistemologie von Annerrkennung" (2003). Ambos dos trabajos, junto con otros textos de Honneth, han sido recopilados en la edición de Olivier Voirol (2006; 2008), publicada con el título *La société de mépris. Vers une nouvelle théorie critique*, que sólo existe en francés. Más recientemente, *Patologías de la razón. Historia y actualidad de la teoría crítica*, Buenos Aires, Katz, 2009 y el ya referido *Reconocimiento y menoscenso. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social* (con una entrevista de Daniel Gamper), Buenos Aires, Katz, 2010.

<sup>94</sup>El término original empleado por Honneth es *Missachtung*, que es el que traducimos por menoscenso y a su vez es distinto de *Verachtung*; equivalente a desprecio. *Verachtung* (pero también *Missachtung*) sería opuesto a la noción kantiana de respeto, *Achtung*. Sus equivalentes en castellano menoscenso (distinto de desprecio), en inglés *comtempt*, en árabe رأي تجاه , en francés *mépris*, en catalán *menyspreu*.

<sup>95</sup>De Taylor puede leerse en la relación más directa con el objetivo de estas páginas su *Acerca las soledades. Ensayos sobre Federalismo y Nacionalismo en Canadá*, Bilbao, Gakoa, 201.

<sup>96</sup>La obra básica de Lévinas en la que encuentra complemento para estas bases es su *Entre nous. Essais sur le penser à-l'autre*, París, Grasset, 1991, lo que no excluye otras fuentes. Por ofrecer ejemplos, los estudios sobre los procesos de exclusión que en la sociología contemporánea ofrecen Robert Castel, Etienne Balibar, Gérard Mauger, o, de otra parte, Ulrich Beck y Zygmunt Baumann.

<sup>97</sup>Vid. S.Weil, *L'Enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, París, Gallimard, 1949.

no sólo en la dimensión más propia, la de la globalidad, sino también en el interior de los propios países del centro, para dar lugar a lo que se conviene en denominar el <cuarto mundo>.

Como ya adelanté desde el principio, a mi juicio esta es una noción capital para construir la gramática jurídica y política que necesitamos, una que nos permita afrontar los desafíos universales (al menos globales) que centrarán el debate social, ético, jurídico y político, del siglo XXI, que no pueden ni deben plantearse en clave estatal nacional. Los desafíos de la inmigración hoy, por volver a nuestro tema, no se pueden ni explicar ni afrontar en los términos en los que los sigue pretendiendo hacer esa lógica jurídopolítica del Estado nación: no es un problema de nosotros los ciudadanos frente a ellos, los extranjeros inmigrantes. Como ya he intentado subrayar, los desafíos de la inmigración exigen sin duda una respuesta ético-jurídica de carácter universalista<sup>92</sup>. Pero, lo que aún me interesa más, son radicalmente políticos, en la medida en que ponen de manifiesto que no podemos seguir insistiendo en la <respuesta nacional> a las preguntas de quién tiene derecho a estar y a pertenecer, a intervenir en el espacio público y en la toma de decisiones, en un mundo que se mueve más que nunca, que está en permanente desplazamiento. Y lo interesante es que si hay una sociedad que estaría en condiciones de abordar mejor los instrumentos para esa superación esa es la europea y si hay una entidad política que pudiera organizar esas respuestas esa es, debiera ser, la Unión Europea.

Pues bien, como es sabido, la noción de "sociedad del menoscenso", que a mi modo de ver es un riesgo, un virus de alcance global, tomada en un sentido amplio, no constituye en sí una novedad. En su formulación más reciente y precisa, es una categoría propuesta por Axel Honneth<sup>93</sup>, el filósofo alemán que dirige hoy el *Institut für Sozialforschung de Frankfurt*. La noción de menoscenso<sup>94</sup> como categoría dialéctica del reconocimiento, es contextualizada como la respuesta, la patología social propia del modelo de capitalismo global, que entraña una forma de trato discriminatorio y de dominación para una parte de la población.

Es sobre esa construcción, completada por la teoría del reconocimiento avanzada desde bases hegelianas por Taylor<sup>95</sup> y corregida e integrada en buena medida con algunos elementos que proceden de la reflexión sobre la alteridad propia de Emmanuel Lévinas<sup>96</sup>, en los que se inspira en buena medida el enfoque que propongo en estas páginas. He añadido a esa caracterización otro elemento, el del *desarraigo*, que tomo de la filósofa Simone Weil, a mi juicio una de las cumbres del pensamiento contemporáneo, por desgracia escasamente atendida pese a algunas notables excepciones, como recogeré en su momento. La obra probablemente capital de Simone Weil es precisamente *L'Enracinement*, traducida al castellano como *Echar raíces*<sup>97</sup>, y constituye quizás el esfuerzo más penetrante por proporcionar un análisis que desentrañe el *arraigo* como una categoría no vinculada exclusivamente a la *angustia existencial*, sino a la condición misma del ser humano. Pero no en abstracto, sino

del ser humano definido por su relación con el trabajo que, para la inmensa mayoría de la humanidad, es precisamente un factor de deshumanización, tal y como pone de manifiesto en buena parte de su obra, largamente vinculada a una experiencia real de la *condición obrera*.

Recordaré que el objetivo de la obra de Honneth, a partir de su muy conocido ensayo *La lucha por el reconocimiento* (1992), es revitalizar la <teoría crítica> por medio de una gramática moral y política de los conflictos sociales, basada en la teoría del reconocimiento recíproco. Este objetivo, próximo a los análisis de Ch. Taylor y G. H. Mead, se asienta en la afirmación de Fichte sobre la autoconciencia como fenómeno social (<el hombre sólo es hombre entre los hombres><sup>98</sup>), más que en Hegel o incluso Aristóteles, de quienes indudablemente es heredera también esa categoría filosófica.

La premisa capital de su trabajo es que el proyecto de realización personal (de emancipación, diríamos) depende de nuestra capacidad de conocer y construir una relación de reconocimiento con el mundo, con los otros, con uno mismo. Por eso, señala tres esferas de ese reconocimiento: la del amor/amistad, la jurídico política y la social-cultural, indispensables para la adquisición de la autoestima, del respeto por uno mismo, del reconocimiento del propio valor. Aunque sin duda la más relevante es la primera, no podemos ocuparnos de ella aquí, sino de las otras dos.

Más concretamente, la necesidad de la dimensión jurídico política (la más pertinente a la hora del examen que me propongo presentar) reside en que no puede haber conciencia de la propia autonomía (y dignidad) si el individuo no es reconocido como “un sujeto universal, titular de derechos y deberes”. Pero es preciso reconocer que esta segunda esfera del reconocimiento es indispensable, aunque insuficiente. Porque sin la tercera, la del reconocimiento sociocultural, la de la estima de los valores y

capacidades que derivan de la identidad cultural, no es posible construir la autoestima.

En todo caso, Honneth advierte que la evolución del capitalismo moderno (tal y como lo había anticipado MacPherson en su examen de la “teoría política del individualismo pose-sivo) se orienta en una dirección que impide esa relación de respeto y reconocimiento, e impone una *patología social*, una sociedad del desprecio y de la exclusión. Su tesis es que el capitalismo neoliberal ha llevado al extremo la concepción de la sociedad como una agregación (“colección”) de individuos motivados por el cálculo racional de sus intereses y la voluntad de construirse un lugar en la lucha por afirmar ese propio interés. Precisamente por eso, esa concepción del mundo es incapaz de dar cuenta e incluso de entender los conflictos que derivan de las expectativas morales insatisfechas y que, por el contrario, Honneth considera que constituyen el núcleo de lo social. Por tanto, las perspectivas de emancipación, de *vida buena*, pasan por la lucha contra los dispositivos sociales, ideológicos, políticos, que generan el olvido del reconocimiento.

Recientemente<sup>99</sup>, Honneth ha vuelto a insistir en la importancia de las exigencias de reconocimiento y en el marco normativo que debe asegurar su satisfacción, como pistas para reconstruir ese modelo, en el marco del debate sobre el *modelo social europeo* que, según parece, los europeos no tenemos claro cómo ni hacia dónde reconducir. Pero el suyo está lejos de ser el tan denostado como fobótico discurso multiculturalista, el de la reivindicación de diferencias culturales en términos esencialistas, de derechos de diversidad anclados en identidades formuladas como categorías holistas y estáticas, de las que el individuo no puede escapar.

A mi entender, lo más interesante del análisis de Honneth es su sugerencia sobre cuál es el motor de esta demanda de reconocimiento que, en algunos casos, alcanza una expresión colectiva cercana a la angustia, si no a la desesperación, tal y como parece extenderse hoy en no pocos países de la UE. En efecto, la clave de la lucha por el reconocimiento sería el acceso y la garantía universal –es decir, *igual*, que no mecánica, uniforme- respecto a los derechos sociales. Una receta nada popular hoy, sobre todo entre buena parte de quienes se autocalifican de reformadores sociales al soaire de la

<sup>98</sup>Un principio clave de filosofía práctica que enuncia en su *Grundlagen des Naturechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (*Fundamento del Derecho natural*) publicado entre 1796 y 1797 y que había avanzado en dos cartas escritas en agosto de 1795, dirigidas a Reinholt y a Jacobi.

<sup>99</sup>Cfr. La entrevista realizada por Alexandra Laignel-Lavastine para *Philosophie Magazine*, nº , 2008. Más recientemente, la entrevista de Daniel Gamper a Honneth en la edición castellana de *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social*, Katz, Buenos Aires, 2010.

crisis (las reformas sociales “necesarias” o “inevitables”) y que, en realidad, están llevando a cabo todo lo contrario. Porque sus iniciativas no se traducen en otra forma de garantizar esos derechos (al menos la que permitirían “las actuales circunstancias”, vulgo la crisis, en línea con la conocida argumentación que se resume en el exabrupto TINA –*there is not alternative*–, santo y seña del capitalismo financiero que nos gobierna), sino más bien en un apuntalamiento de las reglas del mercado que se trataba de reformar. Y es que difícilmente pueden aspirar a ese modesto título de *reformadores sociales* (“refundar el capitalismo” pretendía el siempre hueco pero efectista Sarkozy) quienes sucesivamente han perdido –o, peor, se han rendido sin condiciones– en las dos grandes batallas recientes por la gobernanza de los mercados, en el 2008 y en el 2010. Lejos de ello, como ha explicado por ejemplo Gil Calvo, consolidan el modelo liberal capitalista.

Quizá la reflexión más clarividente –e incluso profética– sobre ese fenómeno sigue siendo, como adelanté, la que ofreció a mitad de siglo pasado la filósofa y ensayista Simone Weil<sup>100</sup>, quien en su estudio sobre la Iliada (“La iliada o el poema de la fuerza”) había adoptado como propio el lema extraído del diálogo entre Príamo y Aquiles, “aprender a no admirar nunca la fuerza, a no odiar a los enemigos y a no despreciar a los desgraciados”. Por eso, el proyecto de Weil en *L'enracinement* es contribuir a una nueva política, basada en las necesidades más profundas del ser humano y no tanto en instituciones jurídico-políticas. Una política que tuviera en cuenta sobre todo las obligaciones para con los otros, que es para Weil el punto de partida de toda comprensión de la noción de derechos. Una aspiración tan admirable como exigente y que hoy parece desmentida por la lógica que impera en el espacio público, por la contaminación producida por el discurso del mercado, que produce, más que nunca, *desarraigo*, como veremos después. Esto es, a mi juicio, particularmente importante hoy cuando tenemos a las puertas, si no ya instalada entre nosotros, la *sociedad del menosprecio y del desarraigo*: una sociedad en la que los valores, normas, instituciones y prácticas sociales sostienen institucionalmente la exclusión del *reconocimiento*<sup>101</sup> respecto a una parte de la población, los grupos hoy más vulnerables, aquellos por tanto necesitados de mayor tutela.

<sup>100</sup>Cfr. Por ejemplo el estudio introductorio de Emilia Bea, una de las mejores conocedoras de su obra, a la edición de S Weil, *La conciencia del dolor y de la belleza*, Trotta, Madrid, 2010. Anteriormente, además del primer trabajo de la profesora Bea, S Weil, *la memoria de los oprimidos*, puede consultarse su artículo “Simone Weil. Filosofía del trabajo y del arraigo”, El Ciervo, nº 585, 1999, pp. 17-19.

<sup>101</sup>Insisto en subrayar que tomo esa noción en su sentido fuerte, el que, con raíces en la dialéctica hegeliana de la *Anerkennung*, ha sido desarrollado sobre todo por Charles Taylor y el propio Axel Honneth, y que se vincula al concepto kantiano de respeto y a la igualdad.

Hablo por ejemplo de los parados mayores de 40 años, los niños, los jóvenes a la búsqueda del primer empleo, los discapacitados, los jubilados, los refugiados, los inmigrantes (y en particular las mujeres inmigrantes y los menores inmigrantes no acompañados). La extensión de esa *sociedad del menosprecio y del desarraigo* es un proyecto incompatible no sólo con el de universalización de los derechos, sino incluso, como trataré de mostrar, con las exigencias del Estado de Derecho. En todo caso, no se trata de una amenaza hipotética, sino, insisto, de un riesgo que ya podemos constatar a propósito de los efectos de las políticas migratorias en la Unión Europea en materia de derechos humanos y aun más concretamente en los derechos

económicos, sociales y culturales de los inmigrantes. Porque, por más que se insista en la retórica de la integración, entendida de forma sectorial y *pro domo sua* (del beneficio del mercado de acogida), no hay integración posible sin igualdad en los derechos.

Por supuesto, no me refiero a que exista una opción deliberadamente torticera que apueste por esa *patología social*. Se trata más bien de las consecuencias inevitables de las decisiones que apuestan por opciones que toman como postulados las tesis de un cierto modelo de economía de mercado. Son esas tesis las que acaban imponiendo esa sociedad del *menosprecio*, en la que –repite– los valores, normas, instituciones y prácticas sociales afirman la exclusión del *reconocimiento* de una parte de la población, esos sujetos que Zygmunt Baumann<sup>102</sup> ha calificado de parias de la modernidad, construidos en realidad como infrasujetos por su condición (dictada por el mercado) de superfluos, de sustituibles, si no abiertamente desecharables, como lo son por definición los objetos de consumo que produce/impone ese mercado, que ha creado una era de *incertidumbre* y miedo,

caracterizada por el sociólogo alemán como la era líquida. Dicho de otro modo, me refiero a sujetos en los que se verifica el proceso de *cosificación*<sup>103</sup>, de negación de otro como sujeto autónomo y de igual dignidad, en una nueva vuelta de tuerca de la historia que nos retrotrae a otro modelo de aparente belleza y prosperidad, el de la democracia ateniense, construida sobre la institucionalización de la exclusión<sup>104</sup>.

Ese proceso de reificación es una forma de alienación a la que conduce el olvido del reconocimiento. Lo que hace Honneth es reformular ese concepto, que Marx acuñó en el primer capítulo de *El Capital* y que desarrollaron entre otros Lukacs, Althusser, Adorno o Marcuse. La reificación, subraya Honneth, está en el centro de las patologías de lo social que son el resultado del capitalismo neoliberal. Es la reducción a la condición de cosas de realidades que en sí no lo son: los demás seres humanos son tratados de forma meramente instrumental, como objetos, pero también nuestras propias capacidades personales sólo cuentan como valor económico. Honneth ilustra su análisis con ejemplos cotidianos de autorreificación, como la forma en que construimos los currícula para las entrevistas de trabajo, o la búsqueda de pareja en internet, síntomas de esa patología social.

Quizá convenga recordar que este proceso es una derivación de la racionalidad individualista y economicista, de las consecuencias que nacen del imperio de una razón instrumental (recupero viejas nociones que algunos dan por enterradas), de una lógica económica que coloniza el orden normativo. Y son consecuencias que se acrecientan en un contexto social, el de la globalización tecnoeconómica al dictado de la especulación financiera<sup>105</sup>.

Todo ello es más visible hoy, en esta situación de crisis y sobre todo cuando las recetas únicas frente a esa crisis parecen imponernos sin alternativa la renuncia al Estado social y a buena parte de los bienes jurídicos por los que se luchó por generaciones para conseguir su positivación como derechos. En efecto, esta *cirugía social de hierro* se nos impone en términos apodicticos, de forma que envía también el mensaje de que sólo los ignorantes o los *trasnochados progresistas* podrían objetar esta cura tan dolorosa como necesaria. Para salvar lo imprescindible, se nos repite una vez más que son precisas renuncias, puesto que hemos vi-

<sup>102</sup>Cfr su *Wasted Lives. Modernity and its Outcasts*. Cambridge 2004, traducida al español como *Vidas desperdiciadas*. La modernidad y sus parias, el trabajo en el que Baumann muestra cómo el proceso de globalización que inicia la modernidad ha dado lugar a un número cada vez más elevado de seres humanos que se encuentran privados de medios adecuados de subsistencia, y a la vez el planeta se está quedando sin lugares donde ubicarlos. De ahí la incertidumbres y los temores acerca de los «inmigrantes» y los que piden «asilo», y la importancia cada vez mayor en el discurso y en la agenda política del argumento del miedo, de la inseguridad. Cfr asimismo, *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*. Cambridge 2006

<sup>103</sup>Tal y como lo propone Honneth en su libro *Verdinglichung* (2005), sobre todo en el capítulo VI, relativo a las fuentes sociales de la cosificación.

<sup>104</sup>Es lo que he denominado en algunos trabajos el «síndrome de Atenas». Cfr. Por ejemplo, de Lucas, *Globalización e identidades. Claves jurídicas y políticas*, Barcelona, Icaria, 2006.

<sup>105</sup>Anticipado por cierto en los versos de un poema que Eugene Pottier, el autor de *La Internacional*, envió desde su exilio en Nueva York a sus antiguos compañeros de la Comuna y en el que adelanta los efectos devastadores de ese tipo de mercado globalizado: se trata de su *Laissez faire, laissez passer (L'Economie Politique)*”, fechado el 20 de junio de 1880. Pottier fue autor de otros poemas y canciones revolucionarias como *Le grand Krack, En avant la classe ouvrière, Droits et devoirs, La Sainte Trinité, La guerre, Leur Bon Dieu*. El texto del poema mencionado puede encontrarse en la antología de ediciones Dentu. Pottier, evidentemente, no utiliza ese concepto, pero sí se refiere a la constante del proceso de extensión del capitalismo y del mercado, un proceso que no está guiado por la libertad de circulación -condición de la libertad de flujos (necesaria, pero no suficiente)-, sino por el prurito de conseguir la libertad para manejarlos, para situarlos en órbita en aras de la optimización del beneficio de quienes dictan las reglas de ese mercado

vido <por encima de nuestras posibilidades>. Pero frente a esos *ukase*, cabe preguntar: quiénes han vivido por encima de sus posibilidades? Y en qué se concreta ese exceso? Acaso los derechos son plusvalías indebidas y por tanto, excesos a recortar?

A mi entender, este escenario de propuestas políticas se centran en repetirnos –al menos, *obiter dicta-* el carácter, en el mejor de los casos *ingenuo*, cuando no lisa y llanamente *irresponsable*, del ideal regulativo de universalización de los derechos y en particular de los económicos, sociales y culturales. Y todo ello muestra a las claras el rumbo de colisión entre la lógica de los derechos y las leyes del mercado global, tal y como las presenta ese “fundamentalismo de mercado” (Stiglitz dixit) que ha hecho posible la versión del *capitalismo de casino* que nos ha llevado a la crisis financiera primero, económica después y hoy social y política.

Por eso apuntaba antes que el resultado al que parecemos abocados casi inevitablemente, es el del asentamiento de esa *sociedad del menoscabo*, en la que la taxonomía social reproduce un sistema de estratificación basado en el precio: tanto vales, tantos derechos recibes. O, peor: una sociedad en la que se garantiza un núcleo mínimo de derechos con carácter universal, pero el resto de los antiguos derechos (insisto, económicos, sociales y culturales) pasan a ser opciones –desiderata- que cada uno podrá intentar asegurar en el libre juego del mercado. Y para una buena parte de la población -los excluidos de ese libre juego- ni siquiera constituirán expectativas razonables, sino privilegios inalcanzables. Por si fuera poco, sobre los excluidos caerá el estigma social del menoscabo: perdedores, *incapaces* e incluso *parásitos*. El virus del desprecio se extiende, como analizara Roth en su novela *La mancha humana* y repercute doblemente, pues no sólo produce exclusión social, sino que causa en los propios sujetos despreciados otra patología, la del autodesprecio.

Y en cierto sentido, como trataré de concretar en el último apartado, todo ello exige una noción de justicia social compleja como ideal regulativo, algo que, a mi entender, ha formulado Fraser en diálogo en buena medida con Honneth. Como es sabido, la aportación de Nancy Fraser pretende corregir y completar la teoría liberal de la democracia a través de la crítica feminista del Derecho y del Estado, en la estela de la teoría crítica y en coincidencia en no pocos de sus argumentos con la posición de Sheila Benhabib, de la que se separa sobre todo por una aproximación pragmática que toma en consideración como base la noción de *status social*, una noción que reúne de un lado la tradición marxista respecto a la alienación y explotación y de otro la aportación del feminismo crítico respecto a la subordinación/dominación de género. Pero es sobre todo en el debate con Honneth que se plasmó en una obra especialmente sugestiva como punto de partida de su trabajo posterior<sup>106</sup> como formuló el objetivo de ofrecer una noción compleja de justicia que reúna la dimensión clásica de redistribución, con la de reconocimiento y con la necesidad de revisar el principio de representación y participación en el ámbito que podríamos denominar político-institucional.

<sup>106</sup>Cfr. Fraser-Honneth, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange* 2003. Hay trad castellana, ¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico, Madrid, Ediciones Morata / A Coruña, Paideia, 2006.

#### **4.1. De la indiferencia al menosprecio (y el odio) : la estrategia negativa frente al reconocimiento**

A la hora de delimitar la acción de reconocimiento, esto es, cómo ofrecer garantías, como superar los obstáculos, las estrategias de no reconocimiento, lo más interesante, como siempre siguiendo a Spinoza de un lado y a JS Mill de otro, es atender a la vía negativa: la noción de daño.

Tomaré como punto de partida los argumentos de Honneth, Lévinas y Weil para tratar de proponer precisamente que esta categoría, la sociedad del menosprecio, constituye hoy una amenaza o, si se prefiere, un riesgo real.

Me refiero a la verosimilitud de la hipótesis que afirma que existe un riesgo de que estemos construyendo las condiciones y aun los elementos que hagan efectivo ese modelo de la dialéctica del reconocimiento que institucionaliza el desprecio o, para ser fidedignos a la tesis de Honneth, el menosprecio como forma de trato para una parte de la población.

En particular, trataré de argumentar que ese *mejante prejuicio* que adquiere una dimensión generalizada como proceso social definitorio de nuestra situación, subyace y aflora muy visiblemente en el carácter insuficiente de nuestra respuesta frente a los retos de la inmigración y, aún más concretamente, frente a la exigencia de reconocimiento y garantía de los derechos de los inmigrantes. Incluso se puede sostener que determina esa respuesta. Y es que ese ámbito, el de las políticas de migración, es acaso el test más útil entre los que permiten acreditar la verosimilitud del riesgo.

Pero además, si hablo de una amenaza real y preocupante es sobre todo porque, en caso de consolidarse el riesgo, desbordaría ese campo de los *otros* que creemos poder acotar, para extender su contaminación a dos tipos de exigencias sin las que la democracia no puede sobrevivir, y de esa forma acabaría por afectarnos a *nosotros, a todos*. Es así porque la extensión

de la sociedad del menosprecio, como trataré de argumentar, significaría en primer lugar el abandono de las condiciones que hacen posible<sup>108</sup> un proyecto de universalización de los derechos, en particular de los derechos económicos, sociales y culturales. Y debo recordar que éstos, lejos de constituir una categoría espúrea en el universo de los derechos -como pretende el pensamiento reaccionario-, son exigencias irrenunciables de ese proyecto de universalización que es condición de la legitimidad democrática. Pero aún más, como asimismo intentaré razonar, en segundo término, la sociedad del menosprecio no puede dejar de dañar a algunos de los principios y normas básicas del propio Estado de Derecho y de la democracia.

Ya he avanzado en la introducción que mi propuesta se inspira en el análisis de Honneth, aunque reinterpretado con arreglo a las otras fuentes que también señalé más arriba.

Como se recordará, siguiendo a Ernst Bloch, Honneth sostiene que la completa integridad del hombre, su dignidad, sólo se alcanza estableciendo una adecuada protección ante los distintos modos de ofensa y de desprecio personal. Eso significa -a la inversa- que la integridad de la persona humana depende constitutivamente de la experiencia de reconocimiento intersubjetivo.

Pues bien, si Honneth estudia esa conexión entre desprecio e integridad humana, premisa propia de una teoría normativa del reconocimiento recíproco (que Bloch sugirió, pero no desarrolló), es precisamente para poder introducir lo que creo que podría definirse como una *tesis fuerte de sociología moral*: se trata de que la experiencia del desprecio personal puede convertirse en un impulso moral decisivo en el proceso de desarrollo de la sociedad, porque el progreso moral es el resultado de la lucha por el reconocimiento, que a su vez es el motor de la lucha por los derechos y por el Derecho. Un proceso que, como supo explicar Ihering, es la clave de comprensión de lo jurídico o, si se prefiere, mejor, de cuanto de más noble pueda tener el Derecho, algo que Ferrajoli ha resumido en una fórmula, <la ley del más débil>, que no puede dejar de evocar uno de los más conocidos argumentos de Camus. Sin perjuicio de volver sobre ello, me permito ahora subrayar que, frente a las críticas que ha recibido la propuesta de Ferrajoli, creo que su tesis está tan lejos del paternalismo *buenista*, como de

<sup>107</sup>El término original empleado por Honneth es *Missachtung*, que es el que traducimos por *menosprecio* y a su vez es distinto de *Verachtung*, equivalente a *desprecio*. *Verachtung* (pero también *Missachtung*) sería opuesto a la noción kantiana de respeto, *Achtung*. Sus equivalentes en castellano *menosprecio* (distinto de *desprecio*), en inglés *comtempt*, en árabe رأّى, en francés *mépris*, en catalán *menyspreu*.

<sup>108</sup>Aunque no lo aseguren: son condición necesaria, pero no suficiente. Por eso hacen posible el proyecto de universalización, pero no necesariamente viable, si, menos aún, lo garantizan.

la ingenuidad torpemente descalificada como utópica. En mi opinión, la suya es una propuesta fuerte, puesto que se asienta en una sólida crítica a un modelo y a una cultura jurídica incoherente con las exigencias del Estado de Derecho. Y añade propuestas que permiten recuperar y expandir esa lógica en el ámbito del reconocimiento y garantía de los derechos.

#### **4.2. Menosprecio, Indignación, fractura política**

Si me parece particularmente idónea la categoría de menosprecio es porque resulta a mi juicio totalmente adecuada para entender hasta qué punto la crisis económica que nos afecta casi de forma global es mucho más, una crisis social y política. Es una crisis que toca el nervio mismo del vínculo social y del sistema político, pues se traduce en una distancia, un escepticismo, una desconfianza generalizada de los ciudadanos respecto a los partidos tradicionales e incluso en cierta medida respecto al modelo institucional de la democracia representativa (por ejemplo, el sistema electoral, el mecanismo de control parlamentario, el papel del presidente, etc), aquejadas de tanta caducidad como resistencia al cambio.

La ruptura del equilibrio en ese nervio constitutivo de la democracia que es la tensión entre confianza y desconfianza, no es en absoluto una particularidad francesa, o de las revoluciones árabes, pues la aparición de lo que entre otros Rancière y Rosanvallon dan en llamar la “democracia de rechazo” es hoy un fenómeno común entre las viejas democracias. En realidad, se trata de una hipótesis reformulada al hilo de los disturbios de 2005 en París y en su banlieue, por Beck, Goytisolo, Ramonet, Castel o Mauger, entre otros. Recordemos brevemente los hechos. Después de la tragedia de dos chavales que, huyendo de un control policial, se ocultaron en un transformador eléctrico donde murieron electrocutados. Los barrios periféricos del norte de París, comenzando por Clichy-sous-Bois, donde sucedió la desgracia, Montfermeil, La Courneuve y luego a París, con incendios de tiendas y vehículos, enfrentamientos con la policía (y agresiones a los conductores del RER, quizá el más eficaz sistema de transporte público del que se disfruta en París). Lo más interesante es que esos disturbios pusieron ante los ojos del mundo una vez más la existencia de zonas de no-Derecho, territorios donde el Estado no existe o es impotente, algo que creímos propio del tercer mundo, pero que acompaña la realidad de nuestro cuarto mundo, aquí en el centro de la Europa rica. Es decir, a veinte minutos de ese centro se podían encontrar *<perspectivas de guerra civil>*, que dijera Enzersberger. Todo ello disparó las hipótesis más reaccionarias del «enemigo a las puertas» que algunos creían descubrir. Las antaño clases peligrosas, hoy identificadas con los inmigrantes residentes en la banlieue, desbordaban su ghetto para inquietar a los franceses de *souche* y dar lugar a lo que se llegó a calificar como auténtico “desafío de Estado”.

Pero lo cierto es que detrás de esas revueltas se encontraba el cóctel que azotaba y aún hoy hace estragos en buena parte

de los *banlieues* y en las periferias urbanas de todo el mundo<sup>109</sup>. altas cotas de paro, fracaso escolar, en medio de un urbanismo degradante, en el que el racismo comienza por la segregación del espacio, todo ello unido a la economía paralela y las más de las veces controlada por organizaciones criminales. El retrato robot de la mayor parte de los detenidos en esos disturbios era demoledor: historias de desintegración familiar, escolar, vecinal, sin horizonte de trabajo o empleo estable, sin futuro. Una tipología cada vez más común, y, sobre todo, que no viene de ayer.

La verdad es que, como denunciaron no pocos alcaldes de localidades vecinas al gran París, lo que se vivió fue en gran medida el fracaso de una política obsesionada con lograr que la delincuencia sea arrojada extramuros y quizá también, combatida allí con todos los medios de mano dura, como representaba el ambicioso discurso del entonces Ministro del interior, N. Sarkozy. Esa política de supuesta firmeza y justicia, con unas gotas de <capitalismo compasivo>, quedó al desnudo por esa crisis. Así no se puede lograr cohesión social, ni justicia y, por tanto, tampoco seguridad. Sin justicia y sin integración no puede haber seguridad, pero además aquéllas son fruto de una condición previa, la igualdad, y eso no se logra sólo a base de mano dura.

Lo grave es que la experiencia reiterada de la falsedad de la retórica de integración, de los vacíos discursos sobre enésimos nuevos planes de dotaciones y servicios en los barrios donde hace más falta (mientras sí que se limpia y se da esplendor una y otra vez a los mismos, que están relucientes a los ojos de todos) no pueden dejar de alimentar la frustración y la rabia de quienes cantarán con la mayor amargura los versos del *Like a Rolling Stone* de Dylan (que, por azar, actuaba esos días en París): *¿cómo sienta sentirse completamente sólo, ser un don nadie, sin saber cómo volver a casa?*

Lo que me interesa de esos sucesos, por tan-

to, es la interpretación que, junto a la dimensión económico-laboral, subrayaba el déficit político –o prepolítico– que estaba en el origen de esas revueltas y que, como trataré de poner de relieve más adelante, subyace asimismo al movimiento de los *indignados* en 2011. Estos acontecimientos serían sobre todo expresión de la denuncia de un estado de dominación, más incluso que de exclusión, que convierte a todo un grupo de sujetos no sólo en infraciudadanos –infrasujetos– sino en sujetos invisibles, cuando no en objetos intercambiables, superfluos, privados de los más elementales niveles de reconocimiento y respeto.

Las revueltas (como el movimiento de *indignados*) expresarían, así, sobre todo “un estado de indignación colectiva” y por eso Mauger por ejemplo las califica como *protopolíticas*. Creo que esa interpretación de Mauger se ajusta mejor a los elementos que definían esa *crisis francesa*. Porque, a mi juicio, los rasgos más importantes que permiten entender el alcance de ese malestar y que, por tanto, habría que analizar a la hora de formular su interpretación, son tres, estrechamente relacionados entre sí:

(1) El traumático proceso de transformación de la “cuestión social”. Un proceso que se produce en un marco de referencia política que, si bien se ha desterritorializado por referencia al Estado como consecuencia de la globalización, se reubica en esos *territorios de la ausencia* que son los barrios periféricos, los *banlieues*. Eso es lo que permite entender a la banlieue como nuevo espacio político o al menos prepolítico, en cuanto escenarios de ese conflicto que puede ser calificado como “migajas de guerra civil”, caracterizadas por la aparición de la “violencia molecular”, por utilizar las expresiones que, como he recordado, propuso hace años H. M. Enzensberger<sup>110</sup>. Creo que, a ese respecto, conviene releer la sintética visión ofrecida por F. Torres<sup>111</sup>, que insiste en la importancia y complejidad de esa dimensión territorial, tal y como se formula en la “politique de la ville”, institucionalizada en Francia a partir de 1991 con la creación del Ministerio de la ciudad. En realidad, como propone Torres, se trata de un modelo de intervención social/estatal en clave de lógica de territorio, que en no poca medida ha provocado efectos perversos de segregación, discriminación y exclusión y que afecta a cuatro millones y medio de personas, es decir, a más del 7.5% de la población

<sup>109</sup>Aunque en buena parte fallida, la película de 2006 *Babel*, del director mexicano González Iñárritu, con guión de Guillermo Arriaga, acierta a mostrar esa globalidad del fenómeno. Poco después (2007), otro film mexicano, *La zona*, de Rodrigo Pla, plantea esa relación en un contexto mucho más concreto, en el DF mexicano.

<sup>110</sup>Cfr. Enzensberger, *Aussichten auf den Bürgerkrieg*, 1993. Traducción española, *Perspectivas de guerra civil*, Anagrama, 1999.

<sup>111</sup>Cfr. Torres,

de Francia. Es una muestra muy clara de la dificultad de evitar que las políticas de segmentación del territorio lleguen a producir segregación social y discriminación, porque ese es en el fondo su objetivo implícito, alejar a las clases peligrosas. Pero el objetivo de alejamiento acaba convirtiéndose en deserción, en desentendimiento de los poderes públicos y de los agentes sociales, que desertan de un territorio en el que finalmente sólo hacen acto de presencia para la represión espectacular de la criminalidad amenazante que se ha apoderado de los territorios en cuestión, *quod erat demonstrandum*. Se envía así al resto de la ciudadanía el mensaje correcto: existe amenaza, esa amenaza está localizada y nos defendemos de ella.

Lo explicaba con claridad una de las voces más escuchadas durante las revueltas, la del alcalde de Evry y diputado socialista Manuel Valls, que se pronunciaba así en una entrevista: “Lo que está sucediendo no es sólo el problema de unos barrios: son los problemas de Francia, de la sociedad francesa, que nos estallan en la cara. Estamos pagando 30 años de segregación social, territorial y étnica. Lo que sucede es un espejo de la Francia que vive en la miseria y padece una crisis de identidad. Hemos perdido el sentido de lo que es ser francés. Además, estos 30 años perdidos van acompañados por tres años de un Gobierno conservador cuyas primeras decisiones fueron desmantelar lo que ahora nos hace más falta: por un lado, los empleos jóvenes, que puso en marcha con éxito Jospin y, por otra, la desaparición de la policía de proximidad, integrada en los barrios, conocida por la gente y en la que confian, y que también actúa como represora cuando hace falta. Porque yo soy partidario de una policía de orden contra la delincuencia, pero la apuesta de Sarkozy de tener sólo una policía represiva es lo que ahora pagamos tan caro”.

Por eso, como sostiene Torres, el fracaso de la política de ciudad está en el origen directo de la revueltas, aunque no sea el único factor. Un fracaso cuyas manifestaciones tocan a los ingredientes básicos de la cohesión, de la integración republicana, puesto que hablamos de fracaso escolar (abandono de la escuela en la medida en que esta se revela inútil para la mejora de las expectativas de vida), de fracaso laboral (el paro golpea a los barrios sensibles en proporciones de dos a uno respecto a la media nacional), de fracaso familiar (familias desestructuradas y sustituidas por las pandillas o bandas) y de fracaso de participación social y política, porque la república no puede ser vista como bien común en el que conviene participar (en todo caso hay un asociacionismo defensivo frente a la degradación de la calidad de vida, pero no participativo, y parte de ese asociacionismo deriva a grupos marginales o criminales).

(2) La aparición de una nueva dialéctica en el tradicional enfrentamiento que subyace al recurso a la violencia -no sólo material sino sobre todo simbólica- entre quienes poseen su monopolio y quienes lo desafían, y que tiene mucho que ver con las nuevas formas de intervención/desenentendimiento del Estado, que salen a la luz precisamente con ocasión de las políticas

de los “barrios sensibles” iniciadas en los 80. Esa dialéctica se ahonda y radicaliza en la medida en la que quienes encarnan visiblemente la violencia legítima no están presentes cotidianamente en la función de sostén del orden y de la cohesión social, sino que sólo irrumpen de modo ocasional en esos territorios y cuando lo hacen utilizan frecuentemente esa violencia de forma ostensivamente arbitraria, desdibujando la única línea que permite reclamar el adjetivo de legitimidad, la sujeción a reglas, la imparcialidad. Al mismo tiempo, ante el vacío del poder, el monopolio de la violencia es objeto de disputa –simbólica y física– entre los grupos que la ejercen, de la forma más primitiva, en esos territorios.

En ese sentido, es interesante el fenómeno de la aparición de bandas juveniles de pequeña delincuencia ligada al trapicheo, a la economía clandestina, a la droga –*el deal, el business*–, con la figura de sus caíds que aparecen como los nuevos líderes, los ejemplos a seguir. Pero, como destacó agudamente el periodista norteamericano David Brooks, quizá resulta no menos interesante, desde el punto de vista de los mecanismos que alimentan la respuesta de indignación y violencia, y para comprender su función, el fenómeno del *gansta rap*, las letras de las canciones que han escandalizado por su violencia, por su machismo, pero también en muchos casos por la cruda expresión de la desesperación y el resentimiento frente a esa madre Francia que les niega. El *gansta rap* muestra la utilización de los mecanismos de la sociedad del espectáculo, la misma que les rechaza, como violencia expresiva. Y al espectáculo, a la presencia en las imágenes de la televisión –más incluso que en las portadas de la prensa– es a lo que aspira también quien protagoniza los disturbios. Se trata de llamar la atención, no sólo para escupir la rabia como se hace en las canciones, sino también para estar presente, para que *ellos* tengan que prestar atención, ocuparse, tomar medidas en atención a quien de otro modo se siente invisible. La función clásica, política al fin, de interpellación a los otros, a la opinión pública, a quienes bloquean su acceso a las expectativas de mejora.

(3) Todo lo anterior concurre en la reivindicación creciente y generalizada del reconoci-

miento como motor social, sobre todo en clave negativa, como reacción, es decir, como indignación, si no como resentimiento. Esta acumulación de la rabia es también manifestación de impotencia, de frustración de cualquier expectativa de recibir la respuesta de respeto y el acceso a la igualdad que se supone al alcance de todos los ciudadanos pero que no existe para los jóvenes de la *banlieue*. El vínculo político republicano se revela como retórica, como una falsa promesa para quienes han sido abandonados por los poderes públicos y por los principales agentes sociales. Eso es cierto también para quienes, hijos o nietos en su mayoría de inmigrantes llegados hace medio siglo, fueron sometidos al experimento social teóricamente exitoso del *rouleau compresseur*, el modelo de asimilación republicana. Es también esta frustración, a mi juicio, lo que explica el desplazamiento en términos de identidad de la lucha antes encauzada sobre todo en términos de ciudadanía y derechos.

Porque los enfrentamientos que estallan en otoño de 2005, pero que ya existían y continúan hoy, tienen mucho de mecanismo de autoafirmación, de reclamación del fuego como recurso para atraer la atención, un sucedáneo del respeto y reconocimiento que se les niega. Y en la medida en que esa negación pueda aparecer vinculada a rasgos identitarios –sobre todo étnico-religiosos–, lo que es peor, se sugiere el carácter de semillero del terrorismo (más allá de la hipótesis tradicional de “ejército de reserva de la delincuencia”) que tendrían esos rasgos, la bomba de relojería está servida.

Por supuesto que hay caminos alternativos. Kepel, en el trabajo varias veces mencionado<sup>112</sup>, describe la emergencia de un nuevo tipo de juventud musulmana y francesa, ajena a las tipologías tradicionales que tienen como eje la referencia al país de origen y que parece reforzarse tras las revueltas de la *banlieue* y se centra en la contribución de ese sector a la construcción de su religión más allá de las instituciones, un proceso en el que el respeto por la norma *hallal* (la distinción entre lo lícito y lo ilícito en alimentación y costumbres) es la clave. Ese sería el rasgo determinante de la evolución que vive hoy el Islam en Francia o, por mejor decir, el <Islam francés>, junto a la creciente presencia del salafismo vinculado al wahabismo saudí, una tendencia de interpretación literal y rigorista

<sup>112</sup>Kepel, 2011.

del islam, pero más a la page que el antiguo *Tabligh*. El *mercado hallal* sería el campo del conflicto intramusulmán y al mismo tiempo el eje sobre el que se apoya la obtención de una “nueva hegemonía política en el Islam”. La cuestión es saber si eso anuncia la aparición de un lobby político que jugará también en el campo electoral de la República o al menos en el ámbito de la participación ciudadana y también su impacto sobre las estructuras de participación creadas por los Gobiernos franceses, el CFCM (Conseil Français du Culte Musulman) creado por el Ministerio del Interior, sobre el modelo “consultativo” y que ha sido el escenario de la tensión continua entre argelinos y marroquíes, y la UOIF (Union des Organisations Islamiques de France), que parecen batirse en retirada.

En todo caso, la respuesta de menoscabo ante el incremento de presencia activa de esas nuevas <clases peligrosas> presentadas como amenaza, da lugar a lo que Castel denomina discriminación negativa<sup>113</sup> ante la conjugación de conflicto étnico y conflicto social, de la etnicización y pauperización de esos espacios urbanos segregados que son la *banlieue*: es negativa porque el marcador étnico no es tomado en cuenta para anularlo o eliminar su relevancia como desventaja, sino para hundir aún más el <clavo de la discriminación>. El rasgo de la diferencia se transforma sí en una tara indeleble que refuerza la desigualdad, que hace de la alteridad profunda (la *diversidad profunda*) un factor de exclusión que nos hace retroceder siglos.

#### **4.3. La política del menoscabo**

Como decía, a ese modelo respondería probablemente la revuelta francesa en otoño de 2005. Es sólo un ejemplo que, en cierto modo, precede a un segundo movimiento masivo de revuelta, el que representa el movimiento de los *indignados* en 2011. En el primer caso, a toma de conciencia acerca de la imposibilidad de acceder a un trabajo estable, de integrarse, es común a las revueltas de 2005 y a la batalla social de los jóvenes frente a la propuesta de un contrato de trabajo precario (el CPE del Gobierno de Villepin). Como han señalado Mauger o Castel, a diferencia de los rebeldes del 68 (hoy denostados), que querían derruir el sistema, los <alborotadores> de 2005 se quejaban precisamente de no poder formar parte del sistema, de no poder disfrutar de sus ventajas como los demás. Los jóvenes de la banlieue, aislados en el interior de esos “barrios sensibles” (el problema de la ausencia de medios de comunicación directos que permitan viajar fácilmente desde los barrios periféricos no es en absoluto menor), son escolares que han abandonado la escuela porque no ven futuro en ello, parados que no pueden aspirar más que al trabajo precario o a la economía clandestina vinculada a la delincuencia, hijos que no encuentran en la familia el ámbito de apoyo y sustento sino una condición de frustración. Por eso hay un déficit, un vacío que hay que tratar de colmar como primera tarea: el de la recuperación de la autoestima.

Sin embargo, tanto en el caso de la revuelta de 2005 como en el movimiento de indignados que empieza en España como

<sup>113</sup>Castel, 2010, pp.11-14.

movimiento 15-M en mayo de 2011, puede decirse que se trata de un *fenómeno de indignación*, más aún que mero rechazo, que resulta de la toma de conciencia de que la promesa de la participación en la riqueza, de acceso al bienestar prometido a todos los ciudadanos, no es universal y que se reduce cada vez más, algo que se manifiesta emblemáticamente en la desaparición del ascensor social como mecanismo de corrección. Pero no es sólo un problema del mecanismo de movilidad social, sino del propio modelo de socialización. Es una promesa rota que separa y enfrenta no sólo a clases sociales, sino que cada vez más se presenta como un choque de generaciones que se ven privadas de la lógica esperanza de bienestar. Un choque en el que se advierte la exclusión que padecen dos franjas generacionales opuestas: por arriba, el temor creciente de los trabajadores que son golpeados por el paro sin expectativa de reencontrar trabajo estable y menos a partir de los 40, (la tasa de desempleo en la franja de edad de 55-64 años alcanza el 37.9%, una de las más altas de Europa) así como el temor creciente de las clases pasivas a verse desatendidas. Por abajo, la frustración que experimentan buena parte de los jóvenes que ya no van a poder vivir el modelo de acceso temprano al trabajo estable (la tasa de paro de los menores de 25 es del 21.6%), pese a contar con una mejor formación, y por ello tampoco al acceso a la vivienda ni a una vida autónoma, las claves de la inserción y de la cohesión o al menos la estabilidad social.

Pero el efecto más radical de la transformación de la cuestión social es que, junto a ese incremento de la fractura que constituye la desigualdad, se produce otra falla reciente que ahonda en la división social y contamina de ilegitimidad la vida política. En efecto, la fractura social aparece cada vez más como un problema de la multiplicación de las manifestaciones de ausencia de respeto y de reconocimiento, acorde con la condición irrelevante (superflua, intercambiable) que sufren sus protagonistas. Y por eso, cuando se produce tal ruptura hay una quiebra que afecta a la democracia misma, a la política. Esto, como creo que ha destacado con acierto una corriente de filosofía política que encabeza Taylor y que ha revitalizado Honneth en su revisión de la importancia de la noción hegeliana de reconocimiento, está en relación directa con el proceso creciente de

desafección generacional del contrato político que se revela como una barrera, o, al menos, como un status bloqueado para los recién llegados (para los jóvenes, *last comers*, pero también para los inmigrantes, los auténticos *new comers*). Y es muy visible en el magmático movimiento de *indignados*.

La clave estaría en la generalización de dos de las formas de menosprecio (en el sentido profundo de ausencia explícita de reconocimiento, no sólo de omisión) de las que habla Honneth, el menosprecio que se manifiesta en la negación de derechos y en la exclusión de la comunidad jurídica y política y el menosprecio hacia los valores propios de una forma de vida calificados como indignos, como un obstáculo para la propia realización, para el progreso. Una y otra no sólo producen exclusión, sino también la pérdida de autoestima, la autodestrucción. Muy concretamente, y en relación con la primera de estas dos manifestaciones, en una reciente entrevista a propósito del debate sobre el modelo social que, según parece, los europeos no tenemos claro cómo ni hacia dónde conducir, Honneth ha vuelto a insistir en la importancia de las exigencias de reconocimiento y en el marco normativo que debe asegurar su satisfacción, como pistas para reconstruir ese modelo. No se trata del típico discurso multiculturalista, de la reivindicación de diferencias culturales, de derechos de diversidad.

Insistiré en que el filósofo alemán subraya que el motor de esta demanda de reconocimiento, que en algunos casos -como se vió en Francia- alcanza una expresión colectiva cercana a la angustia, si no a la desesperación, sería el **acceso y la garantía universal -igual, que no mecánica, uniforme- de los derechos sociales**, algo que padecen en primera persona los protagonistas de los sucesos que comentamos. En todo caso, la propuesta de Honneth es una receta nada popular ahora, sobre todo entre buena parte de quienes se autocalifican de reformadores sociales. En cuanto a la segunda forma de menosprecio, huelga cualquier comentario sobre su generalización en esos "territorios de ausencia" y está en relación directa con la construcción de identidades alternativas que en buena medida acaban encontrándose en esas fuentes de identidad que precisamente entendemos como amenaza.

Quizá no hemos reparado suficientemente

en el hecho de que el proceso de desmantelamiento de esos derechos –palancas de igualdad real– no tiene consecuencias sólo en términos de pérdida de capacidad adquisitiva o de empeoramiento de las condiciones laborales. Es el sentido más profundo de la precarización como condición social definitoria.

Como señalara Rocard, la lógica de esta etapa del capitalismo, la de la precarización, trata de reducir el trabajo a mercancía cuyo coste es preciso abaratar, y al trabajador en objeto intercambiable cuya necesidad de seguridad es un obstáculo para el beneficio. Para eso, es necesario un trabajo de demolición de las reglas, comenzando por las del Derecho del trabajo. Pero con la extensión de la precarización es el estatus mismo del trabajador como sujeto de Derecho, como ciudadano y protagonista del espacio público, el que desaparece por el sumidero. Y es lo que sucede no sólo en las propuestas más abiertamente neoconservadoras, sino incluso en buena parte de estos procesos de *flexiseguridad* que se nos quiere presentar como inevitables, aunque no en todos. Con la pérdida de la estabilidad laboral, como con la mercantilización progresiva del derecho a la salud, o la relativización del derecho a la previsión social, los trabajadores (y aún más quienes se encuentran en los márgenes: los jóvenes, los parados, sobre todo a partir de los 40 años) no sólo experimentan graves dificultades en la satisfacción de sus necesidades básicas, sino que les alcanza el proceso de desarraigo en su sentido más profundo de desintegración personal y social, que con tanta claridad fue descrito a mitad de siglo pasado por Simone Weil.

Pues bien, he aquí que el virus del desarraigo se extiende y con él crecen la *fractura social* –en particular en clave generacional– y la necesidad de encontrar *alternativas de reconocimiento y arraigo* fuera de los mecanismos que habíamos creado y hoy se revelan impotentes. El incremento del fenómeno del fundamentalismo, o de epifenómenos como el de las bandas juveniles por poner un ejemplo, tiene mucho que ver con esa necesidad que hoy somos incapaces de satisfacer a través de los viejos cauces de la familia, la escuela o el trabajo. Y si hablamos de colectivos particularmente vulnerables, entre los que sin duda se encuentran los inmigrantes, a quienes no se facilita precisamente la vida familiar, ni la inserción en la escuela, ni en el trabajo, en condiciones de igualdad, la consecuencia es que la necesidad de encontrar ese reconocimiento y arraigo mediante mecanismos y prácticas que se ajustan a lo que siempre hemos considerado manifestaciones de desviación, marginación o delincuencia, crece exponencialmente. Y aumenta el *resentimiento*, un veneno social más peligroso que las *pandemias aviares*.

En definitiva, lo que los jóvenes protagonistas de las revueltas de 2005 y luego los *indignados* advierten es que el <contrato republicano>, la ciudadanía republicana, funciona para los otros, para los adultos, y entre ellos para quienes viven instalados en el corazón del sistema. No para los jóvenes y menos para quienes habitan el *territorio de la ausencia*. Surge así un ingrediente relativamente nuevo –al menos por su generaliza-

ción- respecto a los tradicionales procesos de marginación y exclusión, el desprecio. La constatación de que la marginación, la falta de expectativas, la exclusión social está vinculada a la condición de habitantes de ese territorio, los suburbios, las otras ciudades, se une a otro elemento que niega la pretensión de la igualdad republicana, la discriminación que sigue existiendo, en forma de recelo pero incluso de trato desigual. Un rechazo –desprecio incluso- que se refuerza en razón de la visibilidad del origen plural, diferente (de la diferencia étnica), pese a la proclamada ceguera republicana, la versión asimilacionista, francesa, del postulado liberal-norteamericano de la justicia *blind-coloured*, pues recordemos que en Francia está incluso prohibida la existencia de bases estadísticas públicas que consignen los datos relativos a origen étnico o adscripción religiosa. La anécdota relativa al rechazo que reciben las curriculas cuyos nombres manifiestan ese origen ajeno al francés de *couche*, de pura cepa, es categoría que destruye esa presunción.

Creo que esto es lo que ha sabido explicar muy claramente Beck. Me permite transcribir un extenso párrafo del artículo ya citado: “A la sombra de la globalización económica, cada vez más personas se encuentran en una situación de desesperación sin salida cuya característica principal es –y esto corta la respiración- que sencillamente ya no son necesarios. Ya no forman un ‘ejército en la reserva’ (tal como los denominaba Marx) que presiona sobre el precio de la fuerza de trabajo humano. La economía también crece sin su contribución. Los gobernantes también son elegidos sin sus votos. Los jóvenes ‘superfluos’ son ciudadanos sobre el papel, pero en realidad son no-ciudadanos y por ello una acusación viviente a todos los demás. También quedan fuera del mundo de las reivindicaciones de los trabajadores. ¿Qué son para la sociedad? ¡Un factor de gastos!. La ‘poca utilidad’ que les queda es que se mueven por el odio y una violencia sin sentido; al final incluso provocan destrozos, y con este drama real que asusta a los ciudadanos ofrecen a los movimientos y políticos de derecha la posibilidad de destacarse. En Alemania, pero también en muchos otros países, se cree de manera realmente obsesiva que hay que buscar las causas que llevan a los jóvenes inmigrantes alborotadores a la violencia en las tradiciones culturales

de origen de estos inmigrantes y en su religión. Los estudios empíricos sobre esta cuestión, realizados por excelentes sociólogos, demuestran lo contrario: no se trata de los inmigrantes que no se han integrado, sino de los que sí lo han hecho. Mejor dicho: hay una contradicción entre la asimilación cultural y la marginación social de estos jóvenes, que alimenta su odio y su predisposición a la violencia. Pues no se trata precisamente de inmigrantes anclados en su cultura de origen, sino de jóvenes con pasaporte francés, que hablan perfectamente el francés y que han pasado por el sistema escolar francés, pero a los que, al mismo tiempo, la sociedad francesa de la igualdad los ha marginado en auténticos guetos ‘superfluos’ en la periferia de las grandes ciudades.... Esto explica que los jóvenes actores de la revuelta de los suburbios se refieran a su situación en términos de dignidad, derechos humanos y marginación”.

Esa reacción frente al desprecio es lo que se hace visible en la aparición de los grupos de diferente carácter que protagonizan la revuelta, pues junto a las mencionadas bandas hay que hablar de movimientos de amplio espectro. Por ejemplo, en las revueltas de 2005, asociaciones como *Ni putas ni sumisas*, o la agrupación AC-LEFEU, que impulsó en toda Francia a lo largo de 2006 la elaboración de los cahiers de doleáncias que debían ser entregados en la Asamblea Nacional en el primer aniversario de los disturbios. Esta iniciativa, por su raíz histórica que remite al origen de la República, tenía una connotación indiscutible de repolitización, aunque evidentemente se trataba de un mensaje político completamente distinto del discurso partidista/electoralista habitual. El propósito era recuperar el diálogo directo con los ciudadanos para “*mettre aux gens de mettre des mots sur leurs maux*”, para mostrar que también en esos barrios hay gentes que militan por la construcción política. Porque, aunque no siempre se subraye cuando se habla de las revueltas, más allá de los disturbios, de las quemas de coches y del juego de desafío a lo que es visto como la otra banda – la policía-, son esos grupos los que protagonizan la reacción más interesante, la respuesta política o al menos prepolítica de indignación como expresión del estado de cosas en el *territorio de la ausencia* en que se han convertido buena parte de los barrios en cuestión, que tienen en común la realidad y el horizonte del fracaso (es-

colar, laboral, cultural), que –insisto en ello– es una forma muy particular de manifestación del proceso de exclusión.

Pero creo que aun siendo capital el reconocimiento y garantía de los derechos sociales a la hora de trazar una estrategia que ponga freno a la amenaza del menosprecio, desde luego respecto a los inmigrantes, no podemos olvidar lo que ha recordado –a mi juicio, con acierto– Nancy Fraser. Como ya he recordado anteriormente, para la filósofa norteamericana ésta es, sí, una cuestión de justicia, pero que no debe ni puede ser entendida en términos alternativos, esto es, o bien en el sentido complejo y contemporáneo de la justicia redistributiva, (la justicia propia de la igualdad compleja), o bien en el de la justicia ligada a la clase de conflictos que vemos aparecer en torno a la inmigración y también a propósito de las demandas de grupos sociales secularmente desfavorecidos (desde las mujeres a los pueblos indígenas).

Para evitar esos planteamientos reductivos Fraser ha desarrollado en su obra<sup>114</sup> una concepción compleja de la justicia que no puede dejar de emparentarse con la propuesta por Walzer (sobre todo en la obra de éste, *Spheres of justice*), pese a sus diferencias, pues en el fondo construye tres ámbitos en los que la justicia se despliega conforme a principios diversos pero complementarios: redistribución de la riqueza en el ámbito socioeconómico, reconocimiento en el sociocultural y finalmente, representación/participación en el político-institucional, campo en el que resalta la importancia del principio de “paridad participativa”, entendida como “ideal crítico”, una herramienta hermenéutica que ayuda a descubrir las contradicciones en las realidades sociales, es decir, en cierto modo, las manifestaciones concretas de la injusticia y que es deudor directo de la crítica feminista<sup>115</sup>. Y, además, es una propuesta que trata de superar lo que ella y Benhabib entre otros denomina “*concepción o marco wetfaliano de justicia*”, sobre todo en referencia crítica a la obra de Rawls (en particular a su muy influyente Teoría de la Justicia). En efecto, consideran la obra de Rawls como un ejemplo de universalismo abstracto en la medida en que da por supuesto el marco del Estado nacional y no pone en cuestión los presupuestos del mismo ni tampoco el hecho de que el orden jurídico propio del Estado nación es absolutamente insuficiente para dar cuenta de buena parte de los problemas jurídico políticos a los que hoy hacemos frente, que tienen carácter universal, al menos en el sentido transfronterizo o transnacional<sup>116</sup>. Obviamente (aunque Fraser no se ha ocupado de ello como Benhabib) ese es el caso de la inmigración.

Fraser insiste en particular en la necesidad de evitar el riesgo de poner el énfasis exclusivo en la lucha por el reconocimiento, sobre todo, en enfatizar como clave de la noción de identidad, porque se corre el peligro de perder de vista que el objetivo prioritario es la justicia social y que eso implica tener en cuenta las relaciones mutuas entre economía y cultura. Esa insistencia exclusiva en la identidad plantea, a juicio de Fraser, el peligro de <reificación autoritaria>. Creo que ese argumento es parti-

<sup>114</sup>Cfr. *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes, Santa Fe de Bogotá, 1997. Posteriormente, *Scales of Justice* (hay trad castellana, Escalas de justicia, Barcelona, Herder, 2008).

<sup>115</sup>Cfr. la entrevista a Nancy Fraser por Marta Avenida en en *Metrópolis*, primavera-verano 2009. Por eso Fraser insiste, como lo hace en esa entrevista, en que “la justicia requiere que la gente tenga la posición, el estatus para participar como pares en cualquier arena importante de la vida social; esto es, en la vida familiar, en el mercado del trabajo, en la sociedad civil y, sí, claro, en la política y en la esfera pública política, pero no sólo en éstas”.

<sup>116</sup>Para ser justos, hay que reconocer que Fraser no tiene en cuenta la aparición de la obra de Rawls que intenta afrontar ese déficit, *The Law of the Peoples. with “The Idea of Public Reason Revisited”*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. Por mi parte me permito señalar que se trata de un intento fracasado que actualiza (sin concoberlos bien) las viejas aportaciones de los teólogos-juristas despañoles del XVI y de la idea kantiana del Derecho cosmopolita, pero sin afrontar los problemas reales de una justicia y un derecho cosmopolita en el contexto de la globalización fragmentada del siglo XXI.

cularmente adecuado para entender uno de los procesos más interesantes a los que estamos asistiendo: creo, en efecto, que eso permite entender mejor lo que hemos podido comprobar en los movimientos de repliegue que se producen entre los inmigrantes (y sobre todo entre los descendientes de inmigrantes aherrojados en los ghettos de la periferia, en Francia, en el reino Unido, en Italia y en Alemania y podría ser así en España) y también en la dinámica social y política de los pueblos que vivieron la descolonización y se han visto presos de las contradicciones de las dictaduras militares que las han monoplizado, por ejemplo en países del Magreb (Egipto, Túnez, Argelia, Libia, Siria, Yemen) y en los que viven bajo monarquías absolutas y paernalistas (Arabia Saudí, Marruecos, en menor medida Jordania), a la lógica conformista del modelo identitario de repliegue, de compensación. Pero eso le conduce a una posición que en cierto modo tiene raíces en Arendt (“existir es existir políticamente”) y que, respecto a la justicia debida en el ámbito de la inmigración, está próxima a la de Sayad.

Por volver a nuestro campo específico de discusión, creo que a la luz de esas consideraciones se impone reconocer que, en efecto, hay conflictos derivados de la presencia de la inmigración –sobre todo de inmigración asentada-. Pero no son tanto o desde luego no primordial ni, menos aún, exclusivamente, conflictos ligados a la diversidad cultural, conflictos de confrontación de culturas, sino ante todo y en primer lugar conflictos nacidos de la discriminación basada en la identificación de los otros (inmigrantes) como totalmente ajenos, lo que se incrementa en función de la visibilidad de los marcadores primarios de la identidad como diferentes: la diferencia cultural –nueva forma de racismo- como argumento que pretende justificar el juicio de incapacidad jurídica e incompatibilidad jurídica de los inmigrantes: el inmigrante construido como inferior (menor de edad, no autónomo, en la clásica concepción paternalista) y como peligroso.

Insisto. Los conflictos entre bienes jurídicos que a veces subyacen a los conflictos en los que

<sup>117</sup>Recordemos que no todos los conflictos culturales vinculados a la presencia de inmigración ponen en juego bienes jurídicos relevantes. Buena parte de ellos son conflictos de intereses coyunturales, o conflictos irrelevantes desde el punto de vista del bien que está en juego.

está presente la inmigración asentada<sup>117</sup>, no son en sí novedosos ni significativos. Lo significativo es que, en buena medida, no son cuestión de justicia distributiva, ni de igualdad compleja, o por decirlo mejor, no sólo ; es más son vividos prioritariamente por quienes los sufren como conflictos que no se pueden comprender sino en clave de justicia anamnética y compensatoria, conflictos nacidos y heredados del hecho de que se han sucedido y asentado en el tiempo dos status (como señala Frazer) que fragilizan a determinados grupos y a los individuos que pertenecen a ellos, precisamente en razón de esa pertenencia,:

- Status de excepción, que les separa e incluso invierte respecto a ellos la vigencia de principios básicos del Estado de Derecho (igualdad y no discriminación, presunción de inocencia, favor libertatis, seguridad jurídica, garantía de los derechos por juez ordinario, interdicción de la arbitrariedad y reducción de la discrecionalidad administrativa, etc.)

- Status de dominación: la diferencia cultural propicia jerarquía de dominio y el modelo de asimilación impuesta, la aculturación como condición sine qua non de la admisión de la presencia aunque sea presencia ausente. Y ello sobre la base de que se deben medir, comparar las culturas, las civilizaciones...Es el caso de conflictos ligados al status de la mujer que no dependen de la diferencia cultural: un cierto tipo de Islam y un cierto tipo de cristianismo coinciden en ello.

Para decirlo más claro: las más de las veces son los inmigrantes la parte perdedora en el conflicto. Los inmigrantes no son tanto factor de riesgo de violación de derechos de los otros (de nosotros, los ciudadanos, según la demagogia que les atribuye la condición de factor específico de incremento de criminalidad, de ejército de reserva de la delincuencia, lo que permite aforntar las políticas de inmigración en clave prioritaria si no exclusivamente securitaria, de orden público), sino factor *en riesgo*, victimas de la falta de respeto de derechos básicos por la herencia arraigada de la visión que los considera diferentes en el sentido profundo: menos seres humanos o, en todo caso, no equiparables a los ciudadanos. Así, no se les reconoce plenamente la libertad como autonomía y son discriminados en la titularidad y garantía de derechos básicos, en la tutela judicial efectiva. En suma, es

la paradoja que revela el término sin papeles, porque lo que esa denominación significa es el reconocimiento de la existencia de sujetos que no sólo carecen de la documentación requerida para poder circular en el espacio público, sino, más profundamente, se encuentran en el espacio de no-Derecho, el característico del exilio interior, de las zonas de frontera de la democracia: no es que <no tengan techo> (domicilio), sino que están sans abri en el sentido fuerte: no tienen Derecho que les proteja.

#### **4.4. La democracia de los ciudadanos. La pista de la indigación (kerama) frente a la hogra.**

Precisamente por todo lo anterior, la estrategia del menosprecio, esa *patología social de la negación de reconocimiento* cuyos principales elementos he tratado de mostrar, es una cuestión también y sobre todo política o al menos prepolítica: no tiene sentido hablar de representación y menos aún de participación política si no se da el mínimo de respeto y reconocimiento, porque sin él no se entra en el vínculo social, no se es miembro del contrato social. Y esto, como argumenta Cole al hablar de «esquizofrenia democrática»<sup>118</sup>, se practica en el seno de democracias que prosperan gracias a situaciones neocoloniales en su interior, pues junto a un alto grado de reconocimiento a los ciudadanos privilegiados, se da una institucionalización de status jurídicos demediados (si no claramente discriminatorios y de sujeción) para los inmigrantes y para grupos de población crecientemente dejados al margen. Es lo que ya Galbraith denominara «democracia excluyente». Así lo interpreta -a mi juicio, con razón-, J Estefanía cuando escribe<sup>119</sup>: “la democracia excluyente” que avanzó el economista John Kenneth Galbraith en *La cultura de la satisfacción*: cada vez es mayor la cuantía numérica de una under-class compuesta de mileuristas y menos que mileuristas, de parados y de desempleados de larga duración, de jubilados con escasas pensiones, de desanimados, etcétera, que se sienten políticamente invisibles, que están decepcionados y que en buena parte no tiene ningún deseo de votar. Dice Galbraith —que no era precisamente un apocalíptico, aunque tampoco un integrado— que los satisfechos de las sociedades operan bajo la convincente cobertura de la democracia, aunque de una democracia no de todos los ciudadanos sino de aquellos que acuden a las urnas. El resultado son Gobiernos que se ajustan no a la realidad o a la necesidad común, sino a las creencias de los satisfechos, que constituyen la mayoría de los que votan. Esa *mayoría silenciosa* (una mayoría compuesta no por todos los ciudadanos, sino solo por los que votan) actúa “al cómodo abrigo de la democracia, una democracia de la que no participan los menos afortunados”.

Que esta tesis sea discutible no significa que haya que despreciarla si en ella se sienten cobijados los manifestantes de estos días. Según la misma, la contradicción principal ya no estaría situada entre el capital y el trabajo sino entre los favorecidos y sus burocracias, sean asalariados o no, y los social y económicamente desfavorecidos junto con el considerable nú-

<sup>118</sup>Cfr. Cole,

<sup>119</sup>Cfr. J Estefanía, *El País*, 23 de mayo 2011.

mero de quienes “por inquietud o compasión” acuden en su ayuda. Es otra forma de representación dual de la sociedad.

Desde el punto de vista de la democracia, eso significa que en esas condiciones, lo que se produce entre la población objeto del juicio (y del estatuto) de menoscabo es que pasan de una democracia de adhesión (casi siempre exterior, que es su forma de verse incluidos en la democracia representativa, puesto que en ningún caso tienen acceso a los cauces de la democracia participativa) a una democracia de rechazo, como han insistido entre otros Rancière o Rosanvallon (el lema de los indignados: <no nos representan>).

Si esto es cierto para quienes tienen el título de ciudadano de pleno derecho, obviamente a fortiori lo es para quienes viven ese proceso de falta de reconocimiento<sup>120</sup>. Todo ésto, evidentemente, se produce ya en el caso de las democracias, en las que la reivindicación de la indignación -en países como España, Italia, Reino Unido, EEUU- consiste en <más democracia>, <democracia de los ciudadanos>. Eso significa las más de las veces integrarse en el sistema democrático aquellos que están sólo parcialmente

integrados en él, o excluidos ; aunque también signifique mejorar la calidad del sistema democrático para que pueda haber integración política en serio. Pero está claro que resulta mucho más visible en las revueltas que *reclaman la democracia* (en las denominadas revoluciones democráticas en los países árabes, con Túnez y Egipto a la cabeza) porque no soportan más el status de humillación y de manipulación al que se les somete, su falta absoluta de reconocimiento, la *hogra*, una palabra intraducible a las lenguas románicas. La *hogra* es un concepto que expresa ante todo un sentimiento de impotencia del dominado ante el desprecio y la arrogancia del dominador. Pero también un sentimiento ancestral heredado del feudalismo y que el periodo colonial no hizo otra cosa que reforzar. Y, por último, un sentimiento que incluye asimismo la sed de justicia<sup>121</sup>. Así ha sucedido en Túnez, Egipto, Yemen, y, en menor medida en Marruecos (los casos de Libia y Siria son diferentes) a lo largo del año 2011<sup>122</sup>.

El vínculo político, un lazo estrecho con la sociedad política (en su origen, la ciudad), se ha convertido en un adjetivo menor, porque la condición de ciudadano no tiene apenas nada que ver con el ejercicio de la soberanía, con el protagonismo en la toma de las decisiones relevantes para todos, las decisiones públicas comunes y relevantes. Se evidencia así que se ha producido una pérdida, una degradación de la condición de ciudadanía, como resultado de su identificación exclusiva en términos formales, técnicojurídicos y por eso apolíticos, un proceso reforzado por la sustitución del ciudadano activo por el consumidor satisfecho, pasivo, lo que se basa muy frecuentemente en ese retorno a la tecnocracia que sostien que la complejidad de las cuestiones a decidir las hace sólo accesibles a los expertos que pilotan las grandes empresas, ni siquiera a los políticos elegidos para adoptar decisiones, no digamos para los ciudadanos que vuelven a ser entendidos como menores de edad, incapaces de decidir por si mismos. Pero reparemos en que el incremento de quienes se ven ajenos al juego democrático es el cáncer político por antonomasia. Un mal que no se va a curar con el maquillaje de operaciones tácticas y “puntuales” de acercamiento al lenguaje y a las preocupaciones de los manidos “ciudadanos de a pie”. Entre otras cosas, porque los ciudadanos en cuestión, excluidos

<sup>120</sup>Cfr. Rancière, J., *La Haine de la démocratie*, La Fabrique, Paris, 2005. Asimismo, Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, Paris, 2005

<sup>121</sup>Me parece útil a ese respecto el testimonio de Rached Ganouchi, uno de los líderes del salafismo tunecino, entrevistado en *La Presse*, 18 de febrero de 2011 y recogido en el libro de S Nair (2011): “Los colonos nos clavaron un cuchillo en la espalda, y al marcharse solo se llevaron el mango, reemplazado en seguida por otro: el de las presidencias monárquicas, el de los clanes, el de las mafias sanguinarias que han seguido chupando con deleite la sangre de los anémicos bajo la mirada cómplice de un Occidente que, a la vez que cantaba el himno de la democracia y de los derechos humanos, continuaba apoyando, por interés, a esos regímenes que negaban las libertades elementales...En el pasado, la guerra denominada fría provocó la miopía complaciente, hoy es el fantasma del peligro islamista el que domina y atormenta las buenas conciencias...Los regímenes pantalla ya no pueden nublar las miradas fijas sobre la suerte de los palestinos en Gaza y en otros lugares. El pueblo tunecino al que nosotros, magrebíes presumidos, hemos calificado de cobarde y sin personalidad, nos ha mostrado el camino. Egipto está a punto de seguir sus pasos. Y otros inevitablemente seguirán esa senda. Un mundo globalizado no solo tiene inconvenientes. ¡La rebelión popular de Túnez ha cambiado ya el sentido de la historia! ¿Quién entre nosotros habría imaginado ver en tan breve plazo el final del miedo y el rechazo radical de la injusticia y de la humillación? Estoy convencido de que, más que una revuelta socioeconómica, es una sublevación a favor del respeto y por el fin de la injusticia, es una apuesta por la dignidad, el respeto y la libertad, contra la *hogra*”.

<sup>122</sup>Conviene señalar que en Túnez es exactamente ese el motivo de la inmolación del joven Mohammed Bouazizi el 17 de diciembre de 2010, el hecho que desencadena la revuelta contra el régimen de Ben Ali.

de la capacidad de jugar al juego político salvo en las periódicas citas electorales, tienen sin embargo cada vez más información y formación sobre lo que sucede y por tanto pueden juzgar con mayor claridad y dureza la inadecuación de las viejas reglas. Esta democracia de rechazo no se puede sostener mucho más sin cambios en profundidad.

¿Hay síntomas de esa transformación si no global, al menos en algunos países en un futuro inmediato? Es muy pronto para saberlo, pero cabe aventurar que no, al menos, no todavía. Pese al dato positivo de la participación, no se advierten elementos de renovación del discurso y de la práctica política, sino tan sólo tímidas reformas. Pero eso es algo muy distinto de la renovación democrática, de la política inclusiva y participativa que sería necesaria.

Tomemos el caso español, donde las recientes elecciones legislativas de noviembre de 2011 han propiciado un debate sobre los límites de la democracia representativa y la distancia entre los partidos y la calle (más allá de la *vexata quaestio* de la ley de bronce de Michels). Se ha denunciado, por ejemplo, que un partido puede vencer en las elecciones sin avanzar el contenido real de su programa, o sólo muy escasamente al fin (caso del PP), a diferencia de quienes -como CiU- no han ocultado que su programa incluía medidas fuertemente restrictivas en coherencia con las políticas eufemísticamente denominadas <de ajuste> aplicadas en los pocos meses de experiencia de gobierno en la Generalitat de Catalunya. Tras su victoria electoral, el PP, que dispone de amplia mayoría, podría imponer sin negociación la misma política de recortes mal llamados ajustes. Aunque el coste verosímil podría a su vez consistir en la pérdida de la paz social, la reaparición de un tiempo de revuelta. Porque el mal del menosprecio sigue ahí, incubándose.

A mi juicio, y coincido en ello con el brillante análisis de Innerarity en un ensayo reciente<sup>123</sup>, la cuestión es enfocar correctamente el debate sobre la desconfianza como genuino motor de la lógica democrática, conforme al dictum de Acton que advierte sobre la indefectible tendencia del poder hacia el abuso. Desconfianza respecto a quien administra el poder, claro, no respecto al resto de la ciudadanía.

En todo caso, por volver sobre el argumento de la integración política de los inmigrantes, me parece claro que necesitamos un paso más en la argumentación, para tratar de superar el estatuto de menosprecio que hemos creado respecto a los inmigrantes. Cuando el debate político en serio es sustituido por la propaganda en torno al simplismo securitario, por el retorno casi desnudo del *motto* hobbesiano del miedo a la guerra civil (el miedo político por antonomasia), por la amenaza del enemigo interior (en todo caso, el enemigo ad portas) se justifica la problematización de la cuestión migratoria, en términos de la amenaza de la invasión por los diferentes –e incompatibles- con nuestro modo de vida (mercado, derechos, democracia), en un contexto de adelgazamiento de los recursos que ya nos obliga a apretarnos el cinturón, como para que encima

<sup>123</sup>Innerarity 2011:

otros pretendan apropiarse de nuestras migajas del pastel.

La clave para dar ese paso está, como he tratado de recordar en este capítulo, en la capacidad de ofrecer respuestas que garanticen la compatibilidad de las exigencias de reconocimiento, redistribución y participación (Fraser), lo que tiene bastante que ver con la capacidad de acción colectiva de grupos sociales: de los pueblos indígenas a las mujeres, también, claro está, para los inmigrantes. Respuestas, es decir, estrategias e iniciativas que necesariamente han de ir más allá de los instrumentos normativos de las políticas de inmigración, de las leyes y reglamentos de inmigración (o, como en nuestro caso, de extranjería), aunque esa dimensión normativa es una condición sine qua non de una respuesta legítima y eficaz. Ya he recordado la pertinencia de la alternativa formulada por Lochak<sup>124</sup>: ante la inmigración, podemos optar por el Estado de excepción o por el Estado de Derecho. El respeto de los principios y reglas de juego del Estado de Derecho y de los criterios básicos de legitimidad de la democracia que obligan al reconocimiento y garantía de los derechos humanos universales y, muy en particular, al reconocimiento y garantía del derecho a tener derechos y del derecho a ser reconocidos como agentes, actores del espacio público. Sólo así podremos hacer frente y superar el riesgo de la sociedad del menosprecio.

## Nota de Bibliografía

Álvarez, Ignasi, 2002, “La construcción del ininteligible cultural”, pp. 168-195, en De Lucas, Javier y Torres, Francisco (eds.) *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos?. Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid, Talasa.

Anderson, B. (1983), *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London, Verso.

Anghar, S., *Le salafisme aujourd’hui. Mouvements séctaires en Occident*, Michalon,

Authier, J-Y., M-H Bacqué M-H. y Guerin-Pace, F., (eds.) *Le quartier: enjeux scientifiques, actions politiques et pratiques sociales*, La Découverte, 2007.

Balibar, E. (1992): *Les frontières de la démocratie*, París, La Découverte

Barber, B.,

Bauböck, R., (2004), Cómo transforma la inmigración a la ciudadanía, en VV.AA. (Aubarell y Zapata, eds), *Inmigración y procesos de cambio*, Barcelona, Icaria

Baudin et Genestier (eds.), *Banlieues a problèmes*, Paris, Documentation Française, 2002.

Bauman, Z., (2006) *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*. Cambridge 2006

Bauman, Z. (2004): *Wasted Lives. Modernity and its Outcasts*. Cambridge 2004, Beck, U. (1999):

Bea, E., (1992), *S. Weil, la memoria de los oprimidos*, Ediciones Encuentro, 1992.

Bea, E., (1999), “Simone Weil. Filosofía del trabajo y del arraigo”, El Ciervo, nº 585, 1999,

Beck, U. (2001): “The cosmopolitan society and its enemies” in Tomasi, L. (2001)

Bello, G., (2011), *Emigración y ética. Humanizar y deshumanizar*, Plaza y Valdés.

Blanco Fdez. de Valderrama, C., *La integración de los inmigrantes en las sociedades receptoras*, Bilbao, Deusto, 2006. Universidad de Deusto.

Bordet, J., *Oui à une société avec les jeunes de cités ! Sortir de la spirale sécuritaire*, eds de l’Atelier, 2007

Bouchard&Taylor (eds.), (2008), *Building the Future. A Time for Reconciliation. Report*, Gouvernement du Quebec.

Bouzar, D., *Laïcité mode d’emploi: 42 études de cas*, Eyrolles, 2010

Castel, R., (2007), *La discrimination négative: citoyens ou indigènes?*, Seuil, París.

Castel, R., (2003), *L'insecurité sociale*, Seuil, París.

<sup>124</sup>Sobre ello, puede verse el libro de entrevistas con la conocida jurista y profesora francesa, titulado precisamente *Face aux migrations, Etat de Droit ou état de siège*, París, Textuel, 2007.

- Castel, R., y otros, (2001), *Desigualdad y Globalización. Cinco Conferencias*, B Aires, Manantial
- Castells, M., (2004), *Europa en construcción. Integración, identidades, seguridad*, Barcelona, CIDOB
- Castells, M.(2003): *La era de la información. El poder de la identidad* (Alianza, Madrid).
- Castles, S., (2004), *Globalización e Inmigración*, en VV.AA. (Aubarell y Zapata, eds), *Inmigración y procesos de cambio, Barcelona*, Icaria
- Cole, Ph.,
- Dahkia, J., y Vincent, B., (2011), *Les musulmans dans l'histoire de l'Europe*, vol I., Une intégration invisible, Paris, Albin Michel, 2011.
- De Lucas, (coord.), (2009), *Los derechos de participación como elementos de integración de los inmigrantes* FBBVA 2009
- De Lucas, J., (2003), Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia, Valencia, Tirant lo Blanch, Cine y Derecho. Imágenes del Derecho en el cine.
- De Lucas, J., (2003), *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Barcelona, Icaria.
- De Lucas, J., (2005), “Fronteras e identidades: paradojas del proyecto europeo”, en el monográfico dedicado al Tratado constitucional por la edición española de Le Monde Diplomatique, Europa: momentos decisivos, 2005.
- De Lucas, J., Bueso, L., (2006), *La integración de los inmigrantes*, Centro de estudios constitucionales, Madrid 2006
- De Lucas, Javier, 2001, “Las sociedades multiculturales y los conflictos políticos y jurídicos”, pp. 61-102, en *La multiculturalidad. Cuadernos de derecho judicial VI*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- De Lucas/A Solanes coord), (2009), *La igualdad en los derechos, claves de la integración*, Madrid, Dikynson.
- Delahaye, V., /Rochefort, R., *Promesses de banlieue*, ed. de l'aube, 2007
- Dendoune, N., *Lettre ouverte a un fils d'immigré*, Danger public, 2007.
- Estefanía, J., (2012), *La ideología del miedo*,
- Etxeberria, X., Ruiz Vieytes, E., Vicente, T., (2007), *Identidad islámica y espacio público en el País Vasco*, Instituto de derechos humanos/Diputación e Vizcaya, Bilbao.
- Ferrajoli, L., (1998), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta(1998)
- Fourest, C., *Le choc des préjugés*, Calmann-Lévy, 2007
- Bourgon, D., *Un sens a la vie*, Seuil/arte, 2007.
- Fraser, N., (1997) *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes, Santa Fe de Bogotá, 1997.
- Fraser, N., (2000) « Rethinking Recognition », *New Left Review*, 3, 2000
- Fraser, N./ Honneth, A., (2003), *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange* (2003)
- Fraser, N., (2008), *Scales of Justice* (hay trad castellana,

- Escalas de justicia, Barcelona, Herder, 2008
- Fraser, N., (2009) Interview (Marta Avendaño), *Metrópolis*, primavera verano, 2009.
- Fregosi, F., *L'Islam dans la laïcité*, Hachette Pluriel, Paris, 2010
- García Cívico, J., (2010), "La medición de la integración social de los inmigrantes a través un sistema de indicadores coherente con la noción de ciudadanía inclusiva, *Universitas*, nº 12 julio 2010
- Gil Araujo, S., (2010), *Las argucias de la integración. Políticas migratorias, construcción nacional y cuestión social*, Madrid, IEPALA.
- Göde, N., (2005), *Interpretations: l'Islam et l'Europe*, Paris, Galaade, 2005.
- Göde, N., (2007), *Qué futuro depara el encuentro de Europa con el Islam?*, Documentos CIDOB, nº9, Barcelona, 2007.
- Habermas, J., (1999), La inclusión del otro (trad y estudio preliminar de J.C Velasco), Madrid, paidós.
- Halper, J., (2002), "Accommodation, Cultural space, contact Zones and the Management of Diversity in situations of Conflict: an anthropological Perspective", *Paper en el International Symposium on Immigration Policies in Europe and the Mediterranean*, Barceloa, 2002, publicado en Aubarell y Zapata (eds.), *Inmigración y procesos de cambio*, Barcelona, Icaria, 2004
- Hammar, T. (1990), *Democracy and the Nation-State: Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration*, Aldershot, Avebury.
- Heator, D. (2002), *World Citizenship: Cosmopolitan Thinking and its Opponents*, Continuum, London.
- Hirschman, A. (1970), *Exit, Voice and Loyalty. Responses to decline in firms, organizations and states*, Harvard Univ. Press, Cambridge (MA)
- Honneth, A., (1992) «Integrity and Disrespect: Principles of a Conception of Morality Based on the Theory of Recognition», *Political Theory*, 1992, 20(2), 187-201.
- Honneth, A. (1997) *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Barcelona, Crítica, 1997.
- Honneth, A., (2008) *La société de mépris. Vers une nouvelle théorie critique*, edición de Olivier Voirol ,Paris, La Découverte.
- Honneth, A., (2010), *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social* (con una entrevista a A Honneth por D Gamper), B Aires, Katz/CCCB.
- Innerarity, D., (2011), "Lapolítica después de la indignación", *Claves de Razón Práctica*, nº 218.
- Jiménez Redondo, M., "Que la laicidad se basa en la religión verdadera: Estado laico y sociedad postsecular", en en el monográfico "El desafío de la laicidad" de la Revista *Pasajes*, de otoño de 2005, nº 18.
- Kepel, G., (1987), *Banlieues de l'Islam* (Seuil, Paris, 1987).
- Kepel, G., (2011), *Quatre.vingt.treize*, Gallimard, Paris, 2011.
- Kymlicka, W. (1995), *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press.
- Kymlicka, W., (2001), *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, Citizenship* (Oxford: Oxford University Press, 2001)
- La Parra, E., (2005), "Concepto de la iglesia y proceso de secularización. Notas sobre la España del siglo XX", en *Pasajes*, nº 18, 2005, pp 25-37.
- Lema Tomé, (2007), *Laicidad e integración de los inmigrantes*, Marcial Pons, Barcelona, 2007
- Lévinas, E., (1991) *Entre nous. Essais sur le penser-à-l'autre*, Grasset, 1991
- Lochak, D, (2007) *Face aux migrations, Etat de Droit ou état de siège*, Textuel, 2007
- Maclure& Taylor, (2010), *Laïcité et liberté de conscience*, La Découverte, París 2010,
- Martinello, M. (ed.) (1997): *Migration, Citizenship and Ethno-National Identities in the European Union*, Aldershot: Ashgate
- Martínez de Pisón, 2000, *Constitución y Libertad religiosa en España*, Dykinson
- Mauger, G., (2007) *L'Emeute de novembre de 2005. Une révolte protopolitique*, ed. du Croquant Savoir/Agir, www.athèles.org, 2007.
- Mezzadra, S., (2005), *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Traficantes de sueños, Madrid, 2005
- Moreras, J. Y Planet, A., (2008), *Islam e Inmigración*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Foro nº 17, Madrid 2008.
- Moreras, J., (2007), *Musulmanes en Barcelona. Espacios y dinámicas comunitarias*. Barcelona, Cidob.
- Naïr, S., (2011) *La lección tunecina. Cómo la Revolución de la Dignidad ha derrocado al poder mafioso Galaxia Gutemberg*, Barcelona, 2011
- Naïr, S., (2010),
- Rancière, J., *La Haine de la démocratie*, La Fabrique, Paris, 2005

- Relaño Pastor, E., (2003) *La protección internacional de las minorías religiosas*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales.
- Rex, J. (1994): "Ethnic mobilisation in multicultural societies", in REX, J. And DRURY, B. (eds.). *Ethnic mobilisation in a multicultural Europe*, Ashgate: Milton Keynes.
- Rex, John, 1995, "La metropolis multicultural: la experiencia británica", pp. 197-223, en Lamo de Espinosa, Emilio (ed.) *Culturas, estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Madrid, Alianza Editorial
- Roché, S., *Le frisson de l'Emeute. Violences urbaines et banlieues*, Seuil, 2007
- Rosanvallon, J., *La contre-democratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, Paris, 2005
- Rouche, S., *Apologie du casseur*, Michalon, 2007
- Rubio Marin, R., (1999), Inmigracion Ilegal y Ciudadanía Nacional, *Claves de Razón Práctica* 1999.
- Rubio Marin, (2000), *Immigration As a Democratic Challege*. Cambridge. Cambridge University Press. 2000
- Rubio Marin, (2003), Taking Immigrants' Rights Seriously. *The Responsive Community*. Vol. 13. Núm. 2. 2003. Pag. 43-52
- Rubio Marin (2004), La Inclusión del Inmigrante: un Reto para las Democracias, en *La Inclusión del Inmigrante: un Reto para las Democracias Constitucionales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2004.
- Ruiz Vieytes (2007) *Las políticas de inmigración. La legitimación de la exclusión*, Bilbao, Instituto de derechos Humanos Universidad de Deusto.
- Ruiz Vieytes, (2010), *Derechos humanos en contextos multiculturales : derechos de acomodo o acomodo de derechos?*, Bilbao, Instituto de derechos Humanos Universidad de Deusto.-Diputación Foral de Guipúzcoa
- Ruiz Vieytes (2010), *Derechos humanos y diversidad religiosa*, Bilbao, Instituto de derechos Humanos Universidad de Deusto.-Diputación Foral de Guipúzcoa.
- Santos, Boaventura de Sousa (2011), *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Prometeo/Clacso
- Sartori, Giavanni (2000). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid. Taurus.
- Sassen, S, (2003) *Contragéografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid, Tráficantes de sueños.
- Sauvadet, TH., *Le capital guerrier. Concurrence et solidarité entre jeunes de cité*, A Colin, 2007
- Sayad, A., (1992) *L'immigration, ou les paradoxes de l'alterité* De Boeck Université, 1992. Posteriormente revisada y publicada en dos volúmenes: *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité. 1. L'illusion du provisoire*, Paris, Éditions Raisons d'agir, 2006. *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité. 2. Les enfants illégitimes*, Paris, Éditions Raisons d'agir, 2006.
- Sayad, A., (1999) *La double absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*. Paris, Seuil, 1999 (hay trad castellana, *La doble ausencia: de las ilusiones del emigrado a los*

- padecimientos del inmigrado*, Madrid, Anthropos, 2011 ).
- Sen, A.(2000): *Repenser l'inégalité*. (Seuil, Paris)
- Sennett, R. (2003): *El respeto, sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*. (Anagrama, Bartzelona)
- Shinner, L., (1967), « The concept of Secularization in Empirical Research », *Journal for the Scientific Study of Religion*, nº 6, 1967, pp. 207-220.
- Sintomer, Y., *Le pouvoir au peuple. Jurys citoyens, tirage au sort et démocratie participative*, La Découverte, Paris, 2007.
- Solanes (2004) “Las deficiencias de la política española sobre inmigración” y “Breve comentario sobre la reforma de la Ley de Extranjería y las últimas modificaciones que afectan al régimen jurídico del extranjero en España” en VV. AA. *Inmigración, Sociedad y Estado. Una cuestión abierta*. Junta de Andalucía. Consejería de Asuntos Sociales. Dirección General de Bienestar Social.
- Solanes, (2010), (ed.), *Derechos humanos, migraciones y diversidad*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Solomos, J. (1999): “The Politics of Citizenship and Nationality in a European Perspective”, in Martinello, M. (ed.) ( 1997 )
- Soysal, Y. (1994), *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*, Chicago, University of Chicago Press.
- Tafferant, N. (2007), *Les Bizness. Une économie souterraine*, PUF, Paris.
- Taylor, Ch., (1999), *Acercar las soledades. Ensayos sobre federalismo y constitucionalismo en Canadá*, Bilbao, Gakoa.
- Tissot, S., (2007), *L'Etat des quartiers*, Seuil, Paris.
- Torres, F., (2011), *La inserción de los inmigrantes. Luces y sombras de un proceso*, Barcelona, Talassa, 2011
- Valero, A., (2008), *Libertad de conciencia, Neutralidad del estado y Principio de Laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Madrid, Ministerio de Justicia.
- Vertovec, S. (2001): “Transnationalism and identity”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 27, nº 4, October
- Vincent, B. (2011), “Les musulmans dans l'Espagne moderne”, en Jocelyne Dahkia y Bernard Vincent, *Les musulmans dans l'histoire de l'Europe*, vol I., *Une intégration invisible*, Paris, Albin Michel, 2011.
- Vives, T.S., (2005), “Constitución, libertad religiosa y principio de laicidad”, en el monográfico “El desafío de la laicidad” de la Revista *Pasajes*, de otoño de 2005, nº 18.
- VVA (2004), (L Miraut, ed), *Justicia, Migración y Derecho*, Madrid, Dykinson.
- Weil, S., *L'Enracinement. «Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain»*, Paris, Gallimard, 1949, coll. « Idées » ; rééd. Gallimard, 1968
- Weil, S., (2010), *La conciencia del dolor y de la belleza*, Trotta, Madrid, 2010 (edición de E. Bea).
- Whitol de Wenden, Catherine, 1999, *L'immigration en Europe*, Paris, La Documentation française.
- Wihtol de Wenden, C.(1997): *La citoyenneté européenne*. (Presses de Sciences Po, Paris)
- Wilkinson y Pickett (2009) *Desigualdad: un análisis de la (in)felicidad colectiva*, Madrid, Turner, 2009
- Zapata, R., (2004), *Multiculturalidad e inmigración*. Madrid, Síntesis, Colección Ciencias políticas.

# Migraciones y derechos humanos. La nueva agenda política

Diego Morales, Pablo Ceriani y Ana Paula Penchaszadeh<sup>1</sup>

Tal vez nada ilustre mejor los dilemas actuales de la política migratoria que la tentación de seguir hablando de la “nueva” Ley de Migraciones. En efecto, esta “tentación” remite a las dificultades asociadas a la implementación efectiva de las reformas jurídicas y a la difícil cristalización en la “realidad”, en las instituciones y en las prácticas, de los cambios que, en *la letra*, proponen y prometen las normas. La ley 25.871 ya tiene más de 8 años de vigencia, por lo tanto, se impone la necesidad de hacer un balance crítico respecto de sus logros que, sin duda, son muchos e importantísimos, y, también, de sus fallas y trabas tanto “estructurales” (asociadas a lo que “dicen” la ley y su reglamentación) como “prácticas” (vinculadas a la forma en que se “pervierte” el espíritu de la ley en su aplicación efectiva en los distintos niveles estatales).<sup>2</sup>

A fines de 2003, con la aprobación de la ley 25.871, se inicia una nueva etapa en la historia de la política migratoria argentina. Esta importante decisión, producto –en gran parte– de propuestas y reclamos que durante años habían planteado numerosas organizaciones de la sociedad civil, significó un cambio trascendental respecto de la lógica restrictiva, discriminatoria y excluyente que caracterizó la política del país hasta ese momento. Al modelo de gestión policial sobre este tema, basado en la doctrina de la seguridad nacional, que definió la última dictadura militar (a través de la denominada “Ley Videla” –vigente durante veinte años de democracia) generando las condiciones para que un número alarmante de migrantes viviese en condiciones de irregularidad migratoria, se le opone hoy un modelo de gestión “hospitalaria” acorde con los estándares internacionales de derechos humanos.

En principio, la Ley de Migraciones y su Reglamento reconocen la migración como un derecho humano e imponen al Estado la obligación de establecer mecanismos de regularización migratoria, garantizar el acceso a la justicia en todo trámite de expulsión o detención y eliminar distinciones en el acceso a derechos sociales entre nacionales y extranjeros. Esto es cierto a medias y se ha cumplido en los últimos años de forma relativa. Como se intentará demostrar a lo largo de este artículo: a) si bien el migrar es un derecho humano, se imponen restricciones y limitaciones, en especial, pero no exclusivamente, a los migrantes “extra-mercadosur”, que contradicen en la práctica la supuesta prioridad estatal de regularizar la situación migratoria de los extranjeros en Argentina; b) son persistentes y claros los abusos y arbitrariedades en la administración y en la interpretación

<sup>1</sup>Diego R. Morales es Director Área derechos económicos sociales y culturales e inclusión del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) e investigador consulto del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús (CDH/UNLa), Pablo Ceriani es director del Programa de Migraciones y Derechos Humanos del CDH/UNLa, Ana Paula Penchaszadeh es investigadora del Conicet/IIGG e investigadora consulto del CDH/UNLa.

<sup>2</sup>Las reflexiones contenidas en el presente artículo recogen un gran parte de la información contenida en el capítulo sobre migraciones del Informe Anual del CELS - 2012.

de la normativa para realizar el control migratorio (detenciones “durante” el procedimiento migratorio, preocupante extensión indebida del “rechazo en frontera”, deportaciones de facto, exigencias abusivas de documentación para la realización de los trámites migratorios, entre otros); y c) se siguen haciendo distinciones de nacionalidad para la determinación del acceso y goce de derechos sociales básicos reconocidos por la ley universalmente (para nacionales y extranjeros indistintamente, y sin perjuicio de la condición migratoria).

La posibilidad de consolidar una agenda que vincule de manera definitiva la política migratoria y los derechos humanos exige detenerse en estas cuestiones pendientes, para asegurar una mayor protección de los derechos de los migrantes en la Argentina.

### **La realidad migratoria argentina: algunos datos importantes a tener en cuenta**

De acuerdo con el Censo Nacional de Población de 2010, el número de residentes extranjeros en Argentina aumentó en los últimos diez años del 4,2% al 4,5% del total de la población. Este crecimiento se asienta en una presencia sostenida de la inmigración latinoamericana, que comprende 1.470.000 de los 1.800.000 re-

sidentes no nativos. De manera consistente con el censo del año 2001, la migración más dinámica y activa proviene en mayor medida (75%) de Paraguay, Bolivia y Perú. Más de la mitad de los migrantes latinoamericanos son mujeres y alrededor del 60% del total reside en el área metropolitana de Buenos Aires (Ciudad Autónoma y 24 partidos del conurbano). Los niños, entre 14 años, suman casi 130.000 (el doble que en el censo 2001) y representan el 9% del total. Esta mayor presencia de niños sugiere una migración que proyecta su futuro en Argentina.<sup>3</sup>

Como señala la investigadora María Inés Pacceca<sup>4</sup>, los factores que inciden en la modificación de estas estadísticas son diversos, pero, entre ellos, son determinantes los factores económicos, es decir, la percepción de menores posibilidades de desarrollo en los países de origen y mayores oportunidades de empleo en Argentina. Es claro que existe una regulación de las migraciones por medio del reconocimiento de derechos; fórmula que resuelve situaciones históricas de desventajas y discriminaciones<sup>5</sup>, especialmente, en el caso de inmigrantes provenientes del Mercosur.

En 2007, el Estado argentino ratificó la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares”.<sup>6</sup> Su adopción no sólo era uno de los compromisos asumidos en el caso litigado por el CELS ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>7</sup>, sino que complementó de forma esencial las definiciones basadas en derechos humanos previstas en la Ley 25.871. Asimismo, su ratificación supuso el establecimiento de un mecanismo de evaluación y supervisión de la política migratoria argentina central, al que nos referiremos más adelante.

En mayo de 2010, la presidenta Cristina Fernández firmó el Decreto reglamentario nº 616/2010 de la Ley de Migraciones. Su texto fue elaborado por una comisión asesora conformada, en junio de 2008, por el Poder Ejecutivo, organizaciones de derechos humanos (entre ellas, el CELS), representantes de Naciones Unidas (el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados –ACNUR–, la Organización Internacional para las Migraciones –OIM–) y organizaciones religiosas (Centro de Estudios Migratorios Latinoamericanos).<sup>8</sup> Entre otras medidas, el reglamento redujo el margen de discrecionalidad administrativa para recha-

<sup>3</sup>María Inés Pacceca, “Análisis del Censo Nacional de Población del año 2010”, inédito. Pacceca es profesora e investigadora de la Universidad de Buenos Aires, y nos anticipó su documento de análisis para la elaboración de este artículo.

<sup>4</sup>Ibid.

<sup>5</sup>Para analizar las situaciones de desventaja, nos remitimos a CELS, “Política inmigratoria. Inmigración real y derechos humanos en Argentina”, en *Derechos humanos en Argentina. Informe 1995*,, Buenos Aires, 1995, p. 147 y ss.

<sup>6</sup>La convención, firmada por Argentina en 2004, fue finalmente ratificada el 23 de febrero de 2007.

<sup>7</sup>Véase Corte IDH, caso 12 306 “De la Torre c/Estado argentino”. Para un análisis del caso litigado por el CELS, véase CELS, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, p. 206 y ss.

<sup>8</sup>Entre 2004 y 2008, la Dirección Nacional de Migraciones elaboró algunas propuestas de reglamentación de la ley. Todas ellas fueron impugnadas u observadas por la Mesa de Organizaciones para la Defensa de los Derechos Humanos de los Migrantes. Para un mayor desarrollo de las críticas a los proyectos de reglamentación de la Ley de Migraciones, véase CELS, “A dos años de la nueva ley de migraciones: avances, cuestiones pendientes y casos preocupantes”, en *Derechos humanos en Argentina Informe 2005*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, pp. 339 a 342. En los debates de la Comisión Asesora, el CELS, que representó a diversas organizaciones sociales, se concentró en asegurar que la letra de la ley se respetara en el decreto y, por otra parte, se precisaron algunas cuestiones que la ley no había atendido de manera detallada; véase CELS-Fidh, ob. cit.

zar en frontera el ingreso de personas;<sup>9</sup> incorporó y precisó criterios migratorios que no estaban previstos en la ley; incluyó el deber de aplicar la convención de trabajadores migratorios y sus familias, en todo lo que sea más favorable que la propia ley;<sup>10</sup> reiteró la necesidad de garantizar que la retención judicial de migrantes fuese excepcional en procedimientos migratorios;<sup>11</sup> y aclaró que la radicación de un niño, niña o adolescente puede ser realizada por alguno de sus progenitores, sin la autorización expresa del otro.<sup>12</sup> La ratificación de la convención y la reglamentación de la ley completaron un cuadro normativo establecido por herramientas preexistentes, asegurando así una mejor y mayor protección de los derechos de los migrantes.

Vale la pena remarcar, en este sentido, que la Defensoría General de la Nación, con el apoyo de diversas organizaciones de derechos humanos, creó en 2007 la Comisión del Migrante<sup>13</sup> y la Comisión para la Asistencia y Protección de los Refugiados<sup>14</sup>. Ambas fijaron una agenda de trabajo para dar respuesta a las necesidades de la población migrante a la hora de acceder a la justicia.

También resulta oportuno destacar la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que reconoce los derechos de los migrantes y abre importantes espacios para la protección efectiva de sus derechos. En el caso “Zhang”, de 2007, la Corte analizó la nueva política migratoria definida en la Ley 25.871 y consideró ilegítima la decisión administrativa de rechazar un pedido de ingreso al país de la esposa de un migrante. Se citaron, en aquella oportunidad, el derecho a la reunificación familiar y el derecho de los extranjeros de solicitar su ingreso en Argentina a través de “criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales y las leyes”.<sup>15</sup> En un fallo más reciente, “Ni, I Hsing”, de 2009, la Corte consideró que el requisito de dos años de residencia en Argentina para solicitar la ciudadanía no refiere a residencia legal sino a la acreditación de la residencia efectiva en Argentina.<sup>16</sup>

A modo de reflexión preliminar, y arriesgando una interpretación más profunda del conjunto de reformas e innovaciones que se han producido en la última década, tanto en Argentina como en la región del Mercosur, conviene detenerse en un proceso que pareciera estar marcando el pulso de la nueva política migratoria: la latinoamericanización. En la década de los '90, producto en parte de las políticas de ajuste estructural, se enfatizaron los aspectos negativos de la “latinoamericanización”. *Latinoamericanizarse* significaba sin más el naufragio de la clase media y la pauperización/polarización de la sociedad. Los inmigrantes de “baja calidad”, nuestros vecinos latinoamericanos (“pobres”, “sucios”, “delincuentes”, “violentos”) representaron una de las caras visibles de los “desechos” del modelo neoliberal. Se despertaron por doquier los estereotipos coloniales latentes y la amenaza del “desierto”, esta vez encarnado por los países latinoamericanos limítrofes (con su pobreza, desorden y anarquía). Se podría decir que este proceso comienza a revertirse con el nuevo milenio, al

<sup>9</sup>Decreto reglamentario 616/2010, art. 35.

<sup>10</sup>Ibid., arts. 10 y 23, inc. a.

<sup>11</sup>Ibid., art. 70.

<sup>12</sup> Ibid., art. 9.

<sup>13</sup>Véase Resolución de la Defensoría General de la Nación 1858/08, del 28 de noviembre de 2008, disponible en: [http://www.mpd.gov.ar/uploads/1268745874Comision%20del%20Migrante\\_RES.%201858\\_2008.pdf](http://www.mpd.gov.ar/uploads/1268745874Comision%20del%20Migrante_RES.%201858_2008.pdf)

<sup>14</sup>Véase Resolución de la Defensoría General de la Nación 1071/07, disponible en: <http://www.mpd.gov.ar/articulo/index/articulo/resoluciones-712>

<sup>15</sup>CSJN, Fallos, 330:4454.

<sup>16</sup>Ibid., 332:1466.

punto de que la única vía confiable para lograr la independencia hoy, al menos en la retórica de los países de la región, pareciera consistir en una reorganización e integración de la región y en un fortalecimiento del vecinazgo latinoamericano. El Mercosur, en base a una alianza de gobiernos más progresistas que en años anteriores, ha redefinido el espacio político latinoamericano a partir de una integración que, a todas luces, parece positiva en términos de mayores facilidades para la circulación de las personas, aunque aún presenta enormes desafíos pendientes en este campo. En tal sentido, el programa Patria Grande y la nueva ley de migraciones promueven y favorecen una extranjerización de la ciudadanía palpable en muchos aspectos.

Sin embargo, como se mostrará en este artículo, son muchos los obstáculos que aún deben vencerse para que se apliquen de manera amplia los derechos contenidos en la normativa vigente. En este punto, a la gran política estatal, plasmada en leyes nacionales y convenciones y pactos regionales e internacionales de carácter claramente “hospitalario”, se le oponen prácticas micropolíticas y burocráticas claramente discriminatorias y xenófobas. Sigue vigente y actual, entonces, una *política* de los derechos humanos atenta y vigilante a la discriminación de los extranjeros y extranjeras que pareciera ser inextirpable y latente en nuestras democracias contemporáneas. Un claro ejemplo de la persistencia de estos elementos “regresivos” y “hostiles”, contra las poblaciones migrantes del Mercosur (que arruina de antemano una consideración romántica de la “latinoamericanización”), pudo observarse en el rebrote xenofóbico que tuvo lugar en el marco del conflicto habitacional del Parque Indoamericano. Por otro lado, en términos de la política de derechos humanos, también es preciso prestar atención a todas aquellas personas que no se encuentran comprendidas en la “nueva región” ni en la lógica de reciprocidades del Mercosur: ¿qué está pasando y qué podría pasar con todos aquellos que son categorizados como “extramercosur”? Pues, no vaya a ser que, poniendo el énfasis en el inédito proceso de integración y extensión reciproca de derechos en el Mercosur, se invisibilice el carácter excluyente de la nueva frontera (aquí habría que pensar, por ejemplo, en los “errores” de la integración europea y evitar emular acuerdos como el de Schengen).

En suma, indagar si las decisiones políticas,

institucionales y jurisprudenciales en materia migratoria han producido un impacto concreto sobre quienes migraron a la Argentina, es una tarea imperiosa y urgente. Sobre la base de este propósito analizaremos las situaciones que afectan los derechos de los migrantes en Argentina en la actualidad, desde la perspectiva de los derechos humanos.

### **La regularización ¿para todos, para algunos, derecho u obligación?**

En materia de la gestión migratoria para acceder a una residencia formal en Argentina, los migrantes encuentran obstáculos y dificultades asociados a la falta de implementación efectiva o a la mala o inconsiguiente interpretación de las reglas establecidas. De este modo, las fallas en el diseño de políticas de regularización representan algunas de las deficiencias burocráticas que impactan negativamente sobre la situación jurídica de los migrantes. Nos detendremos aquí en los problemas que enfrentan aquellos migrantes contemplados por el Programa Patria Grande, por un lado, y en los problemas u obstáculos que deben sortear los migrantes extra-Mercosur, por otro.

Las estadísticas disponibles revelan un avance significativo de los trámites de regularización migratoria desde la sanción de la Ley de Migraciones y del decreto reglamentario. Desde 2004 hasta diciembre de 2011, se han iniciado 1.383.855 trámites de radicación y se resolvieron más de 1.198.280 expedientes. Dentro de estos trámites se incluye el programa de regularización migratoria Patria Grande que parece haber dado respuesta a los obstáculos y costos excesivos que se les imponían a los migrantes para radicarse antaño. No obstante, nos interesa destacar que subsisten dificultades en la implementación e interpretación de la ley que limitan el efectivo acceso a la radicación en Argentina, sea en programas de regularización específicos o con relación a grupos que pertenecen a ciertas nacionalidades.

La nueva Ley de Migraciones 25.871 se dictó, como señalamos, en un contexto en que existía un número muy alto de personas en situación migratoria irregular –sobre todo de países limítrofes y de Perú–, cuestión que constituyó uno de los principales desafíos de la ley vigente. En el art. 17, la ley establece que “El Estado proveerá lo conducente a la adopción e

implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”; el Decreto reglamentario 616/2010, por su parte, precisó aún más las obligaciones legales de la autoridad migratoria para cumplir con esa medida.<sup>17</sup>

Se incorporó así una nueva categoría relevante para acceder a la regularización migratoria y obtener una residencia en el país. A los tradicionales criterios de radicación (como trabajo, vínculos familiares, razones de estudios) se sumó el derecho a residir por parte de los nacionales de los países del Mercosur o asociados.<sup>18</sup> El programa Patria Grande tuvo como objetivo la regularización migratoria de nacionales del Mercosur y países asociados que no pudieron obtener un certificado de residencia legal en el país durante los años de vigencia de la Ley 22.439 y de su decreto reglamentario 1023/94. El plan apuntó a la regularización de aquellas personas que habían ingresado con anterioridad al 17 de abril de 2006, y se extendió para aquellos que ingresaron hasta el 31 de mayo de 2008, de acuerdo a los términos del Decreto 578 de 2005. El Estado calculaba regularizar a cerca de 750.000 migrantes.<sup>19</sup>

En agosto de 2010, más de cuatro años después de la implementación de Patria Grande, la Dirección Nacional de Migraciones<sup>20</sup> informó que, de las 423.697 personas que se habían inscripto en el programa, 98.539 obtuvieron una radicación permanente, 126.385 recibieron radicaciones temporarias y 187.759 no completaron la documentación requerida para obtener su radicación.

Algunas de las razones que incidieron en la escasa cantidad de certificados de residencia otorgados fueron la poca difusión de la información acerca de cómo realizar los trámites de renovación de certificados de residencia precarios y temporarios para obtener la residencia permanente; la exigencia de requisitos de difícil cumplimiento, como solicitar el certificado de ingreso al país en la etapa de renovación de residencias, previo a la obtención de residencias permanentes, o declarar un domicilio estable, el costo de los trámites, la clausura de los expedientes de regularización sin notificación efectiva de tal situación y la solicitud de actualización de datos sin la debida antelación, pueden señalarse como principales causas.

Durante 2011, además, en varios de los trámites administrativos analizados pudo comprobarse que la autoridad migratoria considera que, aquellas personas que no han completado el trámite de regularización migratoria Patria Grande, no tienen la voluntad de hacerlo y, por lo tanto, deben ser alcanzadas por una orden de expulsión del territorio, lo cual no es fiel ni a la letra ni al espíritu de la ley vigente. Como ejemplo, cabe mencionar el caso de una mujer de nacionalidad uruguaya,<sup>22</sup> con residencia en la Argentina desde 1986 e hijos argentinos, que recibió, el 15 de julio de 2011, la disposición de la Dirección Nacional de Migraciones SDX 201665, por la que se ordenaba su expulsión del país y se le prohibía el reingreso durante cinco años, porque –según la autoridad migratoria–, no había dado cumplimiento a la intimación de regularizarse en el marco del programa Patria Grande.

Frente a esta situación, cabe preguntarse si serán expulsados los nacionales del Mercosur o países asociados que no

<sup>17</sup>Decreto 616/2010, art. 17: “Con el fin de regularizar la situación migratoria de los extranjeros, la Dirección Nacional de Migraciones podrá: a) Dictar disposiciones que simplifiquen y agilicen los trámites administrativos respectivos. b) Celebrar convenios y recurrir a la colaboración de organismos públicos o privados. c) Desarrollar e implementar programas en aquellas zonas del país que requieran un tratamiento especial. d) Celebrar convenios con autoridades extranjeras residentes en la República Argentina a fin de agilizar y favorecer la obtención de la documentación de esos países. e) Fijar criterios para la eximición del pago de la tasa migratoria, en casos de pobreza o cuando razones humanitarias así lo justifiquen.”

<sup>18</sup>En efecto, el art. 23 de la ley prevé que “Se considerarán ‘residentes temporarios’ todos aquellos extranjeros que, bajo las condiciones que establezca la reglamentación, ingresen al país en las siguientes subcategorías: [...] i) Nacionalidad: ciudadanos nativos de Estados parte del Mercosur, Chile y Bolivia, con autorización para permanecer en el país por dos (2) años, prorrogables con entradas y salidas múltiples”. Por disposición de la Dirección Nacional de Migraciones de 2004, este criterio alcanzó primero a nacionales de Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay (la Disposición DNM 2079/2004, del 28 de enero de 2004, decidió suspender la expulsión de todo migrante irregular oriundo de esos países), y después se amplió a las personas nacionales de los países asociados al Mercosur (Disposición DNM 29.929/2004, del 17 de septiembre de 2004). En tanto esta segunda resolución de la Dirección Nacional de Migraciones no hace una mención expresa país por país sino una referencia genérica a los Estados de este bloque regional, su alcance se irá ampliando automáticamente a todas las personas originarias de países que con posterioridad se asocien o sean parte del Mercosur.

<sup>19</sup>Según el propio presidente de la Nación de entonces, Néstor Kirchner, cuando anunció públicamente su lanzamiento a fines de 2005. Esta misma información figuraba en el sitio web del plan, que ya no se encuentra en Internet.

hayan finalizado el programa de regularización Patria Grande. Además de contradecir a la Ley de Migraciones y su reglamentación, esta decisión administrativa puede generar un aumento de la cantidad de migrantes en situación irregular sujetos a expulsión. Ante esto, el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios recomendó a la Argentina que “facilite el acceso de los trabajadores migratorios a los procedimientos de regularización, ampliando los plazos para los solicitantes, reduciendo las tasas administrativas y los requisitos de documentación y simplificando los procedimientos de regularización”.<sup>23</sup>

En otro orden de cosas, en los últimos años, se ha constatado el aumento de los flujos migratorios extra-Mercosur hacia Argentina. Aun cuando las cifras siguen siendo considerablemente inferiores respecto de las migraciones provenientes de los países limítrofes y otras naciones sudamericanas, también se ha evidenciado un arribo creciente de migrantes de otras regiones: migrantes africanos vía marítima o aérea, así como personas de países centroamericanos y caribeños.<sup>24</sup>

Respecto de los problemas que deben enfren-

tar los migrantes extra-Mercosur, para regularizar su situación migratoria, es preocupante, en particular, la situación de tres comunidades. Nos referimos aquí a la situación de las personas provenientes de Senegal, Haití y República Dominicana, cuyos problemas han sido abordados por un grupo de organizaciones sociales e instituciones públicas, desde 2010.<sup>25</sup> Al no poder contar con una autorización de residencia con base en algunos de los criterios previstos en la ley migratoria, se encuentran realmente al margen de la protección ofrecida por la ley. Muchas de estas personas se hallan, precisamente, en la situación de vulnerabilidad que la ley migratoria debería revertir, en especial, a través del derecho a la residencia formal (que funciona como un “derecho a tener derechos” básicos).

En este punto, cabe remarcar que el Estado ha tomado en cuenta la necesidad de buscar alternativas de regularización de migrantes extra-Mercosur. El Director Nacional de Migraciones hizo saber, en una reunión celebrada el 2 de junio de 2011 con organizaciones de la sociedad civil, que el Estado argentino estaría interesado en formalizar un acuerdo migratorio de cooperación y regularización con Senegal. Esta información también fue brindada por el Estado argentino ante el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, que recomendó a la Argentina que “Intensifique las negociaciones bilaterales a fin de encontrar una solución para que la situación de irregularidad de los migrantes senegaleses que hayan ingresado ilegalmente al Estado parte no persista”.<sup>26</sup>

En el caso de personas de República Dominicana, se ha observado que en los trámites de radicación iniciados se solicitan mayores requisitos que los habituales o que, incluso, se incorporan procedimientos administrativos no utilizados en otros procesos de regularización. Por ejemplo, en los casos relevados en el marco de la “Clínica jurídica para la protección y promoción de los derechos de los migrantes y refugiados UBA-CELS-CAREF”, se ha comprobado que a aquellas personas de República Dominicana que solicitan residencia permanente por matrimonio con un nacional argentino se las obliga a presentarse con su cónyuge ante la Dirección Nacional de Migraciones para tomar declaración a ambos por separado.<sup>27</sup> En la citación no se especifican ni se justifican los motivos ni los objetivos de esa declaración; tampoco se les advierte

<sup>20</sup>Véase informe estadístico sobre el Programa Patria Grande en <[www.migraciones.gov.ar/pdf\\_varios/estadisticas/Patria\\_Grande.pdf](http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/Patria_Grande.pdf)>. Se trata de la última información oficial disponible.

<sup>21</sup>Véase CELS, CAREF y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús, “Informe alternativo para el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, 15º período de sesiones, evaluación sobre la Argentina. Disponible en [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/ngos/Contrainforme-CELS\\_CMW15\\_Argentina.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/ngos/Contrainforme-CELS_CMW15_Argentina.pdf)

<sup>22</sup>Expediente administrativo 168269/2010.

<sup>23</sup>Véase Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, documento citado, párrafo 34, inc. b.

<sup>24</sup>Este apartado se basa, en parte, en el Documento elaborado por diversas organizaciones no gubernamentales, entidades académicas y asociaciones de migrantes, organismos públicos (UNLA, CELS, IARPIDI, CAREF, Cinemigrante, Defensoría General de la Nación, entre otras), que fuera presentado ante la Dirección Nacional de Migraciones el día 27 de mayo de 2011, bajo el título “La ley migratoria, el derecho a migrar y el acceso a la residencia: una ley para todos, un derecho universal”.

<sup>25</sup>Entre las organizaciones que forman parte de esta iniciativa podemos mencionar la Asociación de Senegaleses Residentes en Argentina, la Asociación de Haitianas/os Residentes en Argentina, la Asociación de Dominicanas/os Residentes, IARPIDI, la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio, la Comisión del Migrante, el Ministerio Público de la Defensa, Cine Migrante, CAREF, Centro de Derechos Humanos - UNLa, FCCAM, Clínica de Migraciones de Neuquén, Pastoral de Migraciones, COPADI, ADC, entre otras.

<sup>26</sup>Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, documento citado, párrafo 24, c.

<sup>27</sup>La “Clínica jurídica para la protección y promoción de los derechos de

los migrantes y refugiados" se implementó en 2002, mientras estaba todavía vigente la Ley Videla, en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, mediante un convenio entre la UBA, el CELS y el CAREF. Esta experiencia se trasladó a diversas provincias y regiones del país. Así, en Neuquén se creó una "Clínica para la protección del migrante", que funciona en el ámbito de la Universidad del Comahue, en convenio con la Pastoral de Migraciones. En el norte, en la provincia de Jujuy, la Universidad Católica de Santiago del Estero celebró un convenio con la organización Abogados y Abogadas para los Derechos Humanos y Sociales (ANDHES), para crear también una clínica especializada en la defensa de los derechos de los migrantes. Por último, en la provincia de Santa Fe, a partir de la insistencia del catedrático Gabriel Chausovsky, de la Universidad Nacional del Litoral, se creó la "Clínica para la protección de los derechos humanos de los migrantes". Chausovsky –juez de la Cámara Federal de Paraná y docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL– falleció en diciembre de 2010. Fue uno de los pocos magistrados del país que a fines de los años ochenta tuvo el coraje de declarar la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final. Durante la década de 1990 luchó por la derogación de la Ley de Migraciones 22.439 y luego realizó aportes fundamentales para la elaboración y reglamentación de la ley vigente, sancionada en 2003. La clínica de Santa Fe se creó en septiembre de 2010, con el apoyo del CELS.

<sup>28</sup>De acuerdo a reuniones que hemos mantenido con algunos funcionarios de la Dirección Nacional de Migraciones, quienes señalaron que la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549, en su art. 1 establece que "Las normas del procedimiento que se aplicarán ante la Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos: Requisitos generales: impulsión e instrucción de

que serán sometidos a una entrevista sobre su vida privada. Los resultados de esas entrevistas han sido considerados como antecedentes de hecho para declarar la ilegalidad de la permanencia en Argentina, negando así la validez de un documento público.

La autoridad migratoria considera que el decreto reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos los habilita para tomar declaración y producir pruebas.<sup>28</sup> También sustenta la realización de entrevistas en el decreto reglamentario de la citada ley de procedimientos administrativos.<sup>29</sup> En rigor, el art. 59 del reglamento prohíbe la declaración de la parte interesada como prueba del procedimiento administrativo, salvo que esta sea voluntaria y se brinde sin ningún tipo de presión.<sup>30</sup> Por lo tanto, la propia regulación de las pruebas en el procedimiento administrativo excluye este sistema de declaraciones obligatorias y repentina. En todo caso, y si la autoridad administrativa tuviera sospechas fundadas o dudas razonables sobre la validez del matrimonio, podría definir un protocolo o instrumento administrativo que indique los objetivos, supuestos y el procedimiento que debieran seguirse para la realización de medidas de prueba que tiendan a descartar esas sospechas o dudas razonables.

Además de estas situaciones que revelan la falta de implementación efectiva y de interpretación acorde de las normas que regulan las migraciones en Argentina, aún está pendiente la puesta en práctica del criterio de trabajador migrante sin contrato de trabajo o por cuenta propia, central para facilitar la regularización de la situación migratoria de personas provenientes de países extra-Mercosur. Tal como han afirmado las organizaciones sociales que reclaman la regularización migratoria de personas de países no pertenecientes al Mercosur, es necesario que se aplique de manera correcta el art. 23, inc. a del Decreto 616/2010; éste prevé que, para obtener una residencia como trabajador migrante, "se tendrán en cuenta las definiciones y condiciones establecidas por la 'Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares', aprobada por la Ley 26.202".<sup>31</sup> En la actualidad, este tipo de trabajadores migratorios no puede acceder al criterio del mencionado artículo, pues sólo se otorga residencia a las personas empleadas en "relación de dependencia", dejando sin protección a los demás trabajadores migrantes reconocidos por la convención.

En este sentido, el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios le recomendó al Estado argentino que "revise la definición de trabajador migratorio para cerciorarse de que incluya a los trabajadores por cuenta propia, de conformidad con el art. 2, inc. h, de la convención y el art. 23 del Decreto 616/2010, a fin de que los migrantes por cuenta propia de países no pertenecientes al Mercosur tengan acceso a los procedimientos de regularización".<sup>32</sup>

#### **Abusos y arbitrariedades en la administración e interpretación del control migratorio**

La autoridad migratoria ha considerado que los antece-

dentes migratorios de los migrantes de países extra-Mercosur, en particular, y la falta de documentación que acredite su ingreso al país, constituyen por sí mismos elementos para declarar la irregularidad migratoria y ordenar la expulsión del territorio argentino, sin habilitar la instancia judicial obligatoria en todo trámite de este tipo. Esta es una aplicación incorrecta de la ley. Su art. 29, inc. i, establece que “Intentar ingresar o haber ingresado al territorio nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados para tal efecto” habilita una expulsión en la frontera, pero éste se refiere sólo a aquellos casos en los que la autoridad migratoria intercepte a una persona en esa situación en el momento de ingreso inmediato al país o en el intento de ese ingreso. Por el contrario, este criterio no puede aplicarse para evaluar la permanencia de una persona

oficio. a) Impulsión e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones.b) Celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites”.

<sup>29</sup>Decreto reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos 1759/72, art. 46: “De la prueba. La Administración, de oficio o a pedido de parte, podrá disponer la producción de prueba respecto de los hechos invocados y que fueren conducentes para la decisión, fijando el plazo para su producción y su ampliación, si correspondiere. Se admitirán todos los medios de prueba, salvo los que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios”.

<sup>30</sup>Ibid., art. 59: “Sin perjuicio de lo que establecieren las normas relativas a la potestad correctiva o disciplinaria de la Administración, no serán citados a prestar confesión la parte interesada ni los agentes públicos, pero estos últimos podrán ser ofrecidos por el administrado como testigos, informantes o peritos. La confesión voluntaria tendrá, sin embargo, los alcances que resultan de los arts. 423, 424 y 425 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.”

<sup>31</sup>“Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, art. 2, inc. h: “Se entenderá por ‘trabajador por cuenta propia’ todo trabajador migratorio que realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales”.

<sup>32</sup>Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, documento citado, párrafo 23, inc. c.

<sup>33</sup>Causa 40 735 “Gueye, Abdou s/ hábeas corpus”, que tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 39, de la ciudad de Buenos Aires. El juez rechazó el hábeas corpus; sin embargo, la autoridad migratoria, sobre la base de los antecedentes jurídicos señalados, decidió suspender la orden de expulsión y ordenó la libertad del migrante detenido.

<sup>34</sup>En este sentido, el mencionado tribunal reiteró una jurisprudencia de la mencionada cámara del año 2004, del voto del juez Gabriel Chausovsky, quien señaló: “las facultades de control de la autoridad migratoria (y aquellas fuerzas que actúan como delegadas de la misma), reconocen dos momentos de ejercicio, con diferentes atribuciones en cada caso. La primera, indicada en el art. 35, está vinculada al control en frontera, estableciendo

ya ingresada en el país, como es el caso de muchos de los residentes de Senegal en Argentina. En estos casos es aplicable el art. 61 de la ley, que sostiene que “Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión”, y no las reglas establecidas para el rechazo en frontera, previstas en el art. 35 de la ley y en el correspondiente del Decreto reglamentario 616/2010.

En este sentido, se ha comprobado en diferentes procesos judiciales que la autoridad migratoria ha dictado expulsiones sin requerir la correspondiente intervención judicial para analizar la legalidad de la medida administrativa, confundiendo así la aplicación de los impedimentos de ingreso y con las condiciones de permanencia en el país.

A modo de ejemplo, en el proceso de hábeas corpus por la detención, en la provincia de San Luis, de un migrante de nacionalidad senegalesa - que llevaba varios años residiendo en el país - se constató que la autoridad migratoria, al momento de dictar la expulsión, consideró que el extranjero no había acreditado su ingreso a la Argentina por un lugar habilitado. En consecuencia, ordenó su expulsión de manera inmediata, sin intimarlo a presentar los documentos que acreditaran trámite de regularización y sin solicitar la intervención judicial para analizar la legalidad de la expulsión; sólo se requirió la intervención para detenerlo.<sup>33</sup>

Un caso similar tuvo lugar, en junio de 2011, en otro proceso de hábeas corpus iniciado ante la detención de varias personas de nacionalidad china. La Cámara Federal de Paraná, en la provincia de Entre Ríos, declaró la ilegalidad de la práctica de la autoridad migratoria que utilizó reglas distintas, a las previstas en el art. 61 de la Ley de Migraciones, para la expulsión y detención de migrantes que no se encontraban en la frontera.<sup>34</sup>

Recientemente, una nueva situación alertó sobre la continuidad de la práctica de detención y expulsión de personas de nacionalidad senega-

diversos casos y la consecuente actuación de la autoridad de aplicación para cada uno de ellos. Traspasada la frontera e ingresada la persona al país, estas reglas se tornan absolutamente inaplicables. No interesa la mayor o menor eficacia del control efectuado o su elusión, una vez en el país ya no puede procederse en base a la norma citada. La segunda, regulada a partir del art. 61, establece los deberes relativos a la constatación, ya dentro del país, de una situación de supuesta irregularidad migratoria. Desde ya corresponde señalar que el supuesto en tratamiento encuadra en esta última situación, toda vez que las personas han sido controladas dentro del territorio nacional. Siendo así, si la autoridad de aplicación interpreta que se encuentra frente a un caso de irregularidad, la norma es clara y precisa: debe, en primer término, comisionar a regularizar la situación, otorgando un plazo para ello, apercibiendo a la persona respecto a que si no lo hace, se decretará su expulsión, todo ello mediante la formación del correspondiente expediente administrativo [...]. Por lo demás, la expulsión no es ejecutable directamente por la autoridad administrativa (como era en la anterior ley), sino que tiene efecto suspensivo, dado que debe mediar intervención judicial de revisión de la decisión administrativa. En la Ley 25.871 los actos administrativos migratorios que involucran a personas, no son ejecutables sin control judicial. Este comprende, no sólo el acto expulsorio, sino las decisiones administrativas que declaran la irregularidad de la permanencia y demás circunstancias del caso, dado que la expulsión es la consecuencia y efecto de una previa declaración, sea de irregularidad de la permanencia, sea de cancelación de la residencia otorgada". Cámara Federal de Paraná, "Concepción del Uruguay Juzgado Federal n°1 Expediente. 5-17 559 – 20 768-2011 - Incidente de hábeas corpus deducido por Dai Jianqing, Lin Xuehui, Xie Chenguang y Zhuang Bisheng - Relacionado con los autos 32/11 caratulados: 'Dirección Nacional de Migraciones s/r detención de personas de nacionalidad china'", sentencia del 11 de junio de 2011.

<sup>35</sup>La participación de fuerzas de seguridad provinciales es, precisamente, uno de los temas más cuestionados en Estados Unidos en relación con las leyes migratorias draconianas

lesa, sin aplicar las reglas previstas en la Ley de Migraciones. El 17 de enero de 2012, cuatro personas de Senegal fueron detenidas y expulsadas sin intervención judicial alguna, de acuerdo a las declaraciones del jefe de la Delegación de la Dirección Nacional de Migraciones en Jujuy. Según los testimonios recabados, tampoco siquiera se inició un procedimiento administrativo, siendo trasladados desde Maimará hacia la frontera y enviados a Bolivia sin proceso alguno. Otra cuestión grave del caso es que las personas fueron sometidas a un control migratorio y seguidamente detenidas varias horas por la policía provincial, quien no tiene competencia para actuar como policía migratoria auxiliar.<sup>35</sup>

También se ha advertido que la autoridad migratoria elude el art. 61 de la Ley de Migraciones para la determinación de la condición de un migrante, en casos en los que la permanencia de una persona en Argentina estaría limitada por el impedimento previsto en el inc. c del art. 29 de la ley, que dice: "haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca pena privativa de la libertad de tres (3) años o más".

En los casos en que la autoridad migratoria verifica que existen antecedentes penales resuelve decretar una orden de expulsión contra las personas alcanzadas por este impedimento migratorio, sin hacer ninguna consideración previa sobre la situación familiar o las condiciones de la permanencia de la persona en Argentina, tal como prevé el mencionado art. 61; de esta forma, se actúa en clara contradicción con los objetivos de la ley, contenidos en el inc. d del art. 3. Una vez librada la orden de expulsión, cuando la persona manifiesta su disconformidad y aporta pruebas de relaciones familiares con nacionales argentinos o extranjeros con residencia regular, es posible obtener una decisión del Ministerio del Interior, llamada "dispensa ministerial".<sup>36</sup> Esta decisión está sujeta a la discrecionalidad de la autoridad migratoria que ha de propiciar la dispensa o no. En este sentido, la decisión de ordenar la expulsión del territorio de una persona, sin que exista un espacio formal y adecuado para acreditar la existencia de interés por residir en Argentina, obliga a la presentación de acciones judiciales de impugnación de la expulsión.

También es posible advertir que la falta de aplicación de las condiciones y procedimientos previstos en el artículo 61 de la ley 25.871, el derecho a la reunificación familiar y la causal que limita la permanencia de las personas extranjeras establecida por el inc. c del art. 29 de la mencionada ley emerge en el ámbito judicial. En un fallo de 2010 la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF)<sup>37</sup> confirmó el rechazo a un amparo presentado por una persona sobre la que pesaba una orden de expulsión por haber sido condenada a la pena de cinco años de prisión. Esta persona tenía una familia conformada por su mujer argentina y tres hijos menores también argentinos, y estaba finalizando la carrera de abogacía, que había iniciado en simultáneo con su condena. El Tribunal

se limitó a decir que no existía arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, palmaria u ostensible en la orden de expulsión, ya que se encontraba verificada la causal del art. 29, inc. c, y mencionaba que la previsión de la dispensa ministerial de ese mismo artículo es una facultad discrecional otorgada a la Dirección Nacional de Migraciones.

Conviene indicar que en el mes de septiembre del año 2011, el Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, en su primera evaluación sobre la situación de los migrantes en Argentina, con relación al cumplimiento de las obligaciones de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, señaló lo siguiente: *"Preocupa al Comité que la Dirección Nacional de Migraciones no toma en consideración las circunstancias personales, familiares y*

adoptadas en 2010 y 2011 por estados ultraconservadores como Alabama, Arizona y Georgia.

<sup>36</sup>Ley 25 871, art. 29.

<sup>37</sup>Nos referimos al expediente del Juzgado nº 7, Secretaría nº 14, "Granados Poma, Héctor c/EN, DNM - Resolución 104574/09 (Expediente 2293077/07) s/amparo Ley 16 986". Decisión confirmada por la CNACAF, Sala III, el 2 de noviembre de 2010.

<sup>38</sup>En el ámbito del sistema interamericano de protección de derechos humanos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, analizó situaciones en las que se encuentran en tensión estos principios. Por ejemplo en el caso publicado en el Informe No. 81/10 del 12 de julio del año 2010, la Comisión señaló que: "La Comisión Interamericana ha reconocido regularmente que --de acuerdo al derecho internacional-- los Estados Miembros tienen la facultad de controlar el ingreso, residencia y expulsión de no ciudadanos. En consecuencia, en su Informe de Canadá la CIDH expresó que "el Estado indudablemente tiene el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros. El Estado tiene razón cuando nota que bajo ciertas circunstancias, el derecho individual protegido bajo la Declaración Americana puede estar limitado por el interés de "la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático". (...) "Por otro lado, la CIDH ha alertado que "en el ejercicio de este derecho a expulsar a extranjeros, los Estados miembros deben tener en cuenta ciertas protecciones que consagran valores fundamentales de las sociedades democráticas." Con este fin, la CIDH ha observado que "la política de inmigración debe garantizar a todos una decisión individual con las garantías del debido proceso; debe respetar el derecho a la vida, a la integridad física y mental, familiar y el derecho de los niños a obtener medios especiales de protección." (...) "De conformidad con el derecho internacional, la Comisión Interamericana ha encontrado que en esta área no son absolutos, ni el ámbito de acción del Estado ni los derechos de una persona que no es ciudadana. En cambio, la CIDH ha coincidido con muchos órganos internacionales en que debe haber una prueba de equilibrio, conforme a la cual se pesa el interés legítimo del Estado de proteger y promover el bienestar general vis-a-vis los derechos fundamentales de los residentes no ciudadanos, tales como el derecho a la vida familiar".

*profesionales o la duración de la permanencia en el Estado parte de los migrantes, y se limita a fundamentar las órdenes de expulsión en los impedimentos legales para el ingreso y la permanencia legales de los migrantes (artículo 29 de la ley de migraciones)..."*

En definitiva, la tensión entre el alcance de la potestad pública para decidir qué criterios habilitan la expulsión de migrantes del territorio argentino y el grado de reconocimiento de los derechos humanos de éstos, exige el desarrollo y conclusión de un juicio de ponderación que asuma las reglas establecidas en la mencionada ley de migraciones y en tratados internacionales de derechos humanos.<sup>38</sup>

#### **¿Acceso universal y sin distinciones a los derechos sociales reconocidos en la Ley de migraciones?**

Es preciso remarcar, también, la falta de aplicación de la ley con relación al acceso de los migrantes a sus derechos sociales y, en particular, a la seguridad social. Siguen vigentes normas que establecen distinciones entre nacionales y extranjeros en el acceso al derecho a la seguridad social (en especial, a las pensiones por discapacidad o a la vejez). Asimismo, los niños y niñas migrantes, con una residencia menor a tres años, se encuentran excluidos de la asignación universal por hijo. Estas situaciones contradicen el reconocimiento de los migrantes como sujetos de derecho.

La Ley de Migraciones establece, en sus arts. 5 a 8, la igualdad entre nacionales y extranjeros con relación al acceso a derechos sociales. Esta disposición implica la revisión de las normas y políticas vigentes en relación con el acceso a los derechos, de modo de eliminar o reformar toda distinción o negación basada en la condición migratoria de la persona. También exige la adopción de medidas para que los distintos órganos del Estado aseguren esta igualdad en el acceso a derechos.

En distintos ámbitos, las definiciones normativas señaladas han tenido algún tipo de impacto. Por ejemplo, a fines de 2006, la Ley de Educación Nacional 26.206, estableció en su art. 143 que "El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán garantizar a las personas migrantes sin Documento Nacional de Identidad (DNI), el acceso y las condiciones para la permanencia y

el egreso de todos los niveles del sistema educativo, mediante la presentación de documentos emanados de su país de origen, conforme a lo establecido por el art. 7 de la Ley 25.871".<sup>39</sup> No obstante, existen otros espacios institucionales en los que el reconocimiento de derechos sociales de los migrantes contemplado por la ley presenta diversos obstáculos.<sup>40</sup> Nos interesa destacar aquí la falta de aplicación de la ley en el acceso al derecho a la seguridad social, teniendo en cuenta que aquellos programas o políticas sociales creados para atender a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad establecen restricciones para su acceso en el caso de migrantes.

Respecto de otros derechos, en diversos decretos el Estado nacional estableció un régimen de pensiones no contributivas o pensiones asistenciales, es decir aquellas que no requieren de aportes para su concesión. En la actualidad existen tres tipos de pensiones asistenciales a nivel nacional en Argentina gestionadas por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación: a la vejez, por invalidez y a madres de siete o más hijos.<sup>41</sup> Estas pensiones están destinadas a personas que se encuentran en estado de extrema vulnerabilidad social.<sup>42</sup> En 2007, la CSJN, en el caso litigado por el CELS, consideró que estas pensiones asistenciales forman parte del derecho a la seguridad social y que, por lo tanto, son un derecho y no un favor discrecional del Estado.<sup>43</sup>

Sin embargo, para el caso de extranjeros la reglamentación exige, además de la acreditación de una situación de extrema vulnerabilidad social, el requisito de contar con un mínimo tiempo de residencia en el país. Así, para el otorgamiento de una pensión a la vejez se requiere un mínimo de residencia continuada de cuarenta años; para una pensión por invalidez, un mínimo de veinte años, y para el caso de las pensiones para madres de siete o más hijos, un mínimo de quince años. Si se tiene en cuenta que las pensiones se fundamentan en las condiciones especiales de vulnerabilidad de la persona, la exigencia de una determinada cantidad de años de residencia en el país es a todas luces injustificada y, en consecuencia, discriminatoria en razón de la nacionalidad.

Estas distinciones y exigencias especiales, en el marco del caso Reyes Aguilera, fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de la Nación,<sup>44</sup> al resolver un amparo promovido por una extranjera, que contó con el patrocinio de la Clínica Jurídica UBA-CELS-CAREF, a la que se le exigían veinte años de residencia para acceder a una pensión por discapacidad.<sup>45</sup> La Corte Suprema sostuvo que la pensión fue prevista para cubrir contingencias sociales extremas, es decir, situaciones que ponen en juego de manera palpable y potente la subsistencia misma de la persona humana, de una persona carente de recursos o amparo. La sentencia enfatizó que sumar a los requerimientos un lapso de residencia implica un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social consagrado en los diversos instrumentos internacionales y en la Constitución Nacional, en grado tal que compromete el fundamental derecho a la vida y el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. En con-

<sup>39</sup>La ley fue publicada el 27 de diciembre de 2006.

<sup>40</sup>Véase CELS, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús y Unicef, "Estudio sobre los derechos de los niños y niñas migrantes a cinco años de la nueva ley de migraciones", Lanús, agosto de 2010; disponible en [www.unla.edu.ar/rectorado/centros/cdh/archivos/Estudio\\_completo.pdf](http://www.unla.edu.ar/rectorado/centros/cdh/archivos/Estudio_completo.pdf). En seguimiento a este diagnóstico, desde inicios de 2011, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús y Unicef coordinan diversas mesas de trabajo para la discusión entre organizaciones sociales, funcionarios estatales e investigadores de diversas iniciativas para asegurar los derechos de los niños migrantes en Argentina.

<sup>41</sup>La Ley 13.478 y su Decreto reglamentario 582/03 regulan las primeras; la Ley 18.910, y su Decreto reglamentario 432/97, las segundas; y la Ley 23.746 y su Decreto reglamentario 2360/90, las últimas.

<sup>42</sup>La ley exige que las personas que reciben estas pensiones no gozen de ningún otro amparo provisional o no contributivo, que no posean bienes, ingresos ni recursos que permitan su subsistencia y que no tengan parientes obligados por ley a proporcionarles alimentos o que, teniéndolos, estos se encuentren impedidos de hacerlo. En los considerandos del Decreto reglamentario 582/03, el Poder Ejecutivo remarcó que "la situación de crisis por la que ha atravesado la sociedad argentina, ha agudizado la demanda social, evidenciando que es cada vez más numerosa la población en situación de vulnerabilidad social, tanto en el orden nacional como provincial, deviniendo entonces esencial la presencia del Estado, cuya finalidad irrenunciable es la de promover políticas de desarrollo, capacitar y crear condiciones que posibiliten la generación de empleo y asistir directamente a los sectores más desprotegidos".

<sup>43</sup>CSJN, "Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de D. R. A. en la causa R. A., D. c/Estado nacional", sentencia del 4 de septiembre de 2007.

<sup>44</sup>Id.

<sup>45</sup>Para un detalle de los antecedentes del caso, véase CELS, ob. cit., en *Informe 2005*.

secuencia, declaró inconstitucional el art. 1, inc. e, del Decreto 432/97 que establecía el requisito de los veinte años de residencia, y ordenó al Estado proporcionar la pensión por discapacidad a la mujer.

A pesar de este importantísimo fallo judicial del más alto tribunal de Justicia, el artículo del decreto reglamentario que exige a los extranjeros veinte años de residencia para acceder a una pensión por discapacidad sigue vigente y es aún utilizado por la Administración para rechazar pedidos de pensiones.

En relación a la pensión a la vejez, el plazo de residencia exigido es de cuarenta años para que las personas extranjeras puedan acceder a ella. En una decisión judicial de 2011<sup>46</sup>, en una acción de amparo presentada por un adulto mayor de nacionalidad ucraniana, también patrocinado por la Clínica jurídica UBA-CELS-CAREF, se consideró que el requisito establecido en el reglamento era inconstitucional y se ordenó al Estado argentino que evaluara la petición de pensión efectuada, sin considerar los años de residencia en la Argentina. Sin embargo, esa decisión fue apelada por el Estado argentino y se encuentra pendiente su resolución ante la Cámara Federal de la Seguridad Social.

Es importante señalar que las acciones judiciales que se han presentado desde 2003 en adelante sólo sirvieron para dar respuestas individuales, pero no lograron modificar las normas reglamentarias que establecen años de residencia para que extranjeros y extranjeras accedan a este tipo de pensiones ante contingencias sociales extremas.

De igual modo, a pesar de que órganos públicos de protección de derechos humanos, como la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación,<sup>47</sup> o la Defensoría del Pueblo de la

Ciudad Autónoma de Buenos Aires,<sup>48</sup> se han pronunciado a favor de una reforma, subsisten estas normas reglamentarias.

Es importante señalar, en este sentido, que el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios recomendó al Estado argentino en septiembre de 2011 que “revise la duración requerida de la residencia en el caso de las prestaciones sociales no contributivas, con miras a garantizar su compatibilidad con los arts. 5 y 6 de la Ley de Migraciones y la Constitución Nacional”.<sup>49</sup>

Respecto de la Asignación Universal por Hijo (AUH), a fines de 2009, mediante el Decreto 1602/2009, el Poder Ejecutivo incorporó a la Ley 24.714 que regula el régimen de asignaciones familiares que perciben los trabajadores en relación de dependencia, un subsistema no contributivo de asignación por hijo para protección social. La AUH consiste en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, destinada a aquellos niños, niñas y adolescentes “residentes en la República Argentina” que se abonará a sólo uno de los padres, tutor, curador o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado por cada persona menor de dieciocho años que se encuentre a su cargo, o sin límite de edad cuando se trate de un hijo con discapacidad.

Sin embargo, el programa presenta una limitación para los niños y niñas extranjeros que está en franca contradicción con los objetivos de la AUH. Entre los requisitos a cumplir para acceder a ella, el decreto requiere que el niño sea argentino, hijo de argentino nativo o por opción, naturalizado o residente con residencia legal en el país, no inferior a tres años previos a la solicitud.

La regulación prevista por la Administración Nacional de Seguridad Social (Anses) agregó nuevos requisitos a los del Decreto reglamentario 1602/09. A través de la Resolución 393/2009, la Anses determinó que a la exigencia de tres años de residencia a los padres extranjeros, en el caso de niños no nacidos en Argentina, se agregarán la exigencia de tres años de residencia de los propios niños y niñas, –lo que en la práctica llevaba a que un niño de sólo dos años que había nacido en el extranjero no pudiera acceder a la AUH, aun cuando alguno de sus padres migrantes tuvieran residencia legal en el país, incluso mayor a tres años–, y la exigencia de tres años de residencia legal a padres extranjeros, aun cuando el niño o niña hubiera nacido en Argentina.

Ante esta situación, el Comité de Derechos

<sup>46</sup>Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social nº 6, “Korkhov Heorhiy c/Estado nacional-Poder Ejecutivo nacional-Ministerio de Desarrollo y otro s/amparos y sumarísimos”, sentencia del 11 de marzo de 2011.

<sup>47</sup>Nota remitida por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación al Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús en respuesta a un pedido de información efectuado en el marco de una investigación (recibida en agosto de 2010).

<sup>48</sup>Véanse, por ejemplo, actuaciones de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires 3117/05, 281/06, 1852/07, 2581/07, 4714/07, 287/10, 676/10, 2574/10, 2860/10, 3319/10 y 812/11.

<sup>49</sup>Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, documento citado, párrafo 30, inc. a.

de los Trabajadores Migratorios le recomendó al Estado que “examine la posibilidad de hacer extensiva la asignación universal por hijo a los hijos de los trabajadores migratorios en situación irregular, de conformidad con la Ley 26.061, de 2005, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que abarca a todos los niños que se encuentran en el territorio del Estado parte”. Por otro lado, en diciembre de 2011, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), órgano encargado de la supervisión de las obligaciones del Pacto DESC, instó al Estado a que “considere la posibilidad de adoptar todas las medidas que sean necesarias para ofrecer la cobertura de la Asignación Universal por Hijo sin restricciones, especialmente en el caso de grupos de personas marginadas y desfavorecidas, como los hijos de los trabajadores migratorios en situación irregular y los hijos de las personas privadas de libertad”.<sup>50</sup>

### Conclusiones

El tránsito de una ley de migraciones de la dictadura, sus prácticas y discursos, a una ley de la democracia demandó, de parte de organizaciones sociales, el uso de diferentes estrategias que condujeron al dictado de la Ley 25.871. La necesidad de consolidar las ideas allí impresas movilizó a nuevos actores y habilitó el dictado de un decreto reglamentario de la ley, a través de un novedoso mecanismo de participación de actores sociales.

En los últimos años, algunas herramientas pueden ser destacadas en la búsqueda de una aplicación e implementación efectiva de la ley. Las decisiones judiciales de la Corte Suprema y las Observaciones del Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios han sumado argumentos para una mejor protección de los derechos de los migrantes en Argentina. En el último tiempo, ciertas iniciativas políticas han sumado espacios para ampliar derechos de los migrantes. La propuesta Cine Migrante,<sup>51</sup> la campaña “Aquí vivo, aquí voto”,<sup>52</sup> las mesas de articulación sobre niñez migrante así como la mesa de discusión sobre derechos de los migrantes no pertenecientes al Mercosur, son ejemplos relevantes de incidencia.

Es posible advertir en los últimos años una transformación de las estructuras administrativas encargadas de la gestión migratoria que debe ser destacada, como la implementación de programas de regularización migratoria, la renovación de certificados de residencia hasta tanto se agoten las instancias legales, administrativas y judiciales de regularización o los nuevos mecanismos de entrega del DNI. No obstante, resta aún lograr una implementación efectiva y una interpretación adecuada de las normas jurídicas vigentes. Persisten obstáculos en lo que se refiere a la regularización migratoria de determinadas comunidades o a la errónea interpretación de las reglas jurídicas vigentes. Asimismo, se advierte la existencia de distinciones para el acceso a ciertos derechos sociales que contradicen el espíritu de la legislación vigente. He aquí, entonces, la nueva agenda política en términos de los derechos humanos de los migrantes en Argentina: buscar una aplicación efectiva y amplia de la ley en todos los niveles estatales.

<sup>50</sup>Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, documento citado, párrafo 20.

<sup>51</sup>Véase [www.cinemigrante.org](http://www.cinemigrante.org)

<sup>52</sup>Véase blog de la iniciativa <[quivivoaquevot.blogspot.com](http://quivivoaquevot.blogspot.com)>.

# Defensa técnica eficaz y juicio abreviado\*

Que venga el poeta/y me trajisteis aquí para contar las estrellas, / para bañarme en el río y para hacer dibujos en la arena. /Éste era el contrato. /Y ahora me habéis puesto a construir cepos y candados, /a cargar un fúsil y a escribir en la oficina de un juzgado. /Me trajisteis aquí para cantar en unas bodas/y me habéis puesto a llorar junto a una fosa.  
León Felipe, "Que venga el poeta".

\*Este trabajo fue expuesto durante el mes de abril de 2011 en el marco de las reuniones de cátedra organizadas por el Prof. Edmundo Hendler. El texto original ha sido actualizado en ocasión de la muy generosa invitación de Gabriel I. Anitua para ser publicado en esta revista. Quisiera agradecer aquí a todos los que participaron de aquellas reuniones pero especialmente a Fernando Susini, Ignacio Tedesco, Lucas Kaski Fullone y Gabriel Fava. Por último, a Mariano Bertelotti, quien leyó una versión borrador del texto finalmente expuesto y realizó aportes que lo mejoraron notablemente.

<sup>1</sup>Ver, para ello: BOVINO, Alberto: "La suspensión del procedimiento en el Código Penal argentino y la "diversion" estadounidense (un análisis comparativo)" en *La Ley*, Buenos Aires, 1997,A, 1081; CARRIÓN, Alejandro D.: *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos. Análisis comparativo en función de una reforma procesal*, EUDEBA, Buenos Aires, 1990 y HENDLER, Edmundo S.: *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Ad Hoc, Buenos Aires, primera edición, primera reimpresión, 2006.

<sup>2</sup>La tarea propuesta debiera incluir un examen más o menos amplio acerca del modo con que estos institutos se trasladan al sistema jurídico que los recibe. Al respecto, y en particular sobre la adopción de mecanismos consensuales en países tradicionalmente ajenos a estas alternativas, ver: LANGER, Máximo: "From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure", en *Harvard International Law Journal*, Volumen 45, número 1, 2004, págs. 1/64 y PRADEL, Jean: "Le plaider occupable: confrontation des droits américain, italien et français", en *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 2005, págs. 473/91.

<sup>3</sup>Ver, GÖSSEL, Karl Heinz: "¿"Quo vadis", proceso penal? (A dónde vas, proceso penal)", en DONNA, Edgardo Alberto (Dtor.): *Revista de derecho procesal penal: la defensa penal-I*, Rubízal Culzoni, Santa Fé (provincia homónima, República Argentina), 2010, págs. 11/52.

<sup>4</sup>Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd: "Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento

**Introducción.** En nuestro país ha existido un tradicional interés por el funcionamiento del proceso penal en los EE.UU.<sup>1</sup>, fenómeno que, con la adopción de algunos de sus institutos característicos, amerita que se analice su desarrollo en el contexto al que originalmente pertenecen<sup>2</sup>.

La adopción de varios de ellos -en particular, el caso del *plea bargaining*- aparece justificada por una cierta idea de crisis en las formas ordinarias o convencionales de enfrentar el conflicto penal.

Este nuevo paradigma, sin embargo, pone en crisis muchos de los principios fundamentales del proceso penal. En esa contradicción entre los ideales de justicia y los de utilidad, el avance de los segundos, parece irrefrenable.<sup>3</sup>

La incorporación de los acuerdos entre fiscal e imputado, con consecuencias parcialmente derogatorias de las, hasta ahora, excluyentes facultades judiciales, altera de modo contundente la estructura del proceso penal que, desde la Ilustración francesa, ha regido la legislación de gran parte de los estados europeos y la mayoría de los latinoamericanos.<sup>4</sup>

Recientemente, la jurisprudencia norteamericana se ha visto enriquecida por fallos de la Suprema Corte Federal -SC, en adelante- en los que se discute la relación entre el funcionamiento del *plea bargaining* y el rol de la defensa técnica. En lo que sigue, se analizarán esos precedentes.

## Parte I. El modelo estadounidense: *plea bargaining y effective assistance*

Bajo el sistema actual de admisión de responsabilidad, probablemente sea más importante que un acusado reciba el consejo imparcial de un abogado y no tanto que su caso sea oído por un juez imparcial  
(ALSCHULER, Albert W.: "The defense attorney's role in plea bargaining")<sup>5</sup>

**1. El derecho a contar con un abogado defensor y el sistema de *plea agreement* en el derecho norteamericano.** La Sexta Enmienda de la Constitución de los EE.UU. de Norteamérica

penal bajo una perspectiva global", en *Derecho penal y criminología*, Volumen 25, número 76, 2004, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, pág. 181. Disponible en: <http://foros.uxternado.edu.co/ecoconstitucional/index.php/derpen/article/viewFile/1034/978> (al 29/4/11).

<sup>5</sup>En el original: "Under today's guilty-plea system, it may be even more important that a defendant receive the impartial advice of an attorney than that his case be heard by an impartial Judge", ALSCHULER, Albert W.: "The defense attorney's role in plea bargaining", en *The Yale Law Journal*, Volumen 84, número 6, mayo de 1975, pág. 1204.

<sup>6</sup>Prescribe la norma citada que “(*i*) *n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence*” (el destacado, en negrita, resalta la parte relevante del texto citado).

<sup>7</sup>LANGBEIN, John H.: *The origins of adversary criminal trial*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2003, citado en HENDLER, Edmundo S.: *El juicio por jurados: significados, genealogías, incógnitas*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

<sup>8</sup>287 U.S. 45 (1932).

<sup>9</sup>372 U.S. 335 (1963).

<sup>10</sup>397 U.S. 759 (1970).

<sup>11</sup>466 U.S. 668 (1984).

<sup>12</sup>Este no había sido el caso de “*Strickland v. Washington*”. Allí, el juicio sí se celebró y el agravio del imputado fue que, más allá de haber admitido su responsabilidad, su abogado no presentó evidencia durante la etapa de sentencia, a fin de evitar la imposición de una pena tan severa como la que recibió. Esto es posible en el modelo estadounidense en el que opera la cesura de juicio, merced la cual la discusión sobre la modalidad y cantidad de la pena se discute luego de celebrarse el debate sobre los hechos y su prueba.

<sup>13</sup>La cifra promedio ronda el 95% de los casos, cfr. TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, Temis, Bogotá, 2008, pág. 218. El trabajo de este autor fue publicado por primera vez en 1979 y tiene como eje el proceso civil, sin embargo, como indica el autor en su prólogo, gran parte de su análisis puede trasladarse al proceso penal. En cuanto a la estadística, la SC, en el caso “*Padilla v. Kentucky*” al que dedicaremos especial atención, la confirma (cfr. nota n° 13

rica, consagra el derecho de todo acusado en un proceso penal a contar con un abogado para su defensa<sup>6</sup>.

A pesar de que muchos juristas de nota han atribuido a la presencia del defensor letrado un papel fundamental en la configuración actual del proceso penal norteamericano<sup>7</sup>, la consagración de una obligación estatal de asegurar tal derecho no fue impuesta sino hasta el dictado de los precedentes “*Powell v. Alabama*”<sup>8</sup> y “*Gideon v. Wainwright*”<sup>9</sup>, ambos de la SC.

En esos fallos, se impuso como deber de los tribunales -federales primero y locales luego- el de proveer de asistencia técnica a los acusados en procesos criminales.

El paso del tiempo hizo que, a la formal existencia de un patrocinante legal, sumara la SC la exigencia de que dicha asistencia poseyera una cierta calidad. En efecto, primero con el fallo “*Mc Mann v. Richardson*”<sup>10</sup> y fundamentalmente con el caso “*Strickland v. Washington*”<sup>11</sup>, la Corte de los EE.UU. construyó el estándar de asistencia letrada efectiva.

En el segundo de los fallos citados, la SC ideó un mecanismo para evaluar la conducta del abogado y, así, la adecuada satisfacción de los derechos del acusado.

El criterio de la SC impone considerar, primero, si existió una deficiencia en el servicio brindado y, segundo, si hubo perjuicio alguno para el imputado como consecuencia de ese defecto, de modo tal de privarlo de un juicio justo o un debido proceso.

Ese estándar sirve, desde entonces, para evaluar la conducta de los defensores penales. Sin embargo, fue formulado en un caso en el cual el imputado se declaró culpable al inicio del juicio y el error en el asesoramiento se verificó en la instancia posterior, dirigida a determinar la pena aplicable.

En el sistema anglosajón, el imputado puede evitar la realización del debate cuando, al contestar la acusación que se formule en su contra, admite la culpabilidad por el (o los) hecho(s) atribuidos. Desde ese momento, sin necesidad de celebrar el juicio, el tribunal pasará a dictar sentencia.

Como consecuencia de esta particularidad, opuesta al modelo histórico del derecho continental, basado en el paradigma de la investigación oficial, las partes -imputado y acusador- pueden acordar el contenido y alcance del reconocimiento de culpabilidad (*guilty plea*)<sup>12</sup>.

Este mecanismo -*plea bargaining* o *plea agreement*- es hoy, sin dudas, el mecanismo ordinario de conclusión de procesos en el sistema judicial norteamericano<sup>13</sup>.

La admisión de esta forma de negociación ha sido posible en los EE.UU. de Norteamérica ya que no se opone a ello la concepción del juicio penal como un proceso de partes, y en tanto la propia SC lo ha legitimado e incluso lo ha promovido

del voto de la mayoría y cuerpo de la opinión del juez Stevens). En los más recientes casos de la SC (“*Missouri v. Frye*” y “*Lafler v. Cooper*”) el dato fáctico se reitera, distinguiendo un 97% de *guilty pleas* en el ámbito federal y un 94% en el estadal, con las consecuencias que, al analizar estos fallos, referiremos.

como instrumento útil para el logro de los fines políticos que inspiran el modelo allí sostenido<sup>14</sup>.

Sin perjuicio de la tradicional neutralidad del juzgador en el proceso de partes (*adversary system*), la complejidad de los asuntos penales ha llevado a los tribunales estadounidenses a prestar mayor atención a la voluntariedad de esa admisión de culpabilidad (*guilty plea*).

Ese control procura, entre otras cosas<sup>15</sup>, verificar que el acusado haya contado con el debido asesoramiento letrado previo a manifestar su voluntad de declararse culpable.

Demostrativo de la entidad de esta preocupación resulta el caso “*Hill v. Lockhart*”<sup>16</sup> del registro de la SC, ocasión en la que se aplicaron los estándares consagrados en “*Strickland v. Washington*” para la etapa en la que el imputado, al contestar la acusación, debe ejercer su opción en algunos de los sentidos a que lo facilita la ley y que, en lo que aquí interesa, es el momento en que se formula la decisión de admitir o no la pretensión acusatoria.

Conforme refieren CHIN y HOLMES<sup>17</sup>, los tribunales estadounidenses habían limitado tradicionalmente la operatividad del estándar

consagrado en “*Strickland v. Washington*” a las consecuencias directas de la admisión de culpabilidad y no así respecto de las restantes que, según la concepción tradicional, no forman parte de la pena que puede imponer el tribunal. Son ejemplos de estas últimas, entre otras, aquéllas que importan la prohibición de percibir beneficios del seguro social, el retiro de la licencia de conductor, la inhabilitación para integrar el Ejército o un jurado y, en particular, la posibilidad de ser deportado si quien resultaba condenado es, también, extranjero<sup>18</sup>. Éste último fue, como veremos, el caso de Padilla.

Si bien la SC había reconocido formalmente que bastaba para considerar voluntaria la admisión de culpabilidad que el imputado conociera las consecuencias directas de su manifestación -en “*Brady vs. U.S.*”<sup>19</sup> y en “*Boykin vs. Alabama*”<sup>20</sup>- no había existido, hasta el caso Padilla, una reflexión concreta de ese Tribunal respecto de la persistencia de la distinción entre distintos tipos de consecuencias (directas o colaterales, en la terminología anglosajona) cuando se trataba de analizar el derecho a una defensa técnica efectiva.

De allí la expectativa que generaba la circunstancia de que la Corte norteamericana hubiera otorgado certiorari al caso de Padilla<sup>21</sup>.

**2. El caso Padilla v. Kentucky**<sup>22</sup>. José Padilla, quien había nacido en Honduras pero vivía en los Estados Unidos desde hacía ya 40 años, se encontraba acusado por el delito de transporte de estupefacientes.

Por consejo de su abogado, acordó con el fiscal del caso y admitió su responsabilidad por el hecho conforme el trámite del *plea bargaining*. Lo que Padilla desconocía era que una condena en dicho Estado por ese tipo de delito, conllevaría la deportación del país para el ciudadano extranjero que lo cometiera.

En un proceso posterior, Padilla alegó que su decisión de asumir responsabilidad por el hecho había sido consecuencia del asesoramiento erróneo de su abogado, quien no le había hecho saber cuáles eran las consecuencias de su decisión en orden a su permanencia en el país y, más aún, le había indicado que no debía preocuparse por su situación migratoria.

La Corte del estado de Kentucky rechazó el remedio (*postconviction relief*) intentado por Padilla y cuando el asunto, finalmente, llegó a la

<sup>14</sup>Las referencias clásicas al respecto, de parte de la doctrina norteamericana, remiten a los casos “*Brady v. United States*” - 397 U.S. 742 (1970)-, “*Santobello v. New York*” -404 U.S. 260 (1971)- y “*North Carolina v. Alford*” -400 U.S. 25 (1970)-. La conexión causal entre el modelo adversarial y el plea bargaining ha sido rechazada por considerarse, con justicia, que el proceso de partes histórico, con intervención prioritaria de la víctima, ha dejado resabios de discrecionalidad y disponibilidad de la acción que, en el contexto del proceso acusatorio actual, en el que la acción penal ha sido puesta en manos de un acusador público -el fiscal-, sólo favorece la arbitrariedad y la obtención de condenas ilegítimas (ver, FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* -apartado traducido por Juan Terradillos Basoco-, Trotta, Madrid, octava edición, 2006, págs. 747/8).

<sup>15</sup>La Regla 11 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, por ejemplo, establece algunos requisitos para que una admisión de culpabilidad pueda ser considerada voluntaria.

16474 U.S. 52 (1985).

<sup>17</sup>CHIN, Gabriel J. y HOLMES, Richard W.: “Effective assistance of counsel and the consequences of guilty pleas” en *Cornell Law Review*, Vol. 87, nº3, 697, 2002; págs. 697/742.

<sup>18</sup>*Ibidem*, págs. 699/700.

<sup>19</sup>397 U.S. 742 (1970).

<sup>20</sup>395 U.S. 238 (1969).

<sup>21</sup>Corresponde remitir aquí al trabajo de PITTMAN, Evangeline: “*Padilla v. Kentucky: immigration consequences due to the ineffective assistance of counsel*”, en *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy Sidebar*, Vol. 5, págs. 93/104. El artículo ha sido consultado y se encuentra disponible en formato digital en: <http://www.law.duke.edu/journals/djclpp/index.php?action=showitem&id=156> (al 3/11/2010).

<sup>22</sup>130 S. Ct. 1473, del 31 de marzo de 2010.

sede de la SC, ese Tribunal debía decidir si el abogado de Padilla debió haberle advertido que la admisión de culpabilidad por el hecho endilgado tendría como consecuencia su deportación.

El Juez Stevens emitió en primer orden su opinión, a la que adhirieron cuatro de los restantes miembros de la Corte, formando así la mayoría del Tribunal. Luego de describir los cambios sufridos por la legislación federal estadounidense en materia migratoria, se detuvo a considerar la *Immigration and Nationality Act* de 1917 que, por primera vez, sujetó a los ciudadanos extranjeros a la deportación con base en su conducta en territorio norteamericano.

Esa ley proveyó a los interesados de una instancia mediante la cual un juez podía emitir una recomendación para que la persona condenada no fuera deportada (*Judicial Recomendation Against Deportation*, conocida por sus siglas: JRAD).

La existencia de ambas previsiones, esto es, la constitución de ciertas personas como sujetas a deportación -en función de las condenas impuestas en el país de recepción- y la creación de un procedimiento especial para evitarla, hacían aplicable para dicho procedimiento la cláusula prevista en la sexta enmienda, que garantiza la asistencia letrada durante la etapa referida a la imposición de una pena (*sentencing process*).

Sin embargo, el mecanismo asegurado por la ya referida JRAD no subsiste en el derecho federal estadounidense. El Congreso, en 1990, no solamente eliminó dicho procedimiento sino que también, seis años después, eliminó similar potestad en cabeza del *Attorney General*.

El estado actual de la legislación en materia de expulsión de extranjeros, conforme la describe el juez cuyo voto se analiza, supone que la comisión de una conducta criminal sujeta a deportación conduce, casi inevitablemente, a la expulsión del país de la persona -extranjera- condenada por ese delito.

Es en función de ello que el juez Stevens destaca la creciente importancia que la condena de un extranjero adquiere en el ámbito de los EE.UU. y, en consecuencia, la importancia de un acertado consejo legal para esa categoría de individuos. En palabras que espero traduzcan fielmente el texto consultado<sup>23</sup>, dijo el magistrado:

*“Estos cambios confirman nuestra visión de que, en materia federal, la deportación es una parte integral -en efecto, la más importante a veces- de la pena que puede ser impuesta a los imputados extranjeros que admiten su culpabilidad por ciertos delitos”.*

Stevens describió, luego, el estándar de la Corte norteamericana en materia de asistencia legal en los procesos criminales, y dio cuenta de cómo fue que la Corte Suprema del Estado de Kentucky rechazó la aplicación de tal criterio en el caso de Padilla, por entender que el riesgo de deportación no podía ser incluido entre los asuntos respecto de los cuales el órgano judicial tuviera autoridad al dictar una sentencia condenatoria.

Desde esa postura, ya que las consecuencias migratorias del delito por el cual alguien es condenado pertenecen a la esfera civil y no se discuten en el juicio penal, las fallas en el consejo

<sup>23</sup>Las traducciones de los textos consultados son propias, y los errores en que se pudiera incurrir son -por ende- de mi exclusiva responsabilidad.

legal respecto de su operatividad no habilitaban el reclamo de Padilla, dirigido a revertir su admisión de culpabilidad.

Sin perjuicio de que en anteriores decisiones, la SC había concluido que la deportación no era en esencia una sanción penal, los cambios sufridos en materia migratoria, impedían establecer con claridad la frontera entre ambas formas de sanción.

El caso Padilla, entonces, fue analizado a la luz del estándar consagrado en el caso “*Strickland v. Washington*”.

Como hemos dicho, ese estándar exige demostrar que, de haber sido adecuado el asesoramiento legal, el resultado perjudicial que el interesado procura remediar no habría ocurrido.

El juez Stevens, a fin de tratar la primera cuestión-la deficiencia en el asesoramiento- recurrió a las recomendaciones que emiten los colegios profesionales de abogados, las que –a la fecha de los hechos- ya establecían el deber de advertir acerca de los riesgos que podría conllevar la condena en sede penal, más allá de que, como ocurre con las consecuencias migratorias, éstas dependiesen de un trámite civil que tenía lugar fuera de la causa penal.

En función del delito imputado, que involucraba sustancias estupefacientes, los términos de la legislación migratoria aplicables al caso eran, según dijo la SC, “...sucintos, claros y explícitos en definir a la deportación como consecuencia de la condena de Padilla” y el abogado de Padilla debió haber advertido a su cliente que la admisión de culpabilidad lo hacia posible de sufrir la expulsión del país.

Al haber asegurado el abogado de Padilla que su condena no tendría consecuencias migratorias, ese asesoramiento se convirtió

en ineficaz, ya que era inaceptable afirmarlo cuando el texto legal permitía arribar a la conclusión contraria con relativa facilidad.

Contestando el planteo efectuado por el *Attorney General*, Stevens afirmó que no cabía restringir el alcance del pronunciamiento – el *holding*- y definir el asesoramiento deficiente como aplicable sólo a los casos en que el defensor equivocadamente afirma que no habrá consecuencias migratorias a las resultas de la admisión de la culpabilidad. Por el contrario, indicó que ello resultaba absurdo ya que incentivaría el silencio en situaciones donde justamente esa conducta no podía avalarse, en función de la importancia de las cuestiones en juego -la permanencia, o no, en el país- y, además, porque supondría negar asesoramiento justamente a quienes se encuentran en inferioridad de condiciones, máxime si el contenido del consejo legal puede hasta ser rudimentario y disponible inmediatamente, como en el caso de Padilla.

La SC descartó, finalmente, que este tipo de pronunciamientos pudiera generar una eventual “marea” de condenas revocadas: la experiencia de los tribunales inferiores y las estadísticas no avalan esa alarma, ya que si bien cerca del 95% de las condenas se obtiene mediante el mecanismo consensual, solamente en el 30% de esos casos los condenados intentan acciones para revocarlas, en oposición a las estadísticas relativas a procesos tramitados según el esquema ordinario del juicio oral, en el que el restante 5% de las condenas representa el 70% de las peticiones de habeas como remedio a las condenas en ejecución.

A estas razones, agregó la SC una de carácter más pragmático: quienes buscan retirar su admisión de culpabilidad con base en las consecuencias colaterales o indirectas de sus condenas, pierden los beneficios que hubieran podido obtener en las negociaciones que precedieron a aquella<sup>24</sup>.

**3. El caso *Premo v. Moore***<sup>25</sup>. Se ha dejado entrever, al relatar el caso Padilla, que en el derecho estadounidense, una persona condenada por un tribunal estatal puede plantear, al margen de la instancia ordinaria de apelación, la invalidez de la condena que se le ha impuesto.

Ello puede ocurrir cuando, por ejemplo, la condena hubiera sido dictada en contravención con el derecho federal o constitucional estable-

<sup>24</sup>La SC dijo, además, que el manejo de esa información puede servir de base para una negociación inteligente: “(c)omo en este caso, un episodio criminal puede proveer la base para múltiples cargos, de los cuales solo un conjunto de ellos imponen la deportación como consecuencia de la condena. El abogado que posea los conocimientos más rudimentarios sobre las consecuencias migratorias de un delito criminal puede negociar (plea bargain, en el original) creativamente con el acusador para así llegar una condena y una sentencia que reduzca la probabilidad de la deportación, así como también para evitar la condena por un hecho que genera automáticamente esa consecuencia. Al mismo tiempo, la amenaza de deportación puede proveer al imputado de un incentivo poderoso para declararse culpable por un hecho que no impone esa penalidad, a cambio de una absolución por un cargo que sí la supone”.

<sup>25</sup>Jeff Premo, Superintendent, Oregon State Penitentiary, petitioner v. Randy Joseph Moore”, 562 U.S. (2011), resuelto el 19 de enero de 2011.

cido por la jurisprudencia de la Suprema Corte de ese país. Tratándose de una persona detenida, el remedio adopta la forma de una acción de habeas corpus (*United States Code*, título 28, parágrafo 2254)<sup>26</sup>.

Recientemente, y ante un recurso ejercido conforme se explicita más arriba, la SC ha decidido un caso que nos permite evaluar, nuevamente, el alcance que cabe atribuir en el contexto norteamericano al derecho a contar con una asistencia técnica eficaz en casos tramitados conforme el mecanismo del *plea bargaining*.

Tal es el caso de Randy Moore, quien -conforme surge del fallo comentado- había confesado a su hermano y a la novia de su cómplice, que habían ido a la casa de un tercero (Kenneth Rogers) y luego de golpearlo, atarlo y cubrirle la boca con cinta adhesiva para introducirlo en el baúl de una camioneta, lo llevaron a las afueras de la ciudad, donde accidentalmente -Moore dijo que sólo querían asustarlo- recibió un disparo que le provocó la muerte.

Esta versión, relatada por el hermano de Moore, fue reiterada más tarde ante la policía.

El abogado de Moore, en este punto, le aconsejó que aceptara su responsabilidad por el homicidio y, con ello, la pena mínima prevista en la ley. Fue luego de recibir esa misma condena que Moore intentó diversos remedios, primero ante las instancias locales y luego federales, alegando en cada una de ellas que había visto negado su derecho a la defensa efectiva de un abogado, ya que su defensor no había realizado una moción para suprimir su confesión ante la policía previo a aceptar el acuerdo -*plea agreement*-.

En el marco del proceso intentado luego de la condena, el abogado de Moore expuso que, en verdad, había discutido con su cliente la posibilidad de efectuar aquella moción pero ya que Moore había confesado el hecho ante otras dos personas, aparte de la policía, y ellos podían ser citados como testigos, acordaron no hacerlo. Además, conforme expusieron los tribunales locales, la entidad de las lesiones inflingidas a Rogers eran suficientes para habilitar al fiscal a acusar por homicidio agravado y, por ende, existía el riesgo de una condena a la pena de muerte o a prisión perpetua sin libertad condicional.

La SC, al analizar el caso, refirió que el estándar sentado en “*Strickland v Washington*”, debía ser atendido de manera escrupulosa y restrictiva<sup>27</sup>.

Transcribió así un extracto de lo resuelto el mismo día en el caso “*Harrington v. Richter*”<sup>28</sup>, ocasión en la que la Corte dijo que “...un planteo de asistencia ineficaz puede funcionar como una forma de evadir las reglas de renuncia o pérdida [de derechos] y traer nuevamente asuntos no presentados en el juicio o en los procedimientos previos... de otro modo, las “investigaciones post-juicio” pueden amenazar la integridad del modelo adversarial al cual el derecho a contar con una abogado procura servir”.

Ya que, a diferencia del caso resuelto el mismo día, el de Moore sí era un supuesto vinculado al *plea bargaining*, la SC se

<sup>26</sup>Ver, al respecto: HENDLER, Edmundo S.: *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Ad Hoc, Buenos Aires, primera edición, primera reimpresión, 2006, págs. 221/3.

<sup>27</sup>Si bien excede el tema en estudio, es interesante destacar que la SC también trató una cuestión no menor, vinculada con el remedio esgrimido por Moore: el alcance del *habeas corpus*. Esta acción ha sido reglamentada en el derecho federal para solucionar los defectos en que hubieran incurrido los tribunales estaduales en casos en que se encuentran comprometidas garantías constitucionales. El carácter restrictivo de este análisis surgió, así, no sólo de una interpretación acotada del concepto de defensa efectiva, sino también de la circunstancia de que esta acción no habilita a los tribunales a reexaminar los hechos acreditados en la instancia de origen.

<sup>28</sup>“*Kelly Harrington, warden, petitioner v. Joshua Richter*”, del 19 de enero de 2011, 562 U.S (2011).

introdujo en la cuestión sobre la relación entre ese instituto y el derecho de defensa:

*"Reconocer la culpabilidad y aceptar responsabilidad tempranamente [early plea, en el original] responde a principios básicos de la ley y su función. Esos principios se erosionan si una admisión de culpabilidad [guilty plea, en el original] es dejada de lado fácilmente basado en hechos y circunstancias que no son evidentes para un abogado competente al momento de adoptar las decisiones que llevaron a aquella admisión de responsabilidad. Las negociaciones sobre la declaración de responsabilidad [plea bargains, en el original] son el resultado de negociaciones complejas, tenidas [suffused, en el original] de incertidumbre, y los abogados defensores deben tomar decisiones estratégicas con cuidado, ponderando riesgos y oportunidades".*

Tanto en el caso de Moore, como en el de Richter, la sentencia sujeta a revisión sí había hecho lugar a la petición de los condenados, quienes alegaban haber sido asesorados de modo deficiente. En ambos casos, la SC revirtió el pronunciamiento del último tribunal del caso, para lo cual limitó el alcance de la revisión de las condenas en ejecución, impuestas por los estados de California y Oregon, respectivamente. Como se desprende de los extractos transcriptos, la principal preocupación de la SC radicaba en la necesidad de atender con objetividad y cautela los planteos de asistencia inefectiva.

El estándar sentado en “*Strickland v. Washington*”, dijo la SC en “*Harrington v. Richter*”, no garantiza representación perfecta, sino un abogado razonablemente competente, y esa representación solamente será ineficaz a la luz de la Constitución si afecta el funcionamiento del proceso de partes de modo tal de negar al imputado un juicio justo.

¿Cómo aplicar este criterio, entonces, para casos de acuerdos sobre la pena, como el que representa el *plea bargaining*? Volvamos al caso “*Premo vs. Moore*”.

La SC, luego de reiterar que al aplicar o definir el estándar de “*Strickland v. Washington*” se debía brindar cierta deferencia a la elección del abogado, advirtió que esa cortesía podía ser medida según que el acuerdo fuera alcanzado tempranamente o cuando ya existiese una investigación desarrollada y extensa, es decir, según lo más o menos incierto del “caso” de cada parte y, en función de ello, el riesgo de acordar o no.

En orden a la relevancia de la prueba cuya

exclusión pretendía Moore -su confesión ante la policía- la SC refirió que lo que debía tomarse en cuenta a los efectos de juzgar la razonabilidad del asesoramiento brindado por el abogado era aquello que conocía al momento de aconsejar el acuerdo -en el caso, que había dos testigos que podían dar cuenta de lo mismo que aparecía acreditado mediante la confesión policial-.

En última instancia, según dijo la SC, la pregunta a responder no era “...si Moore estaba seguro más allá de toda duda razonable que sería condenado de todos modos aún cuando la confesión fuera suprimida, sino, más bien, si Moore podía establecer la probabilidad razonable de que no habría aceptado el acuerdo de no ser por la deficiencia de su asesoramiento legal...”. Es ése el perjuicio a acreditar, parece concluir la SC, en tanto el primer extremo del argumento no aparece discutible, en función de los conocimientos del abogado al momento del acuerdo. Lo diríamente, reitero, es que el peticionante pruebe que, de no ser por los errores del abogado, no habría admitido su responsabilidad.

En este caso, la invalidación de la confesión, no habría alterado el resultado de su acuerdo.

Cabe transcribir, previo a concluir el relato de lo ocurrido en los casos citados, lo que la SC ha dicho a fin de diferenciar los planteos de defensa ineficaz según se trate de un juicio oral o de un acuerdo como el celebrado por Moore:

*"Un juicio oral ofrece el registro completo y los antecedentes de hecho que permiten limitar y aclarar algunas de las elecciones efectuadas por el abogado. Incluso la retrospección [hindsight, en el original] no alcanza cuando las elecciones del abogado fueron razonables y legítimas basadas en predicciones de cómo se desarrollaría el juicio. La retrospección y las segundas opiniones [second guesses, en el original] también son inapropiadas y más aún cuando la admisión de culpabilidad se efectúa sin haberse desarrollado un juicio oral completo o cuando, como en este caso, la fiscalía todavía no se había decidido por los hechos respecto de los cuales formular la acusación. La incertidumbre agregada que resulta de la inexistencia de un registro formal y completo, así como de una historia que exhibir acerca de cómo habrían operado las acusaciones en el juicio, actúan en contra de la parte que alega una asistencia inadecuada. El abogado también enfrenta esa incertidumbre. Hay una carga más sustancial en el peticionante para demostrar que hubo asistencia ineficaz".*

Ahora bien, muchas de las incertidumbres

que se pudieran haber generado hasta aquí han recibido respuesta hace muy poco merced a nuevos pronunciamientos de la SC.

**4. Los casos “Missouri v. Frye” y “Lafler v. Cooper”.** Muy recientemente, el 21 de marzo de 2012, la SC ha decidido dos casos de gran relevancia para el tema que se trata aquí.

En esta oportunidad, la SC analizó no ya solamente una admisión de culpabilidad como consecuencia del asesoramiento ineficaz del defensor, sino dos casos en que el consejo deficiente fue prestado durante las negociaciones con el acusador pero, a diferencia de lo ocurrido en *Padilla o Premo*, la consecuencia de dicho consejo técnico fue la no aceptación oportuna del acuerdo ofrecido y de ello resultó un perjuicio para el imputado.

Corresponde tratar su contenido separadamente.

**4.1. El caso “Lafler v. Cooper”<sup>29</sup>.** Se acusaba a Lafler de haber atacado a una persona al dispararle con un arma de fuego. Primero lo habría hecho apuntando a su cabeza, y luego de que la víctima escapara del ataque, se le imputó haberla perseguido y disparado contra ella de modo tal de provocarle heridas en su cadera, glúteo y abdomen, sin perjuicio de lo cual esta persona sobrevivió. Se adujeron en contra de Lafler cargos por tentativa de homicidio y posesión de un arma y de marihuana.

Durante la etapa previa al juicio la fiscalía habría ofrecido acusarlo sólo por algunos cargos, ofreciendo así recomendar al Tribunal la aplicación de una sentencia que impusiera una pena de 51 a 85 meses, ello en el caso de que Lafler se declarara culpable respecto de los restantes hechos. Si bien al principio habría indicado al Tribunal su intención de aceptar la propuesta, luego la rechazó: indicó, para ello, que su abogado lo había convencido de que la fiscalía no podría establecer un intento de homicidio ya que la víctima sólo había recibido disparos debajo de la cintura.

Celebrado que fuera el juicio, y luego de rechazar otra oferta del fiscal, Lafler recibió una sentencia cuyo mínimo debía fijarse entre 185 y 360 meses de prisión.

Primero en sede estadual (en el caso: Michigan) y luego en sede federal, Lafler reclamó que el consejo de su abogado para rechazar la oferta constituía asistencia ineficaz a la luz de la doctrina de la SC: mientras que en la primera jurisdicción su reclamo no tuvo éxito, sí lo tuvo ante los tribunales federales del distrito que afirmaron, siguiendo el precedente *Strickland*, que había existido tanto una actuación defectuosa del defensor como un perjuicio para el acusado.

El caso fue resuelto por una muy acotada mayoría, de 5 a 4, muestra clara de la disparidad de posturas que se esgrimieron y que aquí trataremos de reflejar.

La opinión mayoritaria (expuesta por el juez Kennedy) consideró, inicialmente, que examinando los hechos a la luz del caso *Strickland* no correspondía determinar si el asesoramiento del defensor había sido o no ineficaz, lo que tuvo por cierto, sino si existía perjuicio.

Al acotar el problema, la demostración de este último ex-

<sup>29</sup>566 U.S. (2012).

tremo exigía por parte del acusado la prueba de que el resultado del proceso preliminar (vinculado a su admisión o no de responsabilidad) hubiera sido distinto en caso de contar con un consejo legal adecuado. Sin embargo, como se ha dicho, ya que la consecuencia del consejo no había sido la aceptación de la oferta del acusador sino su rechazo, el perjuicio alegado era, paradójicamente, “*(t)ener que ir a juicio, y no elegir renunciar a él*”.

La SC, adelantando su veredicto, indicó entonces que, para acreditar la existencia de tal perjuicio cada acusado debía demostrar tres puntos:

- a) Que de no haber sido por el deficiente consejo legal la oferta de acuerdo hubiera sido presentada al tribunal, es decir, que el Fiscal no se hubiera retractado antes de dicha presentación ante el juez (facultad admitida en ciertas jurisdicciones locales);
- b) que el tribunal la habría aceptado;
- c) que la condena o la sentencia hubieran sido menos severas, en los términos de la oferta de acuerdo, que las efectivamente impuestas en el juicio.

Durante la audiencia ante la SC, los acusadores habían sustentado la inconveniencia de la solución como la que en definitiva la SC confirmó con un muy fuerte argumento: no podía existir perjuicio si el imputado fue luego condenado en un juicio justo.

Este argumento supone considerar que el derecho a contar con un abogado (cuyo asesoramiento sea eficaz), consagrado en la Sexta Enmienda de la Constitución norteamericana, se encuentra dirigido a garantizar un juicio justo y, por ello, los errores en que se hubiera incurrido antes del debate, si no afectan la legitimidad del proceso, (“*the fairness of the trial*”) no comprometen aquella garantía.

La SC, en respuesta a tal postura, indicó que, como surgió de otros precedentes del Tribunal, la garantía se extendía a todas las etapas críticas del proceso, incluso anteriores al juicio, y que no existía una regla rígida respecto de que “*un juicio justo remediará los errores no cometidos en el juicio mismo*”.

Es más, dijo la SC, incluso si el juicio a resultas del cual fue condenado Lafler hubiera sido justo lo cierto es que el hecho de rechazar la ofer-

ta e ir a debate oral constituyó, precisamente, el perjuicio, al haberlo condenado a una pena tres cuartas veces más severa que la que hubiera recibido de admitir su culpabilidad.

El segundo argumento al que tuvo que contestar la SC fue el siguiente: en un precedente que redefinió, según la contraparte, el precedente *Strickland*, la SC había dicho que el perjuicio no era tal si el acusado, además, no se había privado, por ello, de un derecho material o procesal. El argumento de los acusadores aludía a precedentes en los que el reclamo del acusado era estimado ilegítimo, ello cuando, por ejemplo, el abogado se negara a presentar un testimonio falso (caso “*Nix v. Whiteside*”<sup>30</sup>).

Al negar esta posibilidad, el juez Kennedy debió explicar que, si bien la propia SC había dicho que no existe un derecho a recibir una propuesta de acuerdo ni a que un juez la acepte, en el caso sí había existido tal oferta y, por ello, “*...un acusado tiene el derecho a un asesoramiento legal eficaz acerca de la conveniencia de aceptarlo o no*”.

El tercer argumento de la parte vencida fue que, en verdad, la Sexta Enmienda tiene como propósito asegurar la confianza que merece una condena luego de un juicio, cuestión no factible de discutir en el caso de Lafler. La mayoría de la SC dijo, sin embargo, que:

“*...la cuestión aquí no es la justicia del juicio o la confianza que éste merece sino la legitimidad y regularidad de los procesos que lo precedieron, lo que originó que el acusado perdiera beneficios que hubiera recibido normalmente, de no ser por la ineficaz asistencia de su abogado*”, y agregó “*...(e)l hecho de que el acusado sea culpable no significa que no tenga el derecho, por la Sexta Enmienda, a una asistencia efectiva o que no haya sufrido perjuicio por la deficiente actividad de su abogado durante las negociaciones*”.

Restaba por resolver, por último, cuál era el remedio adecuado para la situación en que se había colocado a Lafler. Asumiendo que aquél debería neutralizar la violación al derecho constitucional lesionado, ello no debía implicar, sin embargo, conceder al acusado una ventaja inmerecida o desperdiciar los recursos invertidos por el Estado (en el original: “*not grant a windfall to the defendant or needlessly squander the resources the State invested in the criminal prosecution*”).

En alusión al remedio escogido por el tribunal federal que avaló el reclamo de Lafler y

<sup>30</sup>475 U.S. 157, 175 (1986).

dispuso se aplicara, al dictar sentencia, el acuerdo ofrecido originalmente, la SC escogió otra alternativa y ordenó se ofreciera nuevamente al acusado la propuesta de acuerdo original para habilitar la discreción del Tribunal acerca de qué sentencia imponer, en función de todos o sólo algunos de los cargos (hechos imputados) que conformaron el acuerdo.

**4.2. El caso “Missouri v. Frye”<sup>31</sup>.** Galin Frye estaba acusado por el estado de Missouri de conducir con una licencia revocada. Ya que había cometido similar conducta en tres ocasiones, el hecho podía ser considerado un delito más grave (*felony*). El fiscal del caso envió al abogado de Frye una carta en la que proponía dos acuerdos posibles: recomendar una sentencia por tres años por el delito más grave, sin posibilidad de probation (nuestra condena en suspenso, en los términos de los arts. 26 y ss. del CP) pero recomendando una pena de prisión de sólo 10 días o bien reducir los cargos a un delito más leve (*misdemeanor*) pero recomendando una sentencia de 90 días.

La oferta incluyó una fecha de caducidad para aceptar el acuerdo que transcurrió sin que el abogado de Frye se la comunicara a su asistido.

Pocos días antes de la audiencia preliminar, Frye fue nuevamente arrestado por haber conducido, una vez más, con una licencia revocada.

Sin que existiera acuerdo con el fiscal, Frye finalmente y luego de declararse inocente anteriormente, cambió su declaración por un *guilty plea*. El fiscal recomendó una sentencia de tres años, no recomendó probation y solicitó una pena de 10 días de detención: el Tribunal condenó a Frye a tres años de prisión.

Frye propició una revisión de su condena entendiendo que no había contado con el debido asesoramiento y testificó en una audiencia de prueba que de haber sabido de la existencia de la oferta del Fiscal, habría admitido su culpabilidad por el delito menos grave (*misdemeanor*).

El Tribunal de Apelaciones de Missouri admitió el reclamo y ordenó un reenvío para que Frye retirara su admisión de responsabilidad y eligiera entre ir a juicio o bien admitir su responsabilidad por los cargos que el Fiscal escogiera.

Aquí, la SC nuevamente formó su opinión mayoritaria por escasos 5 votos, contra 4 y la expresó por intermedio del juez Kennedy, quien relevó los precedentes “*Hill v. Lockhart*” y “*Padilla v. Kentucky*”, y los distinguió del caso de Frye en el sentido de que no se alegaba el incorrecto asesoramiento del defensor al momento de emitir la declaración de admisión de culpabilidad sino respecto de la representación legal ofrecida antes de ese *plea* y que involucraba otras opciones sobre dicha decisión.

Los casos de Padilla o Hill permitían distinguirlo del de Frye en cuanto a que existen reglas (tanto a nivel federal como estadual) para verificar que el acusado haya comprendido las consecuencias de admitir su responsabilidad y de dicho control suele quedar registro, mientras que no existe registro alguno en

<sup>31</sup>566 U.S. (2012).

aquellos casos en que una oferta de la acusación caduque o sea rechazada por el imputado.

Advirtió la SC que, como lo reiteró en el caso de *Lafler*, no existe un derecho a recibir una oferta de la acusación respecto de posibles acuerdos y que no parecía razonable que los defectos de la defensa técnica tuvieran las mismas consecuencias cuando, como ocurrió con *Frye*, las oportunidades para contar con un juicio justo se habían preservado.

Sin embargo, la realidad imponía al Tribunal una reconsideración. Relevantes las estadísticas que dan cuenta de que la absoluta mayoría de las condenas son consecuencia de guilty pleas había que admitir que:

*“(Los acuerdos (plea bargains) se han convertido en tan fundamentales para el sistema de administración de la justicia penal que el abogado defensor tiene responsabilidades que debe cumplir para ajustarse a la adecuada asistencia técnica que la Sexta Enmienda requiere en el proceso penal”.*

Advirtiendo que quienes aceptan estos acuerdos frecuentemente reciben sentencias más cortas que aquellos que se arriesgan a ir a juicio dijo la SC:

*“En el sistema de justicia actual entonces, es la negociación de un acuerdo y no el desarrollo del juicio el punto crítico en lo que al imputado concierne”.*

Ante tal declaración la SC debió reconocer que el paso siguiente era establecer, en definitiva, cuáles son los deberes y responsabilidades del abogado defensor durante estas negociaciones.

Sin desarrollar en extenso la cuestión, la SC sentó un estándar específico para el caso de *Frye*: como regla general, el defensor tiene el deber de comunicar las ofertas formales de la acusación cuando implica aceptar una admisión de culpabilidad en términos y condiciones que sean favorables al imputado.

Para ofrecer a los estados, por ende, herramientas prácticas para evitar planteos tardíos cuando una oferta se ha rechazado y de ello se desprenden consecuencias más gravosas para el acusado, la SC propuso tres medidas: docu-

mentar la existencia de una oferta, imponer que estas ofertas sean por escrito y propiciar que formen parte del registro o expediente (*record*).

Para acreditar el perjuicio, y así contemplar el doble análisis que impone el caso *Strickland*, la SC indicó que para determinar cómo debía acreditarse la “razonable probabilidad de que el resultado hubiera sido más beneficioso de contar con el debido asesoramiento” (estándar del precedente citado) no debía analizarse si el acusado hubiera ido a juicio de haber sido correcto el consejo legal sino si habría aceptado la oferta en los términos anteriormente ofrecidos por parte del Fiscal del caso.

Ese criterio supone adaptar el estándar de *Strickland* a lo que la propia SC admite que no es más un sistema de justicia basado en la existencia de juicios sino de acuerdos.

Ahora bien, la SC agregó un requisito más, acotando su decisión: ya que el acusado no tiene derecho alguno a recibir una oferta del fiscal ni a que el juez acepte el acuerdo al que hubieran arribado, además de demostrar la asistencia ineficaz del abogado y el perjuicio provocado, deberán los litigantes acreditar también, con una probabilidad razonable, que ni el fiscal al cancelar o retirar la oferta o el juez al rechazar el acuerdo, hubieran podido impedir que éste procediera o se implementara.

En el caso de *Frye*, en efecto, ya que el acusado había cometido nuevamente la misma conducta- ahora por quinta vez-, existía una fuerte probabilidad de que el fiscal no mantuviera la oferta (a lo que la legislación estadual lo autorizaba).

Un último fallo de la SC debe analizarse, en tanto atañe a un punto esencial de esta investigación y, a pesar de ser más antiguo que los hasta aquí enumerados, resulta de extremo interés.

**5. El caso “*Florida v. Nixon*”<sup>573</sup>**. En un hecho bastante cruento, ocurrido en agosto de 1984, una mujer fue encontrada muerta al costado de la ruta. La evidencia en el lugar dirigió la investigación hacia Joe Elton Nixon, quien ya había confesado su responsabilidad con su hermano y su novia, confesión que reiteró al interrogarlo la policía.

Según surge del relato de los hechos que hizo el juez Ginsburg-a cuya opinión adhirieron los restantes jueces de la SC- a pesar de que, al momento de presentarse formalmente

<sup>573</sup> U.S.175 (2004), resuelto el 13 de diciembre de 2004. Este fallo fue tratado por MORELLO, Augusto M. y R. DE LA COLINA, Pedro: “El defensor penal y su competencia en determinaciones decisivas”, en *Suplemento Penal y Procesal Penal de La Ley*, del 30 de septiembre de 2005, págs.1/3.

la acusación (*indictment*), la fiscalía ya había recogido mucha evidencia en pos de su caso, el defensor oficial de Nixon alegó la inocencia de su cliente.

Luego de entrevistar a los testigos de cargo, el abogado tomó conciencia de la fortaleza del caso de la acusación y, con ello de la culpabilidad de su cliente. Fue entonces que comenzó negociaciones a fin de que el fiscal, a cambio de una admisión de culpabilidad de Nixon, resignara pedir la pena de muerte. Ya que el fiscal no se resignó a perder la posibilidad de pedir esa pena, las negociaciones concluyeron.

Frente a este panorama, el abogado, de nombre Corin, decidió enfocarse en la fase de la pena.

Esta estrategia, pensó Corin, le permitiría dedicarse de lleno a obtener prueba sobre los problemas emocionales y la inestabilidad mental de Nixon a fin de lograr una morganización en la pena y, además, evitar que una defensa más agresiva en la etapa de juicio comprometiera su éxito en la discusión sobre la pena.

Según diría más tarde el abogado, conocía a Nixon por haberlo asistido en otros casos y, aunque trató de consultar esta estrategia con él, no pudo obtener de su cliente más que silencio.

En las etapas previas del juicio, al seleccionar al jurado, Nixon habría tenido episodios de violencia que motivaron que Corin propiciara, con autorización del juez, que Nixon no estuviera presente en el juicio.

Así, y ya en curso el juicio, Corin consumó su estrategia y se enfocó en la fase de la discusión de la pena: durante el debate sobre la responsabilidad de Nixon no intervino para contraintervocar a los testigos ni presentó un caso para la defensa, simplemente reconoció ante el jurado la culpabilidad de su defendido. Si intervino, de todos modos, para objetar ciertas instrucciones al jurado y la introducción de pruebas fotográficas al debate.

Llegado el momento de discutir sobre la pena a imponer, Corin desplegó su plan: citó a declarar a familiares, psiquiatras y psicólogos, quienes se refirieron a los problemas emocionales de Nixon. La Fiscalía, aquí, casi no participó.

Concluido entonces el proceso, el jurado, recomendó la imposición de la pena máxima, la que el juez impuso, sin perjuicio de elogiar la actuación del abogado defensor.

Nixon recurrió a otro abogado, quien apeló la sentencia alegando la ausencia de una verdadera defensa para su ahora cliente durante el juicio, conforme la jurisprudencia de la SC en “*United States v. Cronic*”<sup>33</sup>.

Fracasado ese reclamo, Nixon intentó una nueva acción (postconviction relief) que sí tuvo acogida por parte de la Suprema Corte del estado de Florida, que ordenó la realización de una audiencia sobre el tema, ya que, en contravención con el precedente “*Boykin v. Alabama*”<sup>34</sup>, se había inferido del silencio de Nixon una decisión que, en el caso, debía equipararse a un verdadero *guilty plea*. En la instancia de reenvío, sin embargo, el Tribunal estimó que, en el marco de las relaciones entre Nixon y Corin, el silencio del primero fue una forma de consentir la estrategia del segundo.

<sup>33</sup>466 U.S. 649 (1984).

<sup>34</sup>Ver nota n°17, en este texto.

La Suprema Corte estadual ordenó un nuevo juicio, lo que motivó la intervención de la SC federal que, finalmente, revocó esa decisión.

La SC debió decidir aquí si constituía un asesoramiento legal ineficaz el hecho de que el abogado reconociera en el juicio la responsabilidad de su cliente sin haber obtenido previamente, su consentimiento expreso para ello.

Si bien la SC consideró que no era necesario que el cliente consintiera todas las decisiones tácticas que un abogado puede tomar en un juicio, la decisión sobre ciertas cuestiones no podía ser delegada. Entre ellas, la renuncia a un derecho.

En ese sentido, la SC retomó su jurisprudencia anterior, que establece que la última autoridad para decidir sobre la declaración de culpabilidad, la renuncia a ser juzgado por un jurado, a apelar el fallo o a testificar en el juicio, corresponde al acusado<sup>35</sup>.

La regla para estos casos prescribe que el abogado no sólo deba consultar a su cliente sobre estas decisiones, sino que también deba obtener su consentimiento para proceder conforme a ellas.

Si bien la SC admitió que una admisión de culpabilidad, bajo la modalidad del *guilty plea*, equivale a una condena y no puede ser decidida en solitario por el abogado, no siendo suficiente la conformidad tácita del imputado, entendió que el caso de Nixon no podía asimilarse a ese supuesto: Nixon, dijo Ginsburg, retuvo en todo momento sus derechos.

Es que, a criterio de la SC, la Fiscalía estaba obligada a presentar evidencia para probar su caso. Además, la defensa trató de excluir cierta evidencia que le era perjudicial al imputado. En todo caso, dijo, hubo un verdadero juicio.

Agregó que las consultas de Corin con Nixon no tuvieron respuesta y que Nixon demostró cual era su actitud en general durante las audiencias preliminares: en ese contexto, su silencio, hizo razonable la decisión del abogado.

Llegando al *holding* de la decisión, la SC dijo que la Corte de Florida aplicó los estándares de *"United States v. Cronic"*, que presume que existe un asesoramiento ineficaz, cuando en verdad debió haber examinado si la conduc-

ta de Corin fue irrazonable a la luz del único parámetro de la SC sobre el punto: *"Strickland v. Washington"*.

En función de ese parámetro, dijo la SC que la conducta del abogado de Nixon durante el juicio no había sido irrazonable: fracasadas las negociaciones para que el fiscal abandonara su pedido de la pena máxima, concentrarse en la etapa de la discusión de la pena era correcto, máxime tratándose de un caso de pena capital, en el que el abogado analiza en conjunto ambas fases del proceso.

Si la estrategia de defensa, bajo los estándares de *"Strickland v. Washington"*, es razonablemente correcta, aún si el imputado guarda silencio, nada más hay para discutir.

## 6. Conclusiones preliminares

**6.1.** En el caso *"Padilla v. Kentucky"*, la SC impuso expresamente a los defensores en sede penal una obligación de advertencia de las consecuencias no penales de una condena consentida. De no haber sido otorgado ese asesoramiento de modo eficaz y de poder acreditar ello el condenado, el consentimiento para la condena -admisión de culpabilidad- puede ser revocado.

Más allá de las consecuencias de este tipo de decisiones en el esquema general del plea bargaining, podemos enfocar nuestro interés en la necesidad de trasladar esta postura al contexto local, ya que nuestra legislación migratoria, como veremos, prevé una hipótesis similar a la suscitada en el caso de Padilla.

**6.2.** En cuanto al caso *"Premo v. Moore"*, vemos allí como la SC distinguió el contenido del estándar de asesoramiento técnico eficaz, según se ejercite en el contexto de un juicio oral o en el marco de las negociaciones que concluirían en un acuerdo sobre la sentencia y la pena a imponer. Lo propio ha hecho la SC en *"Padilla v. Kentucky"*, al identificar dicha instancia (de negociación) como el campo donde debe ejercitarse el control sobre la calidad del consejo legal recibido por el imputado.

La necesidad de establecer esta distinción obedece a dos motivos. El primero tiene que ver con la indudable preeminencia que se ha atribuido a la etapa de juicio a efectos de definir y caracterizar el derecho de defensa. Esto parece ser consecuencia lógica del hecho de que, en verdad, el modelo adversarial gira y se desarrolla en torno a ese momento.

<sup>35</sup>Los casos citados son *"Jones v. Barnes"*, 463 U.S. 745 (1983), y *"Wainwright v. Sykes"*, 433 U.S.72 (1977).

Sin embargo, en vista de las estadísticas, ya relevadas, que dan cuenta de que la mayoría de los procesos penales en los EE.UU. se resuelven mediante el sistema del *plea agreement*, parece acertado coincidir con ZEIDMAN, quien destaca la sobreestimación que se hace de las actividades relacionadas con el juicio, en perjuicio del análisis de las condiciones en que se presta el asesoramiento o consejo legal previo a dicha instancia<sup>36</sup>.

El escaso interés de la doctrina por analizar los requisitos constitucionales del consejo técnico en ese ámbito, se contrapone con la importancia que, en los hechos, tiene la información legal que recibirá el imputado al decidir si ir a juicio o no.

La postura tradicional de la jurisprudencia, según surge de la investigación de ZEIDMAN (previa al dictado de los fallos de la SC aquí analizados), difería entre considerar que era el imputado quien en última instancia decidiría respecto de la utilidad de aceptar un acuerdo y en estimar que el rol del abogado no debía ser en absoluto neutral, atribuyéndole al abogado un deber de aconsejar sobre la conveniencia de una u otra decisión, consejo éste que, según las circunstancias, debía ser tan profundo como para alcanzar el deber de persuadir al acusado si con ello se le aseguraba una mejor situación a futuro.

**6.3.** La otra cuestión que impone efectuar la distinción referida-entre la asistencia en el juicio y el consejo brindado fuera de él- radica en diferenciar las consecuencias que un error en una u otra puede implicar.

Destacaba ZEIDMAN, así, que un consejo técnico que urgía a rechazar un acuerdo y, en consecuencia, hacer uso de la oportunidad de defensa que ofrece el juicio oral, por erróneo que fuera, no merece reparación alguna ya que la Sexta Enmienda de la Constitución estadounidense no ampara más que un consejo técnico que garantice un juicio justo. Si el juicio, en esta hipótesis, se realiza en forma intachable, aunque tenga como resultado una consecuencia más perjudicial (como ser que la pena fuera más grave que la ofrecida en las negociaciones), el estándar de la SC sobre defensa efectiva no era aplicable.

Partiendo del test ofrecido por la SC en el caso “*Strickland v. Washington*”, no habría perjuicio para quien cuenta con la oportunidad de ir a juicio, aun cuando se pudieran acreditar deficiencias en el consejo legal para no aceptar un acuerdo.

Esta interpretación fue sostenida también por TINMOUTH<sup>37</sup>, quién postula que la garantía tal cual aparece consagrada por la Sexta Enmienda fue interpretada por la SC en un sentido limitado: el derecho a la asistencia efectiva de un abogado sólo resulta reconocido a efectos de garantizar que el acusado obtenga un juicio justo.

Esta idea surge de lo resuelto en el caso “*United States v. Cronic*” (ya citado) y fue luego seguida, según afirma TINMOUTH, por otros casos de la SC, en los que se sostuvo que no existe perjuicio si el consejo legal no tiene efecto alguno en la posibilidad de que, de todos modos, el acusado reciba un juicio justo.

La ausencia de perjuicio impide que quien haya sido condenado en estas condiciones, es decir, luego de un juicio, pueda

<sup>36</sup>ZEIDMAN, Steven: “To plead or not to plead: effective assistance and client-centered counseling”, en *Boston College Law Review*, Volúmen 39, Número 4, 1998, págs. 841/909. Disponible en formato digital en: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol39/iss4/1> (al 20/02/2011).

<sup>37</sup>TINMOUTH, Leigh: “The fairness of a fair trial: not guilty pleas and the right to effective assistance of counsel”, en *Boston College Law Review*, Volúmen 50, número 5, 2009, págs. 1607/35.

postular la revocación de la condena sufrida, amparándose en el erróneo asesoramiento de su abogado en torno a un acuerdo sobre la pena.

Sin embargo, un artículo previo al de TIN-MOUTH ofrece una opinión distinta<sup>38</sup>.

En él, HARRISON, advierte que, si bien la SC ha ligado tradicionalmente el derecho al asesoramiento eficaz de un abogado con la idea de un juicio justo, tal criterio debería ser reexaminado, a la luz del avance experimentado -en cuanto a su uso- por la práctica del *plea agreement*.

Es que, si bien la SC dio un fuerte espaldarazo a la legitimidad del instituto, como hemos visto, no menos cierto es que ese Tribunal jamás le atribuyó la calidad de un derecho constitucional, en tanto hasta su presentación ante el juez y su materialización en una sentencia “...no priva al acusado de su libertad o de algún otro interés constitucionalmente protegido”<sup>39</sup>.

Esta discusión doctrinaria ha recibido un nuevo ingrediente, ya que ahora sí existe un estándar definitivo de la SC, como hemos visto al referir lo resuelto el pasado 21 de marzo en los casos “Lafler v. Cooper” y “Missouri v. Frye”.

**6.4.** En una versión anterior de este texto habíamos advertido acerca de la existencia de una disparidad de criterios entre los distintos tribunales federales y locales respecto de la viabilidad de los planteos de quienes alegan que el error en el abogado los indujo a no celebrar un acuerdo, ir a juicio y, con ello, verse perjudicados.

Esta incertidumbre, dijimos, obligaba a atender las diversas posturas que había exhibido la doctrina.

Así, referimos que si bien es cierto que el no acuerdo sobre la pena -incluso motivado por un defectuoso servicio del abogado- no impide acceder al juicio garantizado por la Constitución, no lo es menos que, como decíamos, si el derecho a contar con un abogado requiere de la

provisión efectiva de ese asesoramiento, cada vez que una persona participe de cualquier instancia de un proceso criminal asesorada por un abogado, el consejo de este, debe ser eficaz. Esto vale también para la etapa de las negociaciones previo a ingresar a la instancia en que se formula el *plea* en uno u otro sentido.

Siguiendo a HARRISON, aunque el mecanismo del *plea bargaining* no constituya per se un derecho, la presencia de un abogado impone que su consejo técnico sea adecuado, máxime, como bien resalta la autora, tratándose de acusados carentes de recursos, cuyas posibilidades económicas no permiten realizar las investigaciones previas que, a alto costo, permiten conocer la fortaleza del caso del fiscal y, por ende, robustecerse al momento de negociar<sup>40</sup>.

Uno de los argumentos opuestos a la opinión de HARRISON, por otra parte, asimila el *plea bargaining* a un contrato y, por ende, una lucha por lograr el mejor acuerdo posible. Así, la falta de acuerdo sobre la pena, que implica la necesidad de llevar el caso a juicio, supone que no existe compromiso alguno por mantener la oferta realizada, en tanto el fiscal, al fracasar las negociaciones deberá afrontar el costo que un acuerdo hubiera ahorrado. Permitir al acusado, condenado luego del juicio, una nueva chance para obtener un acuerdo más favorable, sería contrario a la lógica contractual.

Sin embargo, en la medida en que esa negociación representa una instancia más del proceso, debiera regirse por las mismas reglas que, en el diseño constitucional, garantizan su legitimidad: si una de las partes desconoce las reglas que rigen ese acuerdo y necesita asesoramiento, éste debe ser eficaz para legitimar el proceso en cuestión.

Se presenta, de todos modos, un problema: de prosperar un reclamo en estas condiciones, los remedios tradicionales no serían apropiados.

En los casos de “Padilla v. Kentucky” y “Premo v. Moore”, ambos imputados habían suscripto un acuerdo. Luego, con distinto éxito, reclamaron la revocación de la condena, por entender que no habían contado con la asistencia técnica adecuada previo a admitir su responsabilidad. La aceptación de tal pedido conllevaba la necesidad de revocar el acuerdo y ordenar la realización de un juicio. El razonamiento que sustenta este tipo de decisión, parte de la base de restituir al peticionante un derecho al que había renun-

<sup>38</sup>HARRISON, Tara: “The pendulum of justice: analyzing the indigent’s defendant’s right to the effective assistance of counsel when pleading not guilty at the plea bargaining stage”, en *Utah Law Review*, número 4, 2006, páginas 1185/1208.

<sup>39</sup>Del caso “*Mabry v. Johnson*”, de la Suprema Corte de los EE.UU. de Norteamérica (467 U.S. 504 -1984-), citado por HARRISON, Tara: op.cit., pág. 1195.

<sup>40</sup>Idem, pág.1205. Esta afirmación tiene sentido cuando se toma conciencia de que en la mayoría de los países que han incorporado esta práctica, la mayor parte de los acuerdos son suscriptos por defendidos carentes de recursos económicos y que cuentan con alguna forma de patrocinio jurídico oficial.

ciado, sin perjuicio de que el beneficio de este proceder fuera eventual, ya que el jurado podía, llegado el caso, imponerle una pena más grave que aquella negociada con el fiscal.

Nos preguntábamos antes de que la SC resolviera los casos de Lafler y Frye: ¿Cómo remediar un caso de defensa técnica ineficaz ante un acuerdo no concretado y un juicio que concluye en condena? Aquí ya hubo un juicio y reiterarlo carecería de sentido, a menos que, como indica HARRISON, sea una forma no muy sutil de instar al fiscal del caso a volver a negociar con el imputado lo cual, en la práctica, parece improbable: las pruebas probablemente no sean las mismas y el fiscal carecerá de incentivos de intentar un objetivo ya logrado.

Esa incertidumbre respecto de la forma en que podría satisfacerse a aquel que se ha visto perjudicado por su abogado, quita mucha fuerza a la postura que sostiene que el derecho a una asistencia técnica ineficaz también vale para estos casos. Como ya habíamos advertido, los textos que habían tratado el tema partían de la base de que aún no había existido un pronunciamiento expreso de la SC sobre el punto.

En eso, llegaron los casos de Lafler y Frye.

Aquí la SC admitió que la instancia de negociación no puede escapar a la presencia de un asesoramiento eficaz y que la realidad del sistema de justicia norteamericano imponía considerar que no podía predicarse la legitimidad de una condena, incluso precedida por un juicio justo, si en las instancias anteriores (de negociación) el acusado no fue informado de la oferta más conveniente (como ocurrió a Frye) o ha decidido rechazarla a causa de un consejo inadecuado (como ocurrió con Lafler).

Corresponde destacar que los remedios propuestos por la mayoría de la SC para resolver la cuestión ciertamente reflejan las dudas que han operado en cabeza de este Tribunal.

La necesidad de acreditar que el acuerdo habría prosperado, a sabiendas de que muchos Estados no imponen a los fiscales la obligación de mantener sus ofertas, demuestra una indisimulable cautela ante la probable marea de reclamos de personas condenadas bajo estas condiciones.

Incluso así, cabe advertir que las propuestas de la SC para los acusadores estatales, vinculadas a la documentación estricta de las ofertas a los imputados, reflejan también como el tinte adversarial del verdadero sistema estadounidense se ha ido difuminando.

En un texto anterior a estos fallos, LANGER ya advertía como el modelo de justicia de los EE.UU. de Norteamérica se acerca al modelo inquisitivo, al conceder tan amplias y discretionales facultades a sus fiscales en un modelo en el que predominan las negociaciones con la defensa y en el que ir a juicio supone, de por sí, tener la certeza de recibir una condena más alta.

Es que el sistema de adjudicación de responsabilidad en esos términos pone en cabeza de un agente claramente parcial la investigación de los hechos y, también, la de decidir (en los hechos) si una persona recibirá o no una pena. La mera amenaza de un resultado peor en un juicio que el que se recibirá

de aceptar la oferta del fiscal priva de validez al acuerdo (por su componente coercitivo) y de legitimidad a la sentencia, la que se ve precedida por una investigación informal, a cargo de una agencia jerarquizada y no independiente<sup>41</sup>.

Previo a concluir el punto cabe recordar, como seguro lo ha hecho el lector, que al analizar los casos de Lafler y Frye habíamos dicho que la SC sólo pudo emitir una opinión conformada por una mayoría muy limitada.

En efecto, la disidencia, particularmente la del juez Scalia, sostuvo que el derecho a contar con el debido asesoramiento legal derivaba de la garantía a ser juzgado en un juicio justo y que, hasta este nuevo precedente, la regla no se había extendido a las negociaciones que preceden un *plea agreement*.

Si bien la mayoría de la SC no lo declaró así, Scalia sostuvo que, en definitiva, en las decisiones citadas se había consagrado un derecho al *plea bargain*.

En lo sustancial, la postura de esta disidencia se basa en que el derecho a contar con una abogado sólo puede lesionarse si en su ausencia el imputado no recibe, por ello, un juicio justo y que ello no ocurría ni en el caso de Lafler ni en el de Frye.

Scalia reconoce que el *plea bargaining*, en los términos en que se ha utilizado en los EE.UU., al admitir también el *charge bargaining*, se opone al principio de legalidad del sistema continental y que, por ello, merece severas críticas al admitir que se acuse por más cargos de los

que verosímilmente podrían probarse en juicio y, así, impone al acusado a aceptar su culpabilidad para evitar el riesgo del juicio.

Sin embargo, demostrando cierta “mala conciencia”, indicó que incluso así esto había sido admitido como un mal necesario ante la imposibilidad del sistema de atender los casos de otro modo pero en oposición al pronunciamiento mayoritario refirió:

*“Hoy...la Suprema Corte de los Estados Unidos eleva el plea bargaining de un mal necesario a un derecho constitucional. Ya no es más un accesorio avergonzante de nuestro sistema de justicia; por el contrario, como la Corte anuncia en el caso que acompaña a éste ( se refiere al caso “Missouri v. Frye”) es el sistema de justicia penal”.*

Esta frase, aunque ciertamente cínica, refleja que el reconocimiento del derecho a contar con asesoramiento eficaz también en esta etapa previa, e incluso existiendo un juicio posterior intachable, deberá alterar profundamente las bases del sistema.

**6.5.** El caso de Nixon ha sido el más complejo. Si bien en *“Florida v. Nixon”* no se trató de un acuerdo sobre la pena, las cuestiones allí discutidas obligan a considerar cómo se dividen las funciones abogado e imputado respecto de decisiones que, como en el *plea bargaining*, implican resignar un derecho que, en el caso, es el de resistir u oponerse a la acusación.

Esta tarea no es simple. Como veremos en la segunda parte de este trabajo, la doctrina nacional ha procurado responder el interrogante.

En el derecho norteamericano, la cuestión ha merecido análisis serios, como el de ALSCHULER<sup>42</sup>.

Este autor entrevistó a fiscales, jueces y abogados defensores, en distintos estados norteamericanos durante un año (1967-1968). Esas entrevistas sirvieron de base a una serie de artículos<sup>43</sup>, todos ellos dirigidos a analizar las características y problemas que generaba la práctica del *plea bargaining* en el sistema de justicia estadounidense.

Particularmente, nos interesa analizar aquí las observaciones de ALSCHULER respecto de la labor de los abogados defensores en orden a este procedimiento.

En su investigación, ALSCHULER advirtió que la práctica generalizada de los acuerdos en cuestión pervertía la relación entre cliente y abogado<sup>44</sup>: en las entrevistas con los abogados,

<sup>41</sup>LANGER, Máximo: “Rethinking plea bargaining: the practice and reform of prosecutorial adjudication in american criminal procedure” en *American Journal of Criminal Law*, Volumen 33:3, 2006, pág. 224 y ss. Disponible en formato digital en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=931669](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=931669). Otros autores, sin embargo, postulan la conclusión opuesta, atenor de la cual el sistema de negociaciones que ofrece el *plea bargaining* favorece el modelo adversarial, que ha trasladado su eje del juicio mismo a las etapas que lo preceden (ver: ZALMAN, Marvin: *Criminal Procedure: constitution and society*, Pearson Prentice Hall, New Jersey (EE.UU.), cuarta edición, 2005, págs. 361/2 y sus citas).

<sup>42</sup>ALSCHULER, Albert W.: “The defense attorney’s role in plea bargaining”, en *The Yale Law Journal*, Volumen 84, número 6, mayo de 1975. Este trabajo ya ha sido citado en la nota al pie nº3.

<sup>43</sup>Además del texto citado inmediatamente antes, corresponden al mismo autor los siguientes: “The trial judge’s role in plea bargaining”, en *Columbia Law Review*, Volumen 76, 1976 y “The prosecutor’s role in plea bargaining”, en *University of Chicago Law Review*, Volumen 36, número 50, 1968.

<sup>44</sup>ALSCHULER, Albert W.: “The defense attorney’s role in plea bargaining”, en *The Yale Law Journal*, Volumen 84, número 6, mayo de 1975, pág. 1311.

muchos de ellos pusieron de manifiesto las estrategias a las que recurrían a fin de incitar a su cliente a aceptar los acuerdos ofrecidos, asumiendo un rol muy distinto al de un confidente leal a los intereses de su representado<sup>45</sup>.

En la medida en que los intereses particulares de los abogados, prevalecen por sobre los del imputado, la responsabilidad final por la decisión resulta más difícil de atribuir.

Los intereses personales de los abogados, según surge del estudio del autor citado, se vinculaban o bien con la necesidad de descargar el exceso de trabajo o bien con la intención de no poner en juego el prestigio o la reputación en un juicio con resultado adverso. Estas motivaciones, muchas veces se reflejaban también en la idea de que debía ser el defensor quien, en definitiva, tomara las decisiones relevantes:

*“La mayoría de los abogados defensores están de acuerdo en que es el cliente quien decide por sí mismo si admitir la culpabilidad o no, pero usualmente adhieren a esta proposición de forma restringida o en sentido puramente técnico. Su idea no es que un cliente pueda instruir a su abogado a defenderlo en un juicio, sino, simplemente, que el cliente es libre de buscar a un nuevo abogado cuando esté insatisfecho con la elección de su abogado sobre cómo declararse”.*<sup>46</sup>

A criterio de ALSCHULER, la asunción del riesgo de ir a juicio vale la pena y, en consecuencia, la única solución a los problemas advertidos es la total abolición del *plea bargaining*.

Los problemas que genera esta práctica, sólo esbozados aquí pero tratados en profundidad por el autor, se presentan al otorgar oportunidades para los defensores que resultan incompatibles con su rol de patrocinante y asesor en procura del resguardo de los intereses de su cliente.

Un abogado interesado en disminuir las resistencias de su asistido frente a la opción de ir o no a juicio<sup>47</sup>, probablemente ejercerá estrategias opuestas a las que se esperan de él en el modelo adversarial pero, no sin cierta ironía, plenamente acordes con lo que se espera de él al disponerse a negociar una pena (más leve) para su cliente.

El caso *“Florida v. Nixon”* trae al primer plano este problema. La relación entre defensor y defendido asume, indudablemente, caracteres diferentes según este vínculo se establezca o no en el marco de preparar y celebrar un debate. Estas diferencias, en cuanto arriesgan la efectiva asistencia del imputado, ponen en duda la legitimidad del instituto en cuestión.

Otras posturas, de todos modos, ven en la distinción de funciones entre abogado y cliente, una creciente autonomía del último, lo cual favorecería uno de los propósitos encomiables del instituto en cuestión, ya no pragmáticos, sino éticos:

*“Esta teoría del *plea bargaining* asume que es algo bueno que el acusado participe en decisiones importantes que afectan su vida. El *plea bargaining* permite al imputado adueñarse y responsabilizarse por la conducta criminal que llevó a su acusación y así comenzar el proceso de rehabilitación y justicia restaurativa que es necesario para reparar el daño y, eventualmente, reintegrarlo a la comunidad. La autonomía del modelo de “fortalecimiento” sugiere que cuando el imputado puede participar signi-*

<sup>45</sup>La actitud de los defensores penales, en un ejemplo que registra ALSCHULER, se adapta de un modo peculiar a las condiciones de este sistema. Así, un abogado que examina la prueba recabada por el fiscal puede estar más interesado en descubrir las fortalezas del caso de su contraparte que sus debilidades: “Su objetivo primario es obtener información que lo ayude a persuadir a sus clientes a que se declaren culpables. Cuando un fiscal advierte que el abogado simplemente busca racionalizar una declaración de culpabilidad, tanto para sí como para su cliente, se torna ventajoso para aquél proveer al abogado de la munición que busca” (ALSCHULER, Albert W.: *ibidem*, pág. 1228).

<sup>46</sup>ALSCHULER, Albert W.: *ibidem*, págs. 1306/7.

<sup>47</sup>“Cuando un cliente niega su culpabilidad, algunos abogados usan técnicas sorprendentemente duras para asegurarse una confesión. Estos abogados enfatizan la importancia de saber “toda la verdad” para preparar su defensa, pero, al mismo tiempo, un cliente que confiesa estará probablemente en desventaja psicológica para resistir el consejo de su abogado de declararse culpable, en comparación con uno que niega su responsabilidad” (ALSCHULER, Albert W.: *ibidem*, pág. 1191).

ficativamente en el proceso que lleva a su admisión de culpabilidad, va a estar más comprometido con su resultado, más predisposto a aceptarlo como legítimo y más pasible de beneficiarse de sus términos a nivel penológico".<sup>48</sup>

Esta concepción habilita una visión más compleja de las situaciones que generan el instituto del plea bargaining pero excede el objeto de este texto.

<sup>48</sup>CASSIDY, Michael: "Some reflections on ethics and plea bargaining: an essay in honor of Fred Zacharias", en *Boston College Law School Faculty Papers*, número 306, pág. 8. Disponible en: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/lisp/306>.

<sup>49</sup>CARNELUTTI, Francesco: *Cómo se hace un proceso* (traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín), Buenos Aires, Librería "El Foro", 1999 pág. 101 (1954).

<sup>50</sup>LANGER, Máximo: op.cit., págs. 53.

<sup>51</sup>"Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional (...) (h)aber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca pena privativa de libertad de tres (3) años o más;...".

<sup>52</sup>"Art. 62: La Dirección Nacional de Migraciones, sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondieran deducir, cancelará la residencia que hubiese otorgado, con efecto suspensivo, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión y dispondrá la posterior expulsión, cuando: (...) b) (e)l residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos. En el primer supuesto cumplida la condena, deberá transcurrir un plazo de dos (2) años para que se dicte la resolución definitiva de cancelación de residencia, la que se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley. En caso de silencio de la Administración, durante los treinta (30) días posteriores al vencimiento de dicho plazo, se considerará que la residencia queda firme;...".

"Art.63: En todos los supuestos previstos por la presente ley:

a) La cancelación de la residencia conlleva la cominación a hacer abandono del país dentro del plazo que se fije o la expulsión del Territorio Nacional...

b) La expulsión lleva implícita la prohibición de reingreso permanente o por un término que en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años y se graduará según la importancia de la causa que la motivara. Dicha prohibición sólo podrá ser dispensada por la Dirección Nacional de Migraciones."

"Art.64: Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de: a) (e)xtranjeros que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápitulos I y II del artículo 17 de la ley 24.660 que correspondieren para cada circunstancia. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente; b) (e)xtranjeros sometidos a proceso, cuando sobre los mismos recayere condena firme de ejecución condicional. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente (...)".

## Parte II. La situación en el derecho federal argentino: defensa efectiva y juicio abreviado

*En cuanto a lo que podemos llamar la cuestión de conciencia de los defensores, su deber no es juzgar, sino combatir. Saben que la justicia exige de ellos el combate. Lo que ellos dicen, no debe ser considerado en sí, sino en función del necesario contraste con las afirmaciones del adversario. Ellos se asemejan a dos caballos de tiro cada uno de los cuales, en el esfuerzo común, arrastra el carro por su parte; pero si no lo hiciesen así, el carro se desviaría hacia la parte del otro.*

(CARNELUTTI, Francesco.: "Cómo se hace un proceso")<sup>49</sup>

### 1.Juicio abreviado y expulsión del país.

La ley 24.825 (B.O.: 18 de junio de 1997) incorporó al Código Procesal Penal de la Nación el art. 431 bis que regula el denominado Juicio Abreviado. Este instituto recoge el *plea bargaining* norteamericano de un modo bastante fiel, en comparación con los otros países que han hecho lo propio<sup>50</sup>.

Por su parte, la ley 25.871 (B.O.: 21 de enero de 2004), recientemente reglamentada por el decreto del Poder Ejecutivo Nacional nº 616/2010 (B.O.: 6 de mayo de 2010), legisla sobre las consecuencias que cabe atribuir a la imposición de una condena cuando de un ciudadano extranjero se trata.

En lo que aquí interesa, el art 431 bis del CPPN prevé la posibilidad de que el imputado en un delito cuya pena sea inferior a la de los 6 años de privación de libertad preste su acuerdo para la imposición de una pena acotada al máximo referido, a cambio de admitir la responsabilidad por el hecho imputado.

Es de la sustancia del instituto que tanto la adjudicación de responsabilidad como la discusión sobre el monto de la pena a imponer formen parte de un acuerdo entre fiscal y defensa y no sea producto de la decisión de un Tribunal luego de celebrarse el debate oral y público, en el que se habría desarrollado, en plenitud, el contradictorio.

En materia migratoria, el esquema vigente relaciona la imposición de una pena con sendas consecuencias en materia de permanencia de ciudadanos extranjeros en el territorio argentino. Ello luce plasmado en el art. 29 inc. c) de la ley 25.871<sup>51</sup>, y en los arts. 62, 63 y 64 del mismo texto normativo<sup>52</sup>.

En función de dichas normas, la imposición de una sentencia condenatoria adquiere, a los efectos de la permanencia de un extranjero en el país, una importancia extrema.

La voluntariedad de la admisión de culpabi-

lidad asume, por obvio que parezca advertirlo, una relevancia fundamental a efectos de tener por válido el acuerdo prestado por el imputado -conformidad, en la redacción legal-. Dicha manifestación, por lo demás, sólo puede ser expresión de voluntad cuando ha ocurrido a conformarla, la asistencia del defensor.

Para comenzar a hilvanar un intento de reflexión sobre el asunto, me parece apropiado recurrir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -la CS en adelante-.

**2.La jurisprudencia de la Corte Suprema: “Romano” y “Arduino”.** La CS no ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto del asunto, como sí ha ocurrido en los EE.UU. de Norteamérica al resolver la SC, como hemos referido en la Parte I de este trabajo, el caso *“Padilla v. Kentucky”*.

Sin perjuicio de ello, el problema no ha pasado inadvertido.

En efecto, el Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS- en su informe anual correspondiente al año 2005, refería lo siguiente:

“... (S) e ha dado una situación muy particular debido a la falta de información sobre las consecuencias de la aceptación del “juicio abreviado” para las personas migrantes. (...)En los casos de MP [nota al pie omitida] y RPLP [nota al pie omitida], tanto los jueces como el defensor oficial omitieron informar a los imputados que -en caso de llegar a un acuerdo- la DNM [Dirección Nacional de Migraciones] los iba a expulsar. Durante los procedimientos del “juicio abreviado” se celebraron varias audiencias; sin embargo, a ninguno de ellos se le informó acerca de las consecuencias que acarrearía la aceptación de la condena. Por esta razón se solicitó a la DNM que no considerara como una causa válida la existencia de la condena, por estar viciada en uno de sus elementos esenciales, el consentimiento. En estos casos, el Estado no ha cumplido con el deber contenido en el artículo 9 de la ley 25.871, el cual señala que: “Los migrantes y sus familiares tendrán derecho a que el Estado les proporcione información acerca de: a) Sus derechos y obligaciones con arreglo a la legislación vigente; [...] La autoridad de aplicación adoptará todas las medidas que considere apropiadas para difundir la información mencionada [sic] [...]”<sup>53</sup>.

La existencia del problema, como se advierte, compromete al Estado Nacional en el ejercicio de sus tareas dirigidas a garantizar los derechos humanos de los habitantes del país (art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cfr. art. 75 inc. 22 de la CN).

La forma en que el Estado Nacional cumple esta obligación es, evidentemente, el problema a resolver.

Si bien el CPPN pone en cabeza del órgano judicial el control de los requisitos que debe cumplir un acuerdo del estilo de los analizados, resulta escaso el nivel de detalle con que intenta ese objetivo.

Más aún, el texto legal hace eje en la verosimilitud de la admisión de culpabilidad efectuada, en función de su concordancia con las pruebas recabadas en la instrucción de la causa, y no tanto en la voluntariedad de esa “conformidad”.

La audiencia *de visu* que prevé el art. 431 bis (punto 3) no parece representar más que una formalidad, ligada a la prescripción del art. 41, inc. 2º, *in fine* del CP, atinente a la imposición de la pena, acto que exige un previo contacto con el im-

<sup>53</sup>CERIANI CERNADAS, Pablo y ASA, Pablo: “A dos años de la nueva Ley de Migraciones: avances, cuestiones pendientes y casos preocupantes”, en Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Derechos Humanos en Argentina: Informe 2005*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, pág. 348. Este extracto se encuentra disponible en: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/informe\\_2005\\_cap\\_14.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/informe_2005_cap_14.pdf). Las notas al pie omitidas remiten a los números de expediente en que tramitaron los casos de los implicados, por cuyas iniciales son identificados.

putado, anacrónico en el vigente régimen del juicio oral, pero cuya importancia resurge con la adopción del proceso abreviado, que supone la desaparición del debate como antecedente necesario para la imposición de una pena.

No son en absoluto infrecuentes los reclamos ligados a casos tramitados bajo el régimen del juicio abreviado en los que el Tribunal del caso excede los límites que en principio le impone el acuerdo al que han llegado las partes.

Ello ocurre, muchas veces, cuando a la par de la pena pactada por el hecho -por el cual la causa fuera llevada a juicio-, se acuerda además sobre la pena única a imponer, en función de lo prescripto por el art. 58 del CP. Lo propio sucede cuando la forma de cumplimiento de la pena pactada es modificada por el Tribunal o, también, cuando sin existir una declaración expresa en el acuerdo sobre un punto accesorio de la sentencia -revocación de la libertad condicional o reincidencia- el tribunal la incluye en su veredicto.

Estos casos involucran aspectos del acuerdo que no son considerados directamente vinculados con los hechos de la acusación, sino con causas en trámite o ya resueltas, cuyos efectos subsisten, en cuanto al régimen general de la pena.

El 28 de octubre de 2008, la Corte decidió el caso “Romano, Hugo Enrique s/ causa nº 5315” (Fallos 331: 2343) en el que una pena única fue impuesta luego de celebrarse un acuerdo de juicio abreviado, sin que la imposición de aquella fuera incluida en el acuerdo que fuera presentado al Tribunal Oral.

La defensa recurrió la sentencia hasta lograr la intervención de la Corte.

Al resolver, la Corte tuvo en cuenta que la imposición de la pena había sido posible por haberse tratado el proceso conforme la regulación legal del juicio abreviado. Por ello, desestimó la interpretación de la CNCP sobre el art. 58 del CP, según la cual el Tribunal se encontraba habilitado para imponer, además de la pena acordada, la pena que contemplara también un antecedente penal anterior, por tratarse de una cuestión que debía resolverse oficiosamente y que, por ende, era previsible para la defensa.

Ya que al admitir el Tribunal el acuerdo presentado nada había dicho el Fiscal de la instancia, la defensa -según la CSJN- bien pudo suponer que se le correría nueva vista o que, en el mejor de los casos, la pena única no sería impuesta.

Tanto el voto confeccionado por la mayoría de la CSJN, compuesta por los Dres. Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, como el concurrente- de los Dres. Fayt y Petracchi- contiene la siguiente expresión en sus (respectivos) considerandos 7º:

*“... (S)on conocidas las dificultades interpretativas y de aplicación concreta que genera el art. 58 del Código Penal, y que hacen evidente el interés de las partes en introducir debidamente los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan su posición antes del dictado de la decisión”*

Ahora bien, lo cierto es que en “Romano” la discusión giraba alrededor de las facultades del órgano judicial en relación con la limitación que para ellas supone el trámite de la causa de acuerdo al art. 431 bis del CPPN. En este caso, la única referencia efectuada respecto del asesoramiento técnico -transcripta antes- fue la de destacar la importancia que tiene la participación de la defensa en todas las cuestiones dirimentes para la suerte del imputado. Ya que el juicio oral no se había realizado, parece razonable proveer alguna forma de contradictorio también para este tipo de procedimiento.

Más atinente al tema en estudio fue el caso tratado por la CS en la causa “Arduino”<sup>54</sup>, resuelta el 22 de marzo de 2005, ocasión en la que la Corte se enfrentó a un recurso interpuesto por quien, habiéndose acogido al trámite previsto por el art. 431 bis del CPPN, recibió una condena de seis años de prisión y posteriormente, por derecho propio, postuló que el instituto en cuestión no resultaba válido, atento el carácter coactivo que le atribuyó.

El defensor oficial, reacio al principio a fundar el recurso *in pauperis* de Arduino, finalmente fundó legalmente el recurso de casación. La CNCP rechazó el recurso, luego de lo cual, notificado personalmente que fuera el imputado, manifestó nuevamente su voluntad recursiva, esta vez para litigar ante la Corte Suprema. La Defensora ante ese Tribunal fundó el recurso de Arduino, postulando la nulidad del acuerdo de juicio abreviado realizado.

El Procurador General, a cuyo dictamen se remitió la mayoría de la Corte para rechazar el

<sup>54</sup>“Arduino, Diego J. y otro”, Fallos 328:470 (también publicado en DJ 2005-2, 1079).

recurso interpuesto, luego de descartar que hubiera existido ausencia de voluntariedad o forma de coerción alguna respecto del recurrente, equiparó la situación del imputado que decide acogerse al instituto del juicio abreviado con la de aquellos particulares que, por propia voluntad, adoptan una decisión de la que luego manifiestan arrepentirse. Veamos:

*“En este sentido, es criterio de V.E. que el sometimiento voluntario y sin reservas expresas a un régimen jurídico, obsta a su ulterior impugnación con base constitucional (Fallos: 320:1985 y sus citas), pues nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (Fallos: 323:3765 y sus citas)”.<sup>55</sup>*

Inmediatamente más adelante, traslada el Procurador su postura a otros aspectos relativos a la situación del imputado en el proceso penal:

*“Tal es, en mi opinión, la situación acreditada en el sub júdice y a la luz de esos precedentes estimo que debe resolverse la cuestión, pues así como la voluntad del encausado es la que debe prevalecer para que una sentencia condenatoria no quede firme por la sola conformidad del defensor, también es jurídicamente relevante para decidir su acogimiento al régimen de juicio abreviado -que requiere “la conformidad del imputado”- cuando, como en el caso, ella se ha prestado en forma reiterada, según los recaudos que establece el artículo 431 bis del Código Procesal Penal, y no se ha acreditado ni invocado la existencia de elementos que permitan suponer que ha mediado algún vicio de la voluntad. Por lo demás, atribuir esa consecuencia a la falta de demostración de esos extremos, importa aplicar las pautas que V.E. ha elaborado para analizar la libertad del consentimiento prestado por personas sujetas a un proceso penal en diligencias que, al igual que la de autos, requieren la manifestación de voluntad del afectado, como son la declaración indagatoria (Fallos: 311:340 y 345; 318:1476) y la autorización del interesado para el registro domiciliario practicado sin orden judicial (Fallos: 324:3764 y sus citas), en los cuales al descartarse que haya mediado alguna clase de coacción para la celebración del acto, no es posible desconocer su validez.”*

Este razonamiento merece algunas críticas.

No parece apropiado comparar la libre voluntad del imputado al decidirse a adoptar el mecanismo previsto en el art. 431 bis del CPPN, con su participación en otros momentos procesales.

Mientras que al notificarse de una resolución que puede generar un agravio, el defensor y su asistido ejercen facultades autónomas y, al momento de participar en un registro domiciliario es evidentemente improbable que el defensor esté presente<sup>56</sup>, al momento de intervenir en las negociaciones vinculadas a un acuerdo de juicio abreviado el imputado deberá, ineludiblemente, complementar sus conocimientos del derecho aplicable con la información que brinde aquel a quien el Estado ha impuesto el deber de asesoramiento pleno.

En orden a la equiparación con la participación durante el acto de declaración indagatoria, las diferencias pueden marcarse más sutilmente, en torno a la menor importancia del acto en el marco del proceso, ya que una admisión de culpabilidad en esa ocasión - y a fin de extremar la hipótesis que asimila

<sup>55</sup>Este tipo de razonamiento ha sido reiterado por la Procuración General, al dictaminar en el caso “Flores, Néstor Jesús s/causa N° 6983”- F.1008. XLII-.

<sup>56</sup>De estarlo, sus facultades se verán estrictamente limitadas, aún cuando los arts. 200 a 203 del CPPN, interpretados armónicamente, pretenden una participación que, en los hechos, no suele ser posible.

uno y otro acto- no excluye la realización de los demás actos de investigación ni impide que el defensor, por su parte, ejerza actos contrarios a la voluntad de su asistido, tendientes a desacreditar la acusación.

Además, aún sin aquel dato, la declaración indagatoria, en la medida en que se trata de un claro acto de defensa -material- no vincula de modo alguno al declarante ni con sus dichos ni con las consecuencias de su manifestación; incluso su silencio como evidente ausencia de expresión de voluntad alguna -a diferencia de la alegada "conformidad" referida por el texto legal del CPPN- carece de valor procesal.

Al resolver, si bien la CS se remitió a lo postulado por el Procurador en los puntos I a IV en su dictamen –relacionado con la interposición oportuna del recurso- y resolvió el caso en los términos del art. 280 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación, no hizo suyos los argumentos esgrimidos por el PGN que hemos transcripto más arriba.

Este silencio, al menos, permite considerar que la CS no comparte las manifestaciones del PGN. De todos modos, ello no basta para identificar algún criterio general de la CS sobre el asunto.

Aunque existen referencias concretas y recientes al concepto de defensa técnica eficaz por parte del Alto Tribunal, ninguna de ellas ha logrado ser lo suficientemente amplia como para permitirnos adoptar una solución aceptable para casos como los presentados hasta ahora<sup>57</sup>.

**3. La teorización del contenido del derecho a contar con una defensa técnica en el marco del juicio abreviado.** BOVINO, uno de los principales críticos del mecanismo de juicio abreviado<sup>58</sup>, ha expuesto, entre muchos otros argumentos contra la constitucionalidad de dicho instituto, uno que hace eje en la alegada violación del derecho de defensa en juicio:

*El Estado está obligado a garantizar el derecho de defensa en juicio. Ello no significa que el imputado no tenga derecho a confesar, si así lo desea. Pero la confesión del imputado, por su contenido autoincriminatorio, no es, ni puede ser, un acto defensivo. De allí la prohibición de toda confesión forzosa y la irrenunciabilidad de la defensa técnica. La defensa implica un mínimo de resistencia ante la imputación, y no colaboración con ella<sup>59</sup>.*

Si bien otros autores han destacado la posibilidad que se abre para mejorar la situación del imputado con la formalización de negociaciones entre fiscal y defensor<sup>60</sup>, el argumento, desde el punto de vista de los principios básicos del proceso penal, resulta difícil de rebatir.

Sin perjuicio de ello, la preeminencia que ha adquirido el procedimiento abreviado frente a otras formas de litigar los casos penales obliga a considerar cómo debe ejercerse la defensa técnica en estos supuestos; máxime si, como ha sido el caso en nuestro país, son pocos los jueces que sostienen la inconstitucionalidad de esta práctica.

En particular, correspondería analizar la labor del defensor técnico respecto de la formación de la voluntad del imputado.

Si trasladamos a nuestro contexto razonamientos como los de CHIN y HOLMES, quienes refieren que más del 90 por ciento de los casos criminales se deciden cuando el imputado decide declarar su culpabilidad por los hechos imputados (*guilty plea*), deberemos coincidir en que el servicio más importante que presta el abogado defensor en los procesos criminales es recomendar a su defendido sobre la conveniencia de apelar a esta herramienta<sup>61</sup>.

Parte de ese asesoramiento, indudablemen-

<sup>57</sup>Fallos 327:5095 y 330:5052, entre muchos otros. La doctrina ha seguido con entusiasmo esta reafirmación y profundización del estándar de la CSJN sobre el tema: FINKELSTEIN NAPPI, Juan L.: "Del legitimador de condenas al defensor integral de los derechos humanos. El caso "Ricardo Alberto Nuñez" y el derecho a la defensa técnica eficaz. Aciertos e interrogantes", en AA.VV. (Dtor.: PASTOR, Daniel): *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema: análisis de los precedentes que transformaron el sistema penal*, primera edición, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, págs.211/55; HEGGLIN, María Florencia: "Al rescate de una defensa técnica adecuada", en AA.VV. (Dtor.:PITLEVNICK, Leonardo G.): *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Tomo 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, págs. 88/107 y ÁLVAREZ NAKAGAWA, Alexis: "La defensa técnica eficaz en los estándares de los organismos de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. Algunas notas comparativas a partir del fallo "Dominguez"", en AA.VV. (Dtor.:PITLEVNICK, Leonardo G.): *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Tomo 9, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, págs. 188/250.

<sup>58</sup>BOVINO, Alberto: "Procedimiento abreviado y juicio por jurados" en AA.VV.- MAIER, Julio B. J., y BOVINO, Alberto (comps.): *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, págs. 53/96.

<sup>59</sup>*Idem*, págs. 82/3.

<sup>60</sup>BRUZZONE, Gustavo: "Acerca de la adecuación constitucional del juicio abreviado", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año 4, n° 8-A, Ad Hoc, Bs. As., 1998.

<sup>61</sup>CHIN, Gabriel J. y HOLMES, Richard W.: *op.cit.* pág. 698. Esto coincide con la cita escogida en el epígrafe de la Parte I de este texto.

te, debe atender a las consecuencias posibles de una admisión de culpabilidad y un acuerdo sobre la pena a imponer.

El interés por develar el alcance de las funciones del defensor técnico debe tomar en consideración el hecho de que las teorías a las que podemos recurrir para cumplir ese objetivo suelen enfatizar en aspectos del rol del abogado que poco tienen que ver con su actuación en procedimientos consensuales como los aquí examinados.

En ese sentido, una caracterización como la efectuada por MAIER permite destacar las diferencias que corresponde establecer al observar la tarea del abogado defensor cuando de institutos alternativos se trata. En efecto:

“... (E) l defensor jurista cumple varias funciones sustantivas distintas en relación a quien es perseguido penalmente: algunas veces brinda su asistencia en temas propios de su conocimiento especial...; otras veces representa al imputado...; y, en otras ocasiones por fin, ejerce facultades exclusivas, propias de él, que no le corresponden al imputado (...). Lo característico de la posición del defensor es, en verdad, un calificativo de cualquiera de aquellas funciones: la mayor o menor autonomía respecto de la voluntad del imputado, según la cual el defensor ejerce sus labores en el procedimiento. Entre nosotros, esa autonomía es casi total, en el sentido de que el defensor ejerce sus facultades conforme a su propia voluntad y estrategia, incluso en discrepancia con el imputado, siempre que respete su primer mandamiento, el de abogar en su beneficio”.<sup>62</sup>

La autonomía a la que se refiere MAIER, debe ser reconsiderada a la luz de casos como los aquí comentados, en tanto, como el mismo autor destacara algunas páginas antes:

“Ciertamente, se trata de una facultad del imputado, que sólo a él le pertenece -no así a su defensor-, el prestar su consentimiento con el requerimiento fiscal para la tramitación del juicio abreviado, pero esta facultad no constituye el ejercicio de un derecho defensivo, sino todo lo contrario -se podría decir, en la práctica, su renuncia a defenderse-, pues habilita una condena sin juicio previo, característica que le ha valido a este procedimiento críticas enormes”<sup>63</sup>.

Si bien es la voluntad del imputado la que determina la implementación del régimen previsto en el art. 431 bis del CPPN, el problema radica en considerar las condiciones de validez de tal manifestación que, en términos de BOVINO, supone la disposición del imputado a abdicar su derecho a resistir la imputación en su contra. Vemos así como la intervención del defensor técnico no suple la del imputado pero adquiere matices diferentes de los habitualmente asignados.

El consentimiento, recurriendo a terminología propia de otras disciplinas jurídicas, no puede ser más que uno informado.

**4. Los remedios ante una eventual violación al derecho en juego.** Más allá de la dificultad que supone acreditar que un imputado ha sido mal asistido, una de las cuestiones que queda por analizar es cuál será el mecanismo adecuado para salvar dicha deficiencia.

En nuestro sistema, la respuesta habitual suele ser la declaración de nulidad del acto viciado; en este caso, del acuerdo suscripto.

La ausencia de un asesoramiento competente al momento de

<sup>62</sup>MAIER, Julio B.J.: *Derecho procesal penal: II. Parte General. Sujetos procesales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, págs. 266/7. El subrayado reemplaza, en el texto transcripto, el destacado que en itálica ha hecho el autor.

<sup>63</sup>MAIER, Julio B.J.: *op.cit.*, pág. 256. El subrayado reemplaza, en el texto transcripto, el destacado que en itálica ha hecho el autor.

celebrar un acuerdo de juicio abreviado compromete la garantía de todo imputado a contar con una defensa técnica efectiva. El perjuicio que deviene de este vicio demanda una respuesta que prive de efectos el acto celebrado.

Esta solución se encuentra prevista en el CPPN, cuyo art. 167 (inc. 1º) establece la consecuencia para el incumplimiento de la prescripción que impone la necesaria asistencia del abogado al momento de prestar el imputado su conformidad con el trámite en cuestión<sup>64</sup>.

Como bien explica BINDER, la forma procesal que impone el código de rito debe ser preservada cuando con ello se logra reestablecer el principio constitucional lesionado: como tal, la forma cumple una función de garantía. Cuando el restablecimiento de la forma no va en procura de ese objetivo, al colocar al imputado en una situación más perjudicial, la sanción de nulidad carece de sentido<sup>65</sup>.

Ello ocurre cuando, al revocarse una sentencia absolutoria, por acreditarse algún vicio en el trámite, se ordena la realización de uno nuevo, restaurando el proceso al momento previo a la de la existencia de los actos viciados, reiterándose los actos subsecuentes que hubieran perdido validez.

Esto tiene asidero, por caso, en el art. 471 del CPPN, que da pie a la realización del denominado “juicio de reenvío”: aquí, el Estado contará con una nueva oportunidad para sostener la acusación contra quien ya ha padecido un proceso penal.

Recientemente, la CS ha considerado insostenible esta posibilidad, habida cuenta de la lesión que supone para la garantía del *ne bis in idem*, y con remisión a la postura minoritaria del Alto Tribunal en anteriores pronunciamientos, ha declarado que la absolución dictada luego de celebrarse un juicio válido impide

reeditar aquel debate, siempre que haya sido el acusador quien haya impugnado el primer pronunciamiento<sup>66</sup>.

Este estándar, que sostuvieron en minoría Petracchi y Bossert al votar en el caso “Alvarado” (Fallos 321:1173, del 7 de mayo de 1998), no involucraría el supuesto en presencia del cual nos encontramos, ya que el perjuicio se concreta, en nuestra hipótesis, en la sentencia condenatoria que recurre el imputado.

Sin embargo, dos motivos avalan la introducción de estas cuestiones en este punto.

Primero, debemos tener presente que la anulación del acuerdo, por haber sido técnicamente deficiente el consejo legal prestado, no puede implicar un perjuicio para el imputado que ha sido víctima de ese vicio.

En una primera hipótesis, si luego de un acuerdo suscripto por el imputado con motivo de un error en el asesoramiento de su defensor, el Tribunal de juicio decide absolver de todos modos, el vicio aparece saneado en la propia sentencia y, en consecuencia, la nulidad no parece un remedio razonable.

Más acorde con las situaciones involucradas en el caso, aparece otra opción cuando se debe celebrar un nuevo juicio luego de dictarse una condena que sobreviene a un acuerdo de juicio abreviado invalidado por deficiente asistencia técnica al imputado: la pena que el Tribunal del juicio nuevo -no habrá reenvío, en sentido estricto- decida imponer, no podría exceder en calidad o cantidad a la que resulte del acuerdo celebrado con el fiscal.

Esto es consecuencia del respeto al límite que impone la *reformatio in pejus* (ver cdo. 6º del voto de Petracchi en Fallos 329:1447).

Esta solución no permite atender, sin embargo, los supuestos en que la asistencia ineficaz haya sido determinante de la no concreción de un acuerdo que, concluido el juicio y la sentencia condenatoria consecuentes, hubiera resultado más favorable para el imputado. Lamentablemente, creo, la restauración de la lesión solo la podrá encontrar el imputado en el ámbito privado y, de modo indirecto, en el disciplinario.

**5. ¿Voluntad recursiva vs. conformidad con el juicio abreviado? El caso “Casimiro”.** En orden a otro aspecto del tema en estudio, una situación singular se ha presentado con el caso “Casimiro, Jorge R.”, del registro de la Sala III de la CNCP<sup>67</sup>.

<sup>64</sup>Cfr.: MAIER, Julio B.J., *op.cit.*, pág. 259.

<sup>65</sup>BINDER, Alberto M.: *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades del proceso penal*, primera edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009, págs. 94 y ss.

<sup>66</sup>Causa “Sandoval, David Andrés s/ homicidio agravado por ensañamiento-3 víctimas- Sandoval, Javier Orlando s/encubrimiento-causa nº 21.923/02”, resuelta el 31 de agosto de 2010 (S.219.XLIV), en la que la mayoría de la CS remitió a los votos disidentes de Petracchi y Bossert en Fallos 321:1173, y del primero de ellos en Fallos 329:1447 (cdo. 17º).

<sup>67</sup>Causa nº 4117, resuelta el 1º de diciembre de 2003.

Allí, un imputado que había suscripto un acuerdo de juicio abreviado y recibido una condena de ejecución condicional de tres años de prisión, interpuso recurso de revisión ante la Cámara.

De acuerdo a lo referido en la resolución, Casimiro fue condenado por el delito de abuso deshonesto agravado en perjuicio de una menor de edad, hija de su esposa. Ya que esa menor había declarado que el imputado, además de los hechos incriminados, la había accedido carnalmente y esta circunstancia no formaba parte de la acusación por la que Casimiro había sido llevado a juicio, se extrajeron testimonios y se dio intervención a la justicia de instrucción.

En dicha instancia, el juez no tomó declaración a la víctima en orden al hecho nuevo por el cual Casimiro no había sido juzgado, sino que le pidió que ratificara su anterior declaración en aquel expediente. Sorpresivamente, supongo, la testigo no ratificó su relato anterior e indicó que había sido un invento. A todo esto, la sentencia respecto de Casimiro ya había sido dictada.

Esa declaración, según el recurrente, fue corroborada por la madre de la alegada víctima, motivó el sobreseimiento de Casimiro por el hecho nuevo y, a criterio de la defensa, permitía que procediera el recurso previsto en inc. 4º del art. 479 del CPPN, respecto de la condena recibida.

La CNCP rechazó el recurso, al considerar que el recurso pretendía un nuevo análisis de la prueba producida, en base a la declaración vertida en un expediente donde no se discutía sobre el objeto analizado en el primer juicio y que sólo permitía concluir que la supuesta víctima no había sido violada, pero no que no hubiera sido objeto de abuso sexual.

Al motivar su recurso, la defensa dijo que esa decisión –de admitir la responsabilidad por el hecho– debía “...atribuirse a la elección de un resultado que pusiera término a un permanente conflicto familiar. Ello es así porque...era consciente (sic) del riesgo lógico de afrontar en un juicio oral y público, una acusación más gravosa”.

En respuesta a este planteo, la CNCP, en el voto del Dr. Tragant, al que adhirieron Riggi y Catucci, dijo que no debía soslayarse que la defensora que ahora asesoraba al recurrente “...fue también la asistente técnica de Casimiro a quien acompañó en la audiencia de implementación del juicio abreviado. En esa oportunidad, y no ahora, debió cerciorarse de la conveniencia o no de que su asistido aceptara su responsabilidad en el hecho, ya que si no lo era, debió desaconsejar tal extremo y avanzar, hasta demostrar su inocencia”.

En el sistema local, el acuerdo enmarcado en el juicio abreviado no puede involucrar, como si ocurre en el derecho de los EE.UU., un compromiso de abstenerse de recurrir la condena impuesta.

La CNCP ha resuelto ya varios casos en los que los imputados, junto con sus defensores, impugnaban decisiones en las que el Tribunal iba más allá de la pena acordada o alteraba su calidad. No ha habido, que yo sepa, casos como el arriba relatado, en los que el remedio tienda a dejar sin efecto una condena que, al acceder al trámite del juicio abreviado, el imputado ha consentido tácitamente.

De atribuir otras salas de la CNCP el mismo contenido irrevo-

cable a la admisión de responsabilidad, la suerte del más fundado de los recursos de revisión será similar a la del antes presentado.

Sin embargo, como era de esperar, ese no fue aún el fin de la historia pues la defensa oficial interpuso el recurso extraordinario federal que, rechazado, motivó la queja en la que el Alto Tribunal resolvió revocar el pronunciamiento de la Sala III de la CNCP, tildándolo de arbitrario por haber omitido responder satisfactoriamente el reclamo del imputado, sin evacuar medidas tendientes a despejar las dudas que generaba el nuevo testimonio de la supuesta víctima, basándose en afirmaciones dogmáticas<sup>68</sup>.

Esta solución, motivó un nuevo pronunciamiento de la CNCP que parece haber puesto un fin a la cuestión, aunque sin resolver nuestro problema de fondo<sup>69</sup>.

Existen otros pronunciamientos de la CS en los que, sin introducirse en la cuestión de fondo, ha analizado el modo en que corresponde evaluar la voluntad de quien ha suscripto un acuerdo de juicio abreviado, encontrándose pendiente un planteo ante la CS:

a) En el caso “Chauque, Adriana Carolina y otro s/robo con armas en tentativa-causa n° 20.416-” (C.637.XLIII), resuelto el 3 de agosto del 2010, el Procurador había hecho notar que la cuestión federal a tratar por la CS debía ser considerada abandonada por el recurrente en tanto, encontrándose pendiente el planteo de

nulidad efectuado, había suscripto un acuerdo de juicio abreviado.

La CS, por el contrario, entendió que cabía remitir la causa nuevamente a la instancia inferior-la CNCP- a fin de que resolviera el planteo de nulidad que, en el caso, involucraba el procedimiento de consulta vedado por la CS desde el precedente “Quiroga” (Fallos 327:6863), al que se remitió expresamente.

b) De ser el caso “Chauque” el único vigente en el repertorio de la CS, cabría concluir que la suscripción de un acuerdo de juicio abreviado no supone un abandono por parte del imputado a los reclamos vigentes, no resueltos. Sin embargo, en un caso más reciente<sup>70</sup> en el que se encontraba pendiente un planteo de prescripción de la acción, la CS consideró que la firma de un acuerdo de juicio abreviado privaba al recurso extraordinario de uno de sus requisitos (el carácter actual del gravamen), con cita de un precedente en el que la CS ya había dicho que el acogimiento a este mecanismo evidenciaba una actitud de desinterés por la apelación<sup>71</sup>.

Estos casos son demostrativos de la relevancia que la firma de un acuerdo de este tipo puede tener para la suerte de un reclamo: si bien no parece ilógico que la CS se deba eximir del tratamiento de una cuestión ya abstracta, esta consecuencia merece un tratamiento diferenciado cuando el imputado parece obrar en contravención con sus propias intenciones, siempre que, en verdad, sus intereses no se vean resguardados por su defensa técnica.

Más aún, si se contraponen estos fallos con lo resuelto por el caso “Casimiro”, de considerarse que la admisión de culpabilidad en los términos del art. 431 bis del CPPN supone una renuncia a todas las excepciones que objetivamente podrían obstaculizar la marcha del proceso, habría que considerar -como ya lo ha hecho la CS- si la virtualidad del reclamo (su posibilidad de éxito) es posible de tratamiento de ineficiencia en la defensa. Esto, creo, no debiera ser automático: la tardanza en resolver los reclamos recursivos, ocasiona muchas veces que, luego de formulado el correspondiente planteo, transcurran varios años y la situación del imputado necesite ser resuelta.

**6. Conclusiones preliminares.** El caso “Casimiro” pone frente a nosotros el claro conflicto que suscita la incorporación del juicio abreviado a nuestro sistema legal.

La asistencia legal que debe prestar el de-

<sup>68</sup>Causa C. 283. XL., caratulada “Casimiro, Jorge Reyes s/abuso deshonesto agravado -causa N° 1216-”, rta. el 21 de noviembre de 2006 (Fallos 329:5310).

<sup>69</sup>El 15 de mayo de 2007, la Sala III de la CNCP, en instancia de reenvío, resolvió, nuevamente, rechazar el recurso de revisión interpuesto pero, esta vez, acatando lo decidido por la CS al anular el anterior fallo de esa Sala: al recibir la causa, la Sala dispuso recibir una nueva declaración a la víctima de los hechos quien indicó que su segunda declaración había sido motivada por las amenazas proferidas por Casimiro contra ella y su deseo de poner fin a la situación de angustia que el trámite de la causa generaba para ella y su madre (causa n° 4117, registro n° 536/2007). He podido consultar una copia de esta resolución gracias a las gestiones de Juan Pablo Iriarte, a quien también agradezco por haberme hecho advertir que este fallo presenta otro dato de interés: la Sala III, al decidir ejercer las facultades otorgadas por el segundo párrafo del art. 483 del CPPN y recibir declaración a la víctima, habría adoptado una postura que se compadece con el nuevo rol que la CS ha atribuido al tribunal casatorio desde el fallo “Casal” (Fallos 328:3399). Lamentablemente, lo ha hecho en el ámbito de aplicación del más restringido campo del recurso de revisión y en perjuicio del imputado.

<sup>70</sup>Caso “Ladino, Víctor” – L.76.XLVI-, resuelto el 8 de febrero de 2011.

<sup>71</sup>Caso “ Aybar, Alejandro Javier s/amenazas-causa n°3263-“ (A.725. XXXVI), resuelto el 5 de agosto de 2003.

fensor penal adquiere matices peligrosamente indefinidos cuando el interés que le toca representar lleva a tomar caminos en clara contradicción con las normas que regulan su rol profesional. En el caso de Casimiro, la decisión de acordar con el fiscal una pena aparece como objetivamente razonable. El interés que esa decisión resguarda, sin embargo, merece más reparos que elogios desde el paradigma vigente en materia de defensa eficaz.

Una primera forma de resolver la difícil situación que estos casos plantean consiste en determinar, aunque ello sea muy difícil, que quien finalmente decide la sujeción a este régimen es el imputado, correspondiendo al abogado defensor dar toda la información disponible a su cliente respecto de la conveniencia de esa decisión.

Ahora bien, MAIER ofrece una posición distinta e interesante. Aunque de modo marginal al tratar el carácter imprescindible de la defensa técnica también para los procedimientos especiales, entre los cuales ubica al juicio abreviado, indica este jurista, en cuanto a la asistencia del defensor a la audiencia prevista en el texto legal que:

*“La ley debería haber tornado obligatorio escuchar en esa audiencia la opinión del defensor acerca de la conveniencia o inconveniencia del juicio abreviado para el imputado; no obstante la falta de previsión, la ley no prohíbe al juez que le conceda al defensor la palabra sobre este extremo, acción aconsejable no bien se observa que la ley califica también a la opinión del defensor como una conformidad (destacado en itálica en el original) con este tipo de procedimiento”.*<sup>72</sup>

Entiendo que esta postura habilitaría la posibilidad de que, a pesar de la opinión del imputado, el órgano judicial pudiera otorgar prioridad a la de su asistente técnico e incluso ubicar al abogado en el incómodo rol de juez de su propio cliente. Ambas hipótesis, creo, ponen en riesgo el contenido de las relaciones que un modelo respetuoso de las garantías procura establecer entre el defensor penal y su cliente. Considero, por otra parte, que reflejan la dificultad insita a la tarea de analizar con claridad el modo en que la introducción del juicio abreviado ha desdibujado el concepto de defensa técnica.

La defensa material que el imputado ejerce al decidir admitir su responsabilidad puede válidamente dirigirse al logro de un resultado que le resulte favorable, aunque no sea por los motivos que recoge la técnica de litigación tradicional; admitir, o incluso promover, que el defensor-técnico contradiga la decisión de su cliente resulta ajeno al sentido de su función.

A esto podrá rebatirse que aquel interés general y abstracto no es otro que el que ha predisposto la Constitución para garantizar la legitimidad de las penas impuestas a los habitantes de la Nación: nadie puede ser penado sin juicio previo (art. 18 CN).

La única respuesta a esta situación crítica sería declarar inconstitucional la norma que permite un juicio abreviado, de resultar indefectiblemente cierto que no existe defensa posible en el marco de tal alternativa.

Ahora, mantener el juicio abreviado sin adaptar la idea de defensa al cambio que ha producido el tantas veces citado art. 431 bis del CPPN, compromete seriamente la tarea de un actor

<sup>72</sup>MAIER, Julio B.J., *op.cit.*, pág. 259 (nota al pie n° 269).

fundamental del proceso -el defensor penal justamente en supuestos de la práctica diaria que abarcan cada vez más de su tiempo. Hoy es absolutamente infrecuente una condena impuesta luego de un juicio oral.

Ignorar el ámbito de excepcionalidad en que se mueve el juicio oral, aplicando estándares propios de ese esquema al juicio abreviado -tan disímil, que implica la propia ausencia del juicio- resulta erróneo.

### Parte III. Conclusiones finales

**III.1.** La idea de defensa penal se construye, ordinariamente, en torno a la de resistencia a la acusación. El despliegue habitual de tal tarea ocurre tanto durante la investigación preliminar como en el propio debate, aunque suele ser ésta instancia la que mayor atención recibe. Esta idea es compartida por modelos de enjuiciamiento distintos, como el adversarial, prototípico de los EE.UU. de Norteamérica, y el de investigación oficial, heredado en nuestro país merced a la influencia del derecho continental europeo.

Ahora bien, al intentar dar contenido a ese concepto (de defensa) suele ocurrir que muchos de sus componentes pertenecen, en verdad y como se ha anticipado, al momento del juicio oral: interrogar testigos, alegar sobre la prueba producida, criticar la prueba de la acusación, etc.

Que la defensa stricto sensu tenga lugar, así, en el debate, es un enunciado que tiene plena validez para el modelo adversarial y, en cierta medida, también para el inquisitivo reformado que sostiene el CPPN. Ahora bien, si la definición de defensa requiere que se reúnan esas cualidades, es evidente que ni el *plea bargaining* ni el juicio abreviado las satisfacen y, por ende, hablar de defensa efectiva en el mismo contexto que se habla de esos institutos sería contradictorio.

Considero, sin embargo, que la idea de defensa sí puede ser adscripta al juicio abreviado.

En efecto: el imputado puede renunciar al juicio, pero no a algún tipo de defensa.

Esta defensa se traduce, ya sea que se concrete o no un acuerdo, en la provisión del asesoramiento legal más amplio posible que permita al imputado tomar una decisión inteligente e informada.

La necesidad de ese consejo compromete la presencia, efectiva y no solamente formal, de un

abogado. Incluso si, por razones teóricas, consideráramos que esta intervención no traduce una real defensa, la renuncia que hace el imputado de sus derechos exige, de todos modos, un asesoramiento legal razonablemente adecuado.

**III.2.** Resulta necesario, en consecuencia, distinguir el derecho a contar con un defensor técnico según éste participe en un juicio oral o lo haga, en defecto de aquél, en el curso de las negociaciones y en el asesoramiento que anteceden un acuerdo en el que el imputado renuncie a sus derechos y consienta la imposición de una pena.

Esa diferenciación debe traer aparejada, a su vez, la distinción en cuanto a las formas en que se evaluará la adecuación del asesoramiento técnico con los estándares vigentes, así como respecto de los remedios a implementar cuando se considere ausente una adecuada defensa técnica.

Una de las aristas que, indefectiblemente debe tenerse en cuenta, es la creciente relevancia que adquiere, en este esquema, la prueba y la actividad investigativa desarrollada durante la instrucción o investigación preparatoria.

La idea de un modelo de enjuiciamiento que garantice en plenitud el derecho de defensa sólo aparece posible brindando una instancia que garantice la posibilidad de contradecir la acusación y argumentar en igualdad de condiciones con el poder público; este objetivo fue siempre vinculado con la idea de un debate oral y público en que se determine, finalmente, la responsabilidad de un individuo.

La desaparición de este momento procesal exige que, para dotar de legitimidad al acuerdo sobre la pena, se garantice al imputado una mayor y más útil intervención durante la etapa investigativa, a efectos de que la instancia de negociación pueda desarrollarse en condiciones de igualdad.

La regulación que el CPPN hace de la cuestión en el art. 431 bis admite de modo explícito esta solución; en otros regímenes, la situación resulta similar<sup>73</sup> ya que la prueba que, en definitiva, determina la condena a imponer, es la producida en la instrucción.

En tales condiciones, las facultades de la defensa de llegar en forma equitativa a una instancia de negociación son escasas y ello en la medida en que el rol de negociador principal se atribuya al fiscal, a quien también se otorga la dirección de la instrucción del sumario.

Como bien advierte SCHÜNEMANN, este tipo de acuerdos "...transforman al proceso penal,

<sup>73</sup>SCHÜNEMANN, Bernd: *op.cit.*, pág. 184.

concebido hasta ahora como un conflicto de valores decidido por el juez como un tercero imparcial, en una regulación de conflictos regidos por criterios de poder y no por criterios jurídicos...<sup>74</sup>.

Siguiendo a SCHÜNEMANN, con sólo incorporar el juicio abreviado a nuestro proceso, hemos atribuido a la etapa instructoria, de investigación preliminar, una primacía inusitada dentro del procedimiento<sup>75</sup>.

Es por ello que este autor postula que, la instrucción, en estos términos, deba constituirse en una verdadera garantía para el imputado, para que en cierta forma, se invierta el orden tradicional: será la instrucción la que tendrá que ser contradictoria y repleta de garantías, trasladando las funciones de la etapa de juicio a la instructoria<sup>76</sup>.

A nivel nacional y federal, nuestra legislación procesal enfrenta vientos de reforma que proponen reducir el valor de la investigación preliminar, tornarla más breve y, en especial, encargarla al agente fiscal: esto no se compadece con el mantenimiento del juicio abreviado.

En las actuales condiciones, la virtual eliminación de la instancia de juicio debe tener como correlato un reforzamiento de la importancia de la instrucción, a fin de evitar que una investigación en manos del Estado se transforme en una herramienta coactiva per se al momento de la negociación.

El control del mérito de la investigación resulta así, en este contexto, una necesidad imperiosa. La idea de la etapa preliminar como una instancia de preparación del debate no es sostenible cuando se prevé que no haya debate por delante sino la reiteración de lo ya investigado, asumido por el imputado *in totum*.

Mejor y más profundamente, BERTELOTTI ha advertido de los riesgos que supone atribuir el señorío de la suerte del proceso a una sola persona, el fiscal, y privar a la defensa de medios útiles para impedir que una investigación, unilateralmente dirigida, pueda llegar a constituir la acusación que dé paso al juicio, sin que existan controles suficientes sobre su entidad<sup>77</sup>.

**III.3.**Respecto de los ciudadanos extranjeros, particularmente, la vigencia de la ley 25.871 impone una especial atención por parte de jueces y fiscales para que el asesoramiento letrado sea prestado de modo competente y adecuado.

No por ello, sin embargo, corresponde a cualquiera de estos dos órganos decidir, subrogándose en los intereses del imputado y su representante, la conveniencia o no de la admisión de una pena que conlleve la expulsión del país. Esta advertencia tiene sentido a la luz de la idea que se ha sostenido en este trabajo acerca de la posibilidad intacta de que exista alguna forma de defensa aún en las condiciones que ofrece el régimen del juicio abreviado.

La renuncia a un derecho, inteligentemente asumida, es responsabilidad última de quien así decide actuar; la tarea del Estado, más compleja, es ofrecer las garantías suficientes para que hablar de defensa efectiva y juicio abreviado, en un mismo enunciado, continúe siendo legítimo.

<sup>74</sup>*íbidem*, pág. 185.

<sup>75</sup>*ídem*, pág.186. SCHÜNEMAN habla de una "...apoteosis de la instrucción, que florece disimuladamente a través de la práctica de los acuerdos..."

<sup>76</sup>*ídem*, pág.189/90.

<sup>77</sup>BERTELOTTI, Mariano: "El control jurisdiccional del mérito sustantivo de la investigación", en AA.VV. (ANITUA, Gabriel I. y TEDESCO Ignacio F.-compiladores-): *La cultura penal: homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, págs. 103/22.Hace escasos dos años, por otra parte, el pleno de la CNCP ha dado un aliciente para quienes entienden que resulta necesario dotar de instancias de control del mérito de la investigación al régimen procesal a nivel federal, al acordar que resulta necesario el dictado del auto de procesamiento en los supuestos de investigación delegada en el fiscal-cfr. art. 215 del CPPN-(Plenario n°14 de la Exma. CNCP, en la causa n°7618 del registro de la Sala IV de ese Tribunal, caratulada "Blanc, María Virginia s/inaplicabilidad de la ley", resuelto el 11 de junio de 2009).

# La inconstitucionalidad de la prohibición del otorgamiento de alojamiento a título oneroso a las personas en situación migratoria irregular

Marcos Ezequiel Filardi\* y Rosario Muñoz\*\*

## 1. Introducción

Sin lugar a dudas, la Ley de Migraciones de la República Argentina (Ley N° 25.781<sup>1</sup>) ha representado un significativo avance en el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas migrantes. La normativa ha incorporado en forma expresa a su texto derechos y garantías que hasta entonces sólo se desprendían de tratados de derechos humanos, interpretando y resignificando la política migratoria a la luz de los estándares fijados por el derecho internacional de los derechos humanos. Así lo ha destacado el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, al celebrar como medida positiva la aprobación de esta ley y su decreto reglamentario<sup>2</sup>.

Ello, sumado al hecho de que la mencionada ley ha venido a derogar a la anteriormente vigente en la materia, herencia del más sangriento régimen militar que azotó a nuestro país en el período 1976-1983, coloca a la Ley 25.781 en un lugar destacable en el universo de leyes aprobadas por el Congreso Nacional en los últimos años.

Sin perjuicio de ello, quienes nos desempeñamos en esta temática, trabajando en la aplicación cotidiana de todo el complejo normativo y acompañando y asesorando a las personas migrantes en sus trámites administrativos y judiciales, podemos en ocasiones visualizar con mayor rapidez y claridad las contradicciones o fallas de dicha normativa y, como operadores del sistema jurídico, nos vemos en la obligación de evidenciar tales complejidades para poder ponerlas en discusión y generar posibilidades de cambio.

Por ello, en el presente trabajo nos avocaremos a analizar la inconstitucionalidad de los artículos 55, 57, 59 primer párrafo y 60 de la Ley 25.781, en tanto prohíben proporcionar alojamiento a título oneroso a las personas migrantes que se encuentren residiendo irregularmente en el país.

La actualidad del presente artículo radica en que dichas normas, lejos de permanecer inadvertidas por la administración, están siendo invocadas por la Dirección Nacional de Migraciones en procedimientos de fiscalización a hoteles ubicados en la Ciudad de Buenos Aires, en los que se imponen importantes multas a sus propietarios tras constatarse la presencia de inquilinos migrantes en situación migratoria irregular –en especial personas de nacionalidad dominicana y senegalesa–.

Fruto de ello, los propietarios de los hoteles exigen a sus inquilinos en situación migratoria irregular que abandonen inmediatamente los mismos, y los propietarios de otros hoteles no

\*Abogado (UBA). Cotitular de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio, Tutor de Niños, Niñas y Adolescentes Refugiados y Peticionantes de Refugio y Coordinador del Programa para la Aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de la Defensoría General de la Nación. Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la UBA, a cargo del Seminario Interdisciplinario sobre el Hambre y el Derecho a la Alimentación. Tutor Académico de los equipos que representan a la Facultad de Derecho de la UBA en los concursos de derechos humanos.

\*\* Abogada (UBA). Abogada de niños, niñas y adolescentes refugiados y peticionantes de refugio de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación. Docente de derechos humanos en la Facultad de Derecho de la UBA. Tadora académica de los equipos que representan a la Facultad de Derecho de la UBA en los concursos de derechos humanos.

<sup>1</sup>Ley 25.781, sancionada el 17 de Diciembre de 2003 y promulgada de hecho el 20 de Enero de 2004.

<sup>2</sup>ONU, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 74 de la Convención Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Argentina. 23 de septiembre de 2011. CMW/C/ARG/CO/1

los aceptan a fin de evitar la imposición de sanciones, todo lo cual, entendemos, exige poner dichas prácticas –y las normas en que se fundan– bajo el prisma del derecho internacional de los derechos humanos.

## 2. Las normas bajo análisis

Los artículos cuya inconstitucionalidad pretendemos discutir en el presente artículo, se encuentran en el Capítulo II de la Ley de Migraciones, titulado “De las responsabilidades y obligaciones de los dadores de trabajo, alojamiento y otros”. En pos de una mayor claridad expositiva, nos permitimos transcribir los artículos que posteriormente serán analizados:

ARTICULO 55. — No podrá proporcionarse alojamiento a título oneroso a los extranjeros que se encuentren residiendo irregularmente en el país.

(...)

ARTICULO 57. — Quien contrate o convenga con extranjeros que residan irregularmente en el país, la adquisición, venta o constitución de gravamen sobre bienes inmuebles, derechos o muebles registrables, o la constitución o integración de sociedades civiles o comerciales, deberá comunicarlo fehacientemente a la autoridad migratoria.

ARTICULO 59. — Quienes infrinjan las disposiciones establecidas en el artículo 55, primer párrafo de la presente, serán sancionados solidariamente con una multa cuyo monto ascenderá a veinte (20) Salarios Mínimo Vital y Móvil por cada extranjero al que se proporcione alojamiento a título oneroso.

(...)

ARTICULO 60. — Las sanciones serán graduadas de acuerdo con la naturaleza de la infracción, la persona, antecedentes en la materia y en caso de reincidencia en las infracciones a la presente ley, las mismas serán acumulativas y progresivas.

Resulta importante destacar que el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 616/2010, reglamentario de la ley 25.871, dejó sin reglamentar los artículos que aquí transcribimos.

## 3. El derecho a la vivienda adecuada en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a la vivienda adecuada se encuentra reconocido en diversos instrumentos de derechos humanos. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”<sup>3</sup>.

Los artículos 2 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por su parte, establecen que el derecho a una vivienda adecuada deberá ejercerse sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En igual sentido se encamina el artículo 5 de la

<sup>3</sup>Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948. El artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre contiene una cláusula similar que dispone: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. Ver también la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 21; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, art.. 14.2.h) y 15.4); Convención sobre los Derechos del Niño, art. 16.1) y 27.3); Convenio N° 117 de la Organización Internacional del Trabajo sobre política social (normas y objetivos básicos), art. 5.2); Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, art. 14, 16 y 17; Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, art. 13, entre otros.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Asimismo, se ha dicho que "el deber de los estados de garantizar una vivienda adecuada ha adquirido el carácter de norma consuetudinaria, no sólo por la cantidad de instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes que imponen dicha obligación, sino también por las distintas declaraciones, principios y directrices que la cristalizan. Entre estos últimos documentos -que brindan valiosas pautas acerca de cómo los estados deben aplicar dicho derecho y cómo deben actuar para garantizarlo-, se pueden mencionar, entre otros: (a) la Recomendación Nro. 115 de la Organización Internacional del Trabajo; (b) la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social; (c) la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos; y (d) los Principios Básicos y Directrices sobre los Desalojos y el Desplazamiento generados por el Desarrollo"<sup>74</sup>.

En la interpretación y alcance que el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha realizado en relación con el derecho a la vivienda, estableció que "la dignidad inherente a la persona humana (...) exige que el término vivienda se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos"<sup>75</sup>. En efecto, el derecho a una vivienda adecuada implica "*disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una*

*infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable*"<sup>76</sup>.

Si bien la definición del término "vivienda adecuada" resulta una tarea compleja, suele asociarse a factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole. Sin embargo, el criterio que adquiere particular relevancia es el de seguridad jurídica de la tenencia, la cual puede adoptar varias formas, como ser, "el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda en emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad", resultando vital que todas las personas gocen de cierto nivel de seguridad que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas, además de disponer de ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y nutrición<sup>78</sup>. Asimismo, se considera que la vivienda debe ser habitable, es decir, "ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad"<sup>79</sup>.

Ahora bien, dadas las dificultades para definir qué se entiende por vivienda adecuada, el Comité Europeo de Derechos Sociales sostuvo que cada Estado deberá avocarse a dicha tarea en su derecho interno. Sin embargo, para alcanzar tales fines, enfatizó que la vivienda tiene que: (a) ser segura, tanto desde lo estructural como desde lo sanitario; (b) estar libre de hacinamiento; y (c) su tenencia debe estar protegida por las leyes locales<sup>10</sup>.

Si bien no pretendemos realizar un análisis exhaustivo de los principios que rigen en esta materia, pues no es el objeto central del presente artículo, debe resaltarse que estos criterios se configuran como un piso mínimo indispensable que deben considerar los Estados al momento de definir qué entienden por vivienda adecuada y qué políticas públicas diseñarán en torno a dicha definición.

En base a estos estándares, resulta indiscutible la relación existente entre el derecho a una vivienda adecuada y el ejercicio y goce de otros derechos, tales como el derecho a la alimentación, la salud, el trabajo, la propiedad y la seguridad de la persona, así como a la protección contra el trato inhumano y degradante<sup>11</sup>.

<sup>74</sup>Dubinsky, Karina y Losada Revol, Isaías, "El Derecho a una Vivienda Adecuada a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", publicado en [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), el 21 de octubre de 2011. este artículo puede ser consultado para un análisis más extenso de la materia.

<sup>75</sup>Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), E/1992/23, 13 de diciembre de 1991, parr. 7.

<sup>76</sup>Ibid.

<sup>77</sup>Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), E/1992/23, 13 de diciembre de 1991, parr. 8.

<sup>78</sup>Cf. Ibid.

<sup>79</sup>Ibid.

<sup>10</sup>Cf. Comité Europeo de Derechos Sociales, Conclusiones 2003 Vol. 1 (*Bulgaria, Francia, Italia*), pág. 221.

<sup>11</sup>Cf. ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sra. Raquel Rolnik, A/63/275, 13 de agosto de 2008, parr. 25.

Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al caracterizar el acceso a una vivienda adecuada como un derecho imprescindible, considerando que su vulneración constituye también una violación al derecho a una vida digna consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que la no adopción de medidas positivas necesarias para asegurar a las personas las condiciones de vida compatibles con su dignidad las coloca en una situación de miseria extrema.<sup>12</sup>

Como factor central a los fines de este trabajo, no debemos perder de vista que éste es un derecho que debe reconocerse a todas las personas en condiciones de igualdad, aunque los grupos en situación de vulnerabilidad social merecen una especial consideración<sup>13</sup>. En este sentido, se ha sostenido que "los Estados deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial (...) y aún cuando factores externos puedan afectar al derecho a una continua mejora de las condiciones de vida (...), a pesar de los problemas causados externamente, las obligaciones dimanantes del Pacto continúan aplicándose y son quizás más pertinentes durante tiempos de contracción económica"<sup>14</sup>.

En este sentido, como grupo en condiciones de mayor vulnerabilidad, las personas migrantes han sido destinatarias de estándares específicos en materia de protección del derecho a una vivienda adecuada.

Así, se ha sostenido que "Los Estados están obligados a garantizar a los migrantes la no discriminación y la igualdad de trato en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos el derecho a una vivienda adecuada. Además, el alto grado de vulnerabilidad a que están sometidos los migrantes por el solo hecho de serlo obliga a adoptar medidas especiales para contrarrestar la acumulación de efectos negativos derivados de la marginación y la discriminación estructurales"<sup>15</sup>.

En sentido coincidente se encaminan las observaciones formuladas por otros organismos de protección, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual ha sostenido que el derecho a una vivienda adecuada debe ser reconocido a todas las personas, incluyendo los no nacionales y trabajadores migratorios, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean<sup>16</sup>; y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el cual exhortó a los Estados a suprimir los obstáculos que impiden a los no ciudadanos disfrutar del derecho a una vivienda adecuada<sup>17</sup>.

Sin perjuicio de ello, el informe de la Relatora Especial ya citado da cuenta de numerosas situaciones de desigualdad y vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores migratorios, en general, al momento de buscar un lugar donde vivir, viéndose obligados a habitar en cuartos pequeños, donde viven en situaciones de hacinamiento en tugurios, espacios laborales y viviendas sociales. Asimismo, múltiples son los obstáculos con los que se encuentran al momento de buscar alojamiento, de tipo económico, imposibilidad de alcanzar los requisitos lega-

<sup>12</sup>Cf. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yaky Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

<sup>13</sup>Se entenderá por personas en situación de vulnerabilidad social a "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" de conformidad con la definición acuñada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en las "100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad", adoptadas en Asamblea General del 4, 5 y 6 de marzo de 2008, entre las cuales el mismo documento destaca a las personas migrantes.

<sup>14</sup>Ibid., parrafo 8.e).

<sup>15</sup>ONU, Informe de la Relatora Especial, Sra. Raquel Rolnik. "El derecho a una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado" del 9 de agosto de 2010. A/65/261, considerando 11.

<sup>16</sup>Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°20, "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)" del 2 de julio de 2009. E/C.12/GC/20.

<sup>17</sup>Cf. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General N° 30 del 65º período de sesiones, 2004.

les previstos para alquilar (como por ejemplo, contar con garantes), limitaciones idiomáticas, imposibilidad de demostrar sus ingresos por encontrarse empleados en trabajos informales, falta de antecedentes laborales y xenofobia<sup>18</sup>. Estas situaciones se ven agravadas cuando se trata de personas migrantes en situación irregular<sup>19</sup>. En efecto, este tipo de situaciones son las que han llevado a que generalmente se asocie en la Argentina a la migración con villas de emergencia, asentamientos precarios y “casas tomadas”<sup>20</sup>, pues es a tales ámbitos y condiciones donde suele estar relegado este sector en condiciones de especial vulnerabilidad.

En este marco normativo y jurisprudencial debe analizarse la prohibición absoluta de contratar a título oneroso un alojamiento para quien reviste la calidad de “inmigrante irregular”, teniendo en consideración que en nuestro

ordenamiento jurídico Nacional el derecho a una vivienda adecuada posee raigambre constitucional no sólo a través de la incorporación con jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos -artículo 75, inciso 22-, sino también por medio del artículo 14 bis de la Carta Magna, que establece que “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: ... el acceso a una vivienda digna...”<sup>21</sup>.

En cuanto a este punto resulta ilustrativo el muy reciente fallo dictado en la materia por nuestro máximo Tribunal, en el cual se ha reafirmado la operatividad con vocación de efectividad de las normas que reconocen el derecho a una vivienda adecuada, determinando que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes del Estado deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad, haciendo, en consecuencia, lugar a la demanda incoada contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en lo atinente a la obligación de brindar alojamiento a una madre y su niño.<sup>22</sup>

Por lo tanto, no pueden caber dudas, dado el estado actual de evolución de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos, que el derecho a una vivienda adecuada es un derecho que debe ser reconocido en condiciones de igualdad, independientemente de la nacionalidad y condición jurídica de las personas, tomando en especial consideración a quienes se encuentren en una condición de mayor vulnerabilidad social. Finalmente, resulta indiscutible el carácter de derecho humano fundamental e imprescindible que el derecho a una vivienda adecuada reviste, siendo indispensable para la realización de otros derechos humanos igualmente fundamentales como la salud, el trabajo y la vida digna.

#### **4. Estándares en materia de igualdad y no discriminación. Categoría sospechosa**

Hace ya 40 años, la Corte Internacional de Justicia destacó la existencia de un vínculo inescindible entre la no-discriminación y la vigencia efectiva de los derechos humanos. Así, las distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones que sólo se fundan en la raza, la ascendencia o el origen nacional o étnico, cons-

<sup>18</sup>Cf. ONU, Informe de la Relatora Especial, Sra. Raquel Rolnik. “El derecho a una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado” del 9 de agosto de 2010. A/65/261, considerandos 31 y 32.

<sup>19</sup>Cf. Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes. *Informe anual del Relator especial de la ONU sobre los derechos humanos de los migrantes que trata sobre el derecho a la salud y el derecho a la vivienda de los migrantes*, presentado en el 14º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/14/30, con fecha del 16 de abril de 2010, pár. 47. Así, por ejemplo, las restricciones al acceso al mercado inmobiliario privado y a los planes públicos, “obligan a los migrantes indocumentados a alojarse en dormitorios públicos o privados o viviendas privadas alquiladas que muchas veces no cumplen los requisitos de habitabilidad y carecen de equipación suficiente. Además, en ocasiones se ven obligados a habitar en asentamientos de ocupantes ilegales y tugurios, pues no disponen de viviendas asequibles alternativas. También se conocen casos de migrantes indocumentados que comparten apartamentos con otros muchos y duermen en la misma cama que otros alternándose según el horario de trabajo de cada uno” (ONU, Informe de la Relatora Especial, Sra. Raquel Rolnik. “El derecho a una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado” del 9 de agosto de 2010. A/65/261, considerando 52).

<sup>20</sup>Gallinati, Carla y Gavazzo, Natalia. “Nacionales y extranjeros frente al déficit habitacional: modalidades de acceso a la vivienda y lucha por la propiedad de la tierra en el Área Metropolitana de Buenos Aires en Revista Electrónica. Temas de Antropología y Migración. Dossier (especial): El Parque Indoamericano en diciembre de 2010: otras tramas, otras miradas. Equipo de Investigación sobre Antropología y Procesos Migratorios. Instituto de Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. Publicación semestral N° 1. Junio 2011 Buenos Aires. Argentina.

<sup>21</sup>Para un mayor análisis del tema ver Tedeschi, Sebastián, El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución, en “La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)”. Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (compiladores), Editores del Puerto/CELS, Buenos Aires, 2007.

<sup>22</sup>Cf. CSJN, Recurso de Hecho, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, sentencia del 24 de abril de 2012.

tituyen una denegación de los derechos humanos y una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas<sup>23</sup> e impiden “que una sociedad llegue a ser completamente democrática”<sup>24</sup>.

Dentro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. En virtud de dicha disposición, interpretada en conjunto con el art. 2 del tratado y el principio de no discriminación que emana del art. 1.1, es deber de los estados adoptar medidas tendientes a la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías allí previstas y eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, absteniéndose de introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley<sup>25</sup> o de realizar acciones que, de cualquier manera, vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure o de facto*<sup>26</sup>, combatiendo efectivamente las prácticas discriminatorias<sup>27</sup>. A su vez, los estados deben expedir normas y desarrollar prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías<sup>28</sup> y revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas<sup>29</sup>. Tan crucial resulta el principio de igualdad ante la ley que la Corte lo ha reconocido como parte integrante del *jus cogens*<sup>30</sup>.

En la materia específica que nos ocupa, se sostuvo que: “Los Estados tienen la obligación inmediata de garantizar que, sea cual sea su nivel de desarrollo, no haya discriminación en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a una vivienda adecuada, a fin de reducir las desigualdades que existan (véase E/1991/23, anexo III, párr. 1)”<sup>31</sup>. En efecto, la obligación de no discriminar, exige a los Estados la distribución equitativa de los recursos a fin de garantizar el derecho a una vivienda adecuada, atendiendo especialmente las necesidades de los grupos más desfavorecidos, eliminando las leyes, políticas y prácticas discriminatorias e incorporando los principios de igualdad y no discriminación en las leyes y políticas que se implementen, en tanto la obligación de prohibir la discriminación es vinculante para todos los Estados, incluso en períodos en que los recursos son muy escasos<sup>32</sup>.

Los Estados se ven alcanzados por esta obligación aun en los casos en los que el servicio es brindado por terceros, pues deben “velar por que los migrantes reciban un trato justo, incluso cuando el Estado no sea el proveedor de los servicios de vivienda u otros servicios conexos”<sup>33</sup>.

Ahora bien, no todo trato desigual comportará una situación de discriminación. En este sentido, la Corte Interamericana ha establecido que “El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisible, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción

<sup>23</sup>Cf. ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971.

<sup>24</sup>Medina Quiroga, Cecilia, “Género y acceso a la Justicia” en AA. VV., *Defensa Pública: Garantía de acceso a la Justicia*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2008, p. 239.

<sup>25</sup>Cf. Corte IDH, Caso Perozo y otros. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 379 y Caso Ríos y otros. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 348.

<sup>26</sup>Cf. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 103.

<sup>27</sup>Cf. Corte IDH, Caso de la Niñas Yean y Bosico. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141 y Abramovich, Víctor, “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y control de políticas sociales” en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 239.

<sup>28</sup>Cf. Corte IDH, Caso Ximenes Lopes, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 83 y Caso Gómez Palomino. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 91.

<sup>29</sup>Cf. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, cit., párr. 104.

<sup>30</sup>Cf. Corte IDH, Caso Servellón García y otros. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párrs. 94 y 95; Caso Yatama., cit., párr. 185 y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, cit., párrs. 100 y 101 y Cançado Trindade, A. A., *Tratado de Derecho*

o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”<sup>34</sup>. En definitiva, se requerirá que la distinción esté orientada legítimamente, es decir, que no conduzca a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas; que dicha distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes; no pudiendo perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana, y que pretendan proteger a quienes se encuentren en una situación de debilidad o desvalimiento<sup>35</sup>.

En esta línea de análisis se inscribe la llamada “categoría sospechosa”, concepto acuñado por nuestra Corte Suprema en su jurisprudencia, y al cual tuvo oportunidad de referirse en el conocido fallo “Gottschau”. Este caso se trataba de una mujer alemana residente en Argentina, que había estudiado la carrera de abogacía en este país y se había colegiado también aquí, a la que se le negó la posibilidad de concursar para el cargo de Secretaria de Primera Instancia de un Juzgado en tanto no poseía la nacionalidad argentina, requisito exigido por la norma local. La Corte sostuvo que en el caso debía determinar si tal requisito era compatible con la igualdad que aparece tutelada en los arts. 20 y 16 de la Ley Fundamental de la Nación.

*Internacional de los Derechos Humanos*, Vol. II, Ed. Fabris S.A., Porto Alegre, 1999, pp. 76-82.

<sup>34</sup>ONU, Informe de la Relatora Especial, Sra. Raquel Rolnik. “El derecho a una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado” del 9 de agosto de 2010. A/65/261, considerando 24.

<sup>35</sup>Cf. Ibíd.

<sup>36</sup>ONU, Informe de la Relatora Especial, Sra. Raquel Rolnik. “El derecho a una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado” del 9 de agosto de 2010. A/65/261, considerando 25.

<sup>37</sup>Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, cit., parr. 84.

<sup>38</sup>Cf. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, cit.

<sup>39</sup>CSJN, Gottschau Evelyn P. v. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo, sentencia del 8 de agosto de 2006. Fallos: 329:2986.

<sup>40</sup>Cf. Ibídem. En igual sentido ver: CSJN “Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - resol. 13/IX/04 (concurso biblioteca)”, sentencia del 12 de agosto de 2008

<sup>41</sup>Cf. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Cit., párr. 119.

<sup>42</sup>Idem anterior, voto del juez García Ramírez, párr. 23.

A fin de resolver el caso, la Corte partió de la jurisprudencia sentada en otro importante precedente en la materia (“Hooft”) para sostener que “cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el “origen nacional” –como sucede en el sub lite – corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar (conf. causa “Hooft”, Fallos: 327:5118, considerando 4º y sus citas)”<sup>36</sup>. A fin de revertir tal consideración, corresponderá a la demandada probar los fines que intentaba resguardar y los medios utilizados a tal efecto, es decir, corresponde realizar un escrutinio más severo<sup>37</sup>.

En definitiva, la Corte entiende que una distinción basada en la nacionalidad de la persona ingresa en una “categoría sospechosa” de discriminación, en virtud de la cual podría llegar a decretarse la inconstitucionalidad de la norma que prevé tal distinción. En estos casos, se invierte la carga probatoria recayendo sobre la demandada – el Estado – revertir esa presunción de inconstitucionalidad demostrando los fines sustanciales que se pretenden resguardar y si los medios que se utilizan a tal efecto promueven efectivamente esos fines, no existiendo alternativas menos gravosas, todo lo cual debe ser analizado en cada caso concreto.

En este sentido, debe resaltarse que el *estatus migratorio* fue consagrado como una categoría sospechosa por la Corte Interamericana en su valiosa Opinión Consultiva N°18, dejando sentado que, si bien los Estados pueden establecer ciertas diferenciaciones respecto de los migrantes —como en el caso de los derechos políticos<sup>38</sup>—, éstos no pueden discriminar a las personas bajo su jurisdicción por su condición migratoria. En definitiva, determina la ilegitimidad de la restricción de los derechos humanos de las personas extranjeras que no se hallan de manera legal en el territorio de un Estado. En palabras del juez García Ramírez, “se desautoriza el criterio que sugiere restricciones y reducciones en los derechos de las personas, cuando éstas trascienden las fronteras de su país y se trasladan al extranjero, como si ese tránsito erosionara el estatuto humano y restara dignidad y, por lo tanto, derechos y libertades a los migrantes”<sup>39</sup>.

Con posterioridad, en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, la Corte reafirmó que los Estados de-

ben respetar los derechos humanos de los migrantes, garantizando el debido proceso y el respeto de la dignidad humana, cualquiera sea la condición jurídica del migrante<sup>40</sup>.

En igual sentido se han pronunciado otros organismos de protección de los derechos humanos al afirmar que “Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean”<sup>41</sup>. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, por su parte, sostuvo a su vez que “Con arreglo a la Convención, la diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituirá discriminación si los criterios para establecer esa diferencia, juzgados a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención, no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de ese objetivo. La diferenciación, en el ámbito del párrafo 4 del artículo 1 de la Convención, con medidas especiales no se considera discriminatoria”<sup>42</sup>.

### **5. Aplicación de los estándares enunciados en el caso concreto del Capítulo II de la Ley de Migraciones**

A la luz de los estándares antes analizados, referidos al derecho al acceso a una vivienda adecuada en condiciones de igualdad, considerando que las personas migrantes constituyen un grupo vulnerable de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, el Capítulo II de la Ley de Migraciones resulta a todas luces inadmisible.

El Estado argentino, en base a los instrumentos de derecho internacional de los cuales es parte y de los que emanen las obligaciones antes enumeradas, se encuentra compelido no sólo a evitar la adopción de normas o decisiones que puedan entrañar un trato discriminatorio, sino que, todo lo contrario, posee la obligación de adoptar medidas positivas concretas tendientes a proteger y facilitar el acceso de este grupo social a los derechos y garantías de que es beneficiario.

Sin dejar de reconocer, como lo ha hecho la Corte Suprema argentina en su jurisprudencia constante, que la declaración de inconstitucionalidad es la más delicada de las funciones que pueda encomendarse a un tribunal de justicia y acto de suma gravedad que debe considerarse como ultima ratio del orden jurídico<sup>43</sup>, consideramos que la prohibición de contratar a título oneroso un lugar de alojamiento, basada en la condición migratoria irregular de la persona, es inconstitucional bajo la lupa de “categoría sospechosa” de la Corte Suprema y, evidentemente, no superaría el control de convencionalidad que nuestro Tribunal debería realizar a la luz de lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención Americana.

Más allá de que hubiese resultado valioso a los fines del presente análisis poder conocer los fundamentos de derecho en los que esta restricción se asienta, lo cierto es que no existen argumentos atendibles que puedan llevar a tal conclusión, en tanto

<sup>40</sup>Cf. Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218/*idem anterior*, parr. 100.

<sup>41</sup>Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, parr. 30.

<sup>42</sup>Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General N° 30, Discriminación contra los No Ciudadanos, 4 de mayo de 2005, HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1., parr. 4.

<sup>43</sup>Cf. Doctrina de Fallos: 301:904; 312:72 y 122; 316:1718, entre otros.

debe sostenerse categóricamente que el estatus migratorio de las personas no puede ser utilizado como criterio válido para restringir el acceso a derechos humanos fundamentales.

En efecto, la prohibición de contratar resulta contraria al principio de igualdad y no discriminación reconocido en nuestra Constitución Nacional y restantes tratados con jerarquía constitucional, no configurándose en el caso un supuesto de restricción objetiva y razonable al ejercicio de un derecho humano. Tal conclusión se desprende del propio texto de la ley migratoria, pues se evidencia una contradicción interna entre este apartado y los artículos 7 y 8 de la misma ley, que reconocen expresamente el derecho a la educación y el derecho a la salud, independientemente de la condición migratoria de las personas<sup>44</sup>. No se evidencia cuál sería el fin legítimo, objetivo y razonable que permitiría restringir el derecho a una vivienda adecuada, pero asegurar el derecho a la educación y la salud.

Asimismo, difícilmente pueda asegurarse el ejercicio de los derechos a la salud y la educación, que la propia norma reconoce independientemente de la condición jurídica de las personas, si la persona migrante se encuentra en situación de calle o en condiciones indignas de alojamiento. La relación indispensable entre tales derechos, condiciona indefectiblemente el ejercicio de unos y otros derechos.

Por otra parte, el posible argumento del control migratorio por parte del Estado debe ser rechazado de plano, en tanto la garantía y respeto de derechos humanos fundamentales no puede ser restringida por dicha potestad del Estado, ello de conformidad con los instrumentos de derechos humanos y jurisprudencia traída a colación en los apartados anteriores. Existen, por otra parte, otras vías menos lesivas para alcanzar tal objetivo, sin que la labor del Estado en tal aspecto restrinja indebidamente derechos fundamentales.

En este sentido, la Relatora Especial ha sostenido en su informe que “varios países han adoptado reglamentos para tipificar como delito el acto de proporcionar alojamiento a los migrantes indocumentados, así como legislación

que limita la capacidad de los no nacionales de comprar su propia residencia. Estas prácticas tienen un efecto deletéreo inmediato en el derecho de los migrantes a una vivienda adecuada. Al imponer deliberadamente limitaciones al acceso de los no ciudadanos a la vivienda, los Estados interfieren en los derechos de los migrantes sujetos a su jurisdicción”<sup>45</sup>. Si bien en el caso de la ley argentina no se hace referencia a una denuncia penal, se sostiene que quien contrate o convenga con extranjeros que residan irregularmente en el país, la adquisición, venta o constitución de gravamen sobre bienes inmuebles deberá comunicarlo fehacientemente a la autoridad migratoria, y, en relación a quienes brinden alojamiento, se prevé una sanción. Es claro que la sanción prevista produce los mismos efectos que una sanción plena, pues la consecuencia directa es la imposibilidad de las personas migrantes en condición migratoria irregular de acceder a una vivienda adecuada.

La prohibición expresa de contratar a título oneroso un lugar de alojamiento, trae como consecuencia necesaria la revictimización de las personas migrantes en situación irregular, en tanto se ven mas propensas a tener que aceptar situaciones abusivas o bien, las coloca en la disyuntiva de buscar alojamiento bajo el riesgo de que su condición sea puesta en conocimiento de las autoridades o tolerar la situación de calle.

En efecto, se encuentra probado que en Argentina, especialmente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el cinturón del conurbano bonaerense, donde se concentra un alto porcentaje de la población total y, en especial, de las personas migrantes, existe un gran déficit habitacional que impide el acceso al derecho a una vivienda digna y adecuada. Tal déficit genera, por un lado, que un alto porcentaje de las personas de escasos recursos y que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad social, se vean obligadas a permanecer en situación de calle; por otro lado, genera condiciones de alojamiento que no reúnen los estándares enumerados con anterioridad en relación con la vivienda adecuada y digna. Así lo ha sostenido la Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al afirmar que “En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires existen numerosos hoteles y casas de pensión que funcionan sin la correspondiente habilitación. Los responsables de dichos establecimientos ofrecen aloja-

<sup>44</sup>Ley 25.871, ver artículos 7 y 8.

<sup>45</sup>ONU, Informe de la Relatora Especial, Sra. Raquel Rolnik. “El derecho a una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado” del 9 de agosto de 2010. A/65/261, considerando 71.

miento sin reunir estos inmuebles las condiciones mínimas de seguridad e higiene requeridas por la normativa vigente y, al no encontrarse habilitados, desarrollan su actividad dentro del ámbito privado y sin permitir el control estatal. En otros casos, si bien cuentan con habilitación para funcionar, las condiciones en que se realiza la actividad acusan situaciones de déficit habitacional e incumplen normas locales sobre el ejercicio de la actividad hotelera o de pensión al mismo tiempo que permiten observar otra cara de déficit habitacional urbano<sup>46</sup>.

En sentido concordante, muy recientemente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado su preocupación respecto del déficit habitacional que existe en Argentina y la ausencia de estadísticas concretas en la materia que permitan diseñar respuestas efectivas al problema en cuestión, viéndose afectados especialmente los grupos en situación de vulnerabilidad y marginalización, entre los que enumera a los migrantes, cominando al Estado a adoptar medidas concretas frente a esta problemática<sup>47</sup>.

En base a los argumentos anteriormente expuestos, consideramos que existen elementos suficientes para sostener la constitucionalidad de los artículos 55, 57, 59 primer párrafo y 60 de la Ley 25.781, que, si bien parecerían evidenciar un anacronismo de un sistema legal derogado, lo cierto es que al día de la fecha generan una situación discriminatoria basada en la condición migratoria de la persona que resulta inadmisible con base en los estándares de derecho internacional de los derechos humanos enunciados.

Como consecuencia directa de dicha prohibición legal discriminatoria, las personas migrantes en situación migratoria irregular quedan relegadas a condiciones de mayor vulnerabilidad social, constituyéndose en blanco de situaciones abusivas e indignas de alojamiento. En definitiva, son destinatarias de situaciones discriminatorias de *jure y de facto* que el Estado argentino se encuentra obligado a contrarrestar con medidas positivas de protección especial y, antes que ello, eliminando de su normativa interna toda ley que avale o genere situaciones de tal índole.

<sup>46</sup>Pierini, Alicia. Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Colección Diagnósticos - La Vigencia de los Derechos Humanos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la luz del Derecho Supranacional. Número 3 El Derecho a la Vivienda - Octubre 2009, pag. 107.

<sup>47</sup>Cf. ONU, Comité en Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Consideration of reports submitted by States parties under Articles 16 and 17 of the Covenant Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights Argentina. 2 de diciembre de 2011. E/C.12/ARG/CO/3, parr. 21.

# Expediente Letra “F”, N° 259, Libro XLVI, Año 2010, caratulado “Fuentes, Aurora Luisa s/ Medida Autosatisfactiva”

## **EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:**

**STELLA MARIS MARTÍNEZ**, Defensora General de la Nación, y JULIÁN HORACIO LANGEVIN, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyendo domicilio en la calle Paraguay N° 1855, 1° piso (contrafrente), Capital Federal, venimos a contestar la vista conferida.

### **I.- Asumimos representación**

En atención a lo que surge de estos obrados, asumimos la representación que por ley le corresponde al Ministerio Público de la Defensa (cf. arts. 59 CC y 54, incisos “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f” e “i” de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946), respecto de la menor **A. G.**, nacida el 3 de septiembre de 1994 (cf. fotocopia de la partida de nacimiento glosada a fs. 7 de los autos principales).

**II.-** En tal carácter, nos expedimos con relación al recurso extraordinario federal concedido a fs. 673/676 (4/06/2010), el cual fuera interpuesto por el Tutor Ad Litem y Asesor de Familia e Incapaces del nasciturus a fs. 653/658vta., contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 2010 por la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut (cf. fs. 550/594vta.).

Por medio de tal pronunciamiento se dejó sin efecto la sentencia de la Alzada, y en consecuencia, se declaró que el caso de autos encuadra en el supuesto de “aborto no punible” previsto por el inc. 2º, primera parte, del art. 86 del Código Penal.

### **III.- Procedencia**

Respecto a la procedencia formal, cabe destacar, que se interpuso el remedio federal previsto por el art. 14 de la Ley 48, con sustento en que se halla en juego la aplicabilidad e interpretación del artículo 86, inciso 2º del Código Penal, a la luz del resto del plexo normativo nacional, y del derecho a la vida de la persona por nacer que consagran los pactos y tratados internacionales de rango constitucional (v. fs. 656).

El Supremo Tribunal Provincial resolvió concederlo, expresando en su parte pertinente: “(...) El día 11 de marzo, en el Centro Materno infantil de Trelew, la menor A.G. fue intervenida médicaamente según informaron sus abogados, el día 12 de marzo, a las 10:51hs. (ver fs. 661). (...) A las 9,35 hs. del día 12 de marzo, en el carácter de tutor ad-litem del nasciturus y

*ejerciendo –simultáneamente– su representación promiscua, el Señor Defensor General Subrogante de la Provincia de Chubut, plantea Recurso Extraordinario Federal (...) Ni la recurrente, ni la representación legal de (...) han dado cumplimiento a los recaudos formales contemplados por la Acordada N° 04/2007 de la C.S.J.N. Esta circunstancia justifica por sí sola que este Cuerpo declare inadmisible, sin más, la apelación federal en estudio. No obstante ello y teniendo en cuenta que esta Sala declaró que en los presentes autos, media un innegable supuesto de gravedad institucional, corresponde conceder el Recurso Extraordinario Federal deducido, pese a que la práctica abortiva ya se realizó (art. 257 C.P.C.C.N.) (...) La ausencia de gravamen actual y concreto en el apelante, (...) autoriza a declarar abstracta la cuestión planteada pues los agravios invocados, han perdido virtualidad. (...) En la causa: “B.A. s/ autorización judicial”, sentencia del 7/ XII/2001, (Fallos, 324:4064 y sgts.) en la que al tiempo de resolver, ya había tenido lugar el parte respecto de la cual, se solicitó la autorización denegada por el tribunal a quo, el Máximo Tribunal subrayó que dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, (...)corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a la antes mencionada”(...).” (v. fs. 673/676).*

No escapa a nuestro entender que, tal como lo señala el tribunal superior de la causa en el juicio de admisibilidad, el recurso extraordinario articulado no satisface los recaudos formales, en tanto el apelante incumplió con lo normado por el art. 2º y 4º del Reglamento aprobado por la citada Acordada N° 4/2007, pues sólo consignó en forma parcial los datos requeridos en la carátula, y se excedió en la cantidad de renglones allí previstos (cf. en similar sentido, sentencia del 26 de mayo de 2010, en los autos caratulados “Vega, Beatriz María c/ Banco Formosa S.A. s/ acción común”).

Desde otra arista, cuadra destacar, que el libelo recursivo no satisface el requisito de fundamentación autónoma exigido para su procedencia; y por ende, resulta formalmente inhábil para su apertura (Fallos: 323:1261).

A ello cabe agregar, que al momento de la interposición del remedio federal, el recurrente carecía de legitimación para obrar. Nótese que el Tutor *Ad Litem* del nasciturus, y Asesor de Familia e Incapaces, efectuó dicha presentación el pasado 12 de marzo del corriente a las 9:35 hs. (cf. cargo de fs. 658 vta.), fecha en la que su representado –lamentablemente– había dejado de existir, como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada a su progenitora el día anterior, en el Centro Materno Infantil de Trelew, conforme fuera denunciado por sus letrados a fs. 648.

Tales extremos, sin lugar a dudas, provocaron el cese de su legitimación de pleno derecho. Consecuentemente, mal podía alegarse, y reconocerse la representación legal (art. 57 C.C.) y promiscua (art. 59 C.C.) que invocara, con relación a quien ya no existía (cf. art. 74 del Código Civil).

Por último, tampoco se desconoce que a raíz de la práctica

abortiva realizada a nuestra asistida, la cuestión debatida ha devenido abstracta, como también fuera advertido por el *a quo*.

No obstante ello, ese Alto Tribunal reconoció que, en su función de intérprete y salvaguarda último de las disposiciones de la Constitución Nacional, es pertinente en ocasiones de gravedad obviar ápices formales que obstarían al ejercicio de tan elevada función (Fallos: 257:132; 260:114; 295: 376 y 879; 298:732; 300:1102, entre otros), circunstancias que según nuestro modo de ver, concurren en la especie, pudiendo V.E. utilizar la facultad excepcional contemplada en el art. 11 de la Acordada N° 04/2007.

Y lo cierto es, que la virtualidad de la cuestión propuesta se encontraba sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico, como es el del embarazo de la menor y las posibilidades de concretar su decisión de practicarse un aborto en tiempo oportuno.

Si bien es una **regla general muy definida**, que no corresponde pronunciamiento alguno cuando las circunstancias sobrevinientes han tornado inútil la resolución pendiente (Fallos, 267:499; 285:353 y 328:339), **también existen excepciones, y una de ellas es que el tema sea trascendente, de naturaleza federal o constitucional y que la combinación de todos estos factores luzca como difícil para la presentación de la oportunidad en que la Corte pueda analizar el tema.**

En tal sentido, y como precedentes válidos para nuestro sistema, cabe destacar que esta problemática fue abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América al advertir que las cuestiones relacionadas con el embarazo -o su eventual interrupción- jamás llegaban al tribunal en término para dictar útilmente una sentencia, pues su tránsito por las instancias inferiores insumía más tiempo que el que lleva el transcurso natural del proceso biológico. Ante tal situación asumió, con relación a su orientación básica sobre la cuestión abstracta (*mootness*), una postura más amplia, en orden a poder facilitar a los tribunales la posibilidad de decidir cuestiones que probablemente se repetirán.

En esos supuestos, la Corte Norteamericana mostró una notoria flexibilidad en torno a su concepción de las cuestiones abstractas en dos casos sobre aborto: “*Roe v. Wade*” (410 U.S. 113, 1973) y “*Doe v. Bolton*” (410 U.S. 179, 1973), en

tanto se destacó que los temas relacionados con el embarazo no podían nunca revisarse en apelación por haberse producido ya el nacimiento. Ello motivó que la Corte buscara signos de que la cuestión no era abstracta, al encontrar latente un interés. (v. al respecto, Wasby, Stephen L., “La Suprema Corte en el sistema judicial federal” 4ta. Edición, Trad del inglés de Patricia Bermejo, Ed. LEP, La Plata 2003, p. 291/292). Así, optó por decidir las cuestiones propuestas aún sin utilidad para el caso en que recaía el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del tribunal fuese expresado y conocido para la solución de casos análogos que pudiesen presentarse en el futuro.

Y tal argumentación fue invocada por V.E. en oportunidad de expedirse en el precedente “T.S.” en cuanto sostuvo que “...la virtualidad de la cuestión propuesta se encuentra sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico, como lo es el embarazo de la actora (...) esa problemática fue abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica...” “(...), en el sub lite se configura un caso actual, único e irrepetible...” (v. Fallos 324:5, considerandos 4º y 5º).

Posteriormente ese Alto Tribunal señaló en el precedente “B., A” que: “...es harto difícil que, en la práctica lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conlleven sin haberse vuelto abstractas. De ahí que para remediar esa situación frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición pero que escaparían a su revisión...” (Fallos 324:4061), debido a la rapidez con que se produce el desenlace de las situaciones que los originan (cf. Fallos: 310:819, considerandos 6 y 7 del voto de la mayoría y de la disidencia, y especialmente el considerando 7 del voto concurrente y jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana allí citada. Asimismo: “*Carroll v. Princess Anne*”, 393 U.S. 175, págs. 178/179, y sus citas; Fallos: 316:479, considerando 6 del voto de los jueces Cavagna Martínez, Boggiano, Belluscio y Petracchi), y no obstante a la admisibilidad del recurso extraordinario que el hecho cuya autorización se requería haya acaecido (Fallos 324:4061).

En ese entendimiento, la Corte de los Estados Unidos ha dicho que **es muy difícil distinguir, y en consecuencia que puede ser dificultoso, en la medida que sea posible, determinar el modo de precisar un test para establecer la cuestión en controversia -esto es, si se requiere una declaración judicial o bien una opinión judicial-** (cf. Maryland Casualty Co v. Pacific Coal and Oil Co., 312 U.S: 270, 1941, at 273).

En tal contexto, y en miras a determinar si estamos o no frente a un caso que amerite una declaración judicial, no puede soslayarse que en el **sub lite se encuentra involucrada una menor de edad** y, respecto al especial deber de protección de niñas y niños, el Comité de los Derechos del Niño interpretó que: **“Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten”** (Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño [artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44], adoptada el 3 de octubre de 2003). Por su parte, la Corte IDH señaló que **“La expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”** (Opinión Consultiva OC 17/2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, del 28/8/2002). En el ámbito interno, esa Corte Suprema ha entendido que el precepto apunta a dos finalidades básicas: **“las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos”** (Fallos: 328:2870).

Sentado lo anterior, tampoco escapa a nuestro entender, que el control de constitucionalidad tiene por base la relación sustancial existente entre el peticionante y los hechos del caso sobre el que reclama; como así también que V.E. tiene dicho que se expide sobre la plataforma fáctica existente al momento de resolver (cf. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865, y 330:642), es decir que no queda sujeta a los hechos existentes al momento en que se interpone el recurso. Asimismo, cabe destacar que en casos como el presente esa Corte Suprema no se encuentra limitada por las posiciones de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto en disputa (Fallos 322:1616; 328:3142, entre muchos otros).

**En el sub examen, la actualidad de la cuestión o el interés latente se refleja, en la necesidad de que A. y jóvenes como ella, vean efectivamente garantizado su derecho a su propia determinación (self determination) como parte de**

**los derechos de su personalidad** (v. Kemelmaier de Carlucci, Aída, “*El derecho del menor a su propio cuerpo*” en Borda, Guillermo A. (dir), “La persona humana”, Bs. As., La Ley, 2001, p. 252), y puedan continuar con su vida, sin más remordimientos y traumas de los que ya se han puesto en su camino, y en tal sentido es merecedora de una sentencia que declare que su conducta no es punible, en orden a las circunstancias fácticas que rodeaban al caso y a las argumentaciones jurídicas que a continuación se desarrollan.

El núcleo central de la cuestión planteada en autos en base a la situación fáctica hoy existente (en tanto el aborto ya se ha practicado), es determinar si el caso se encuentra comprendido dentro de uno de los supuestos de no punibilidad contemplados por el Art. 86 del Código Penal, cuya constitucionalidad, aunque de modo un tanto confuso y contradictorio, fue cuestionada por el recurrente.

Por lo expuesto, consideramos que el recurso extraordinario ha sido bien concedido, y no empece a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la interrupción del embarazo, respecto del cual se solicitó la autorización, en tanto las cuestiones a resolver constituyen caso federal suficiente.

#### IV.- El caso de A

Sentado ello, pasamos a dictaminar sobre el fondo de la cuestión planteada.

El difícil problema en torno al cual debemos expedirnos ha sido producto de una profunda meditación que nos conduce sin duda alguna, a la postura que a continuación expondremos y que se sustenta en el interés superior de nuestra defendida, pues no debe perderse de vista que aquél no es más que la satisfacción integral de los derechos fundamentales de **A**.

En tal sentido, la solución más contemplativa del interés superior de la niña, que como tiene dicho V.E., no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho, sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso (Fallos: 330:642), **será la que mejor satisfaga a todos ellos, entre los que cabe mencionar su derecho a la salud, integridad psicofísica, libertad personal, autodeterminación, dignidad, derechos reproductivos -comprendivos del derecho a formar una familia, a una maternidad libre y responsable-**,

**el derecho sobre el propio cuerpo (derechos estos interdependientes y complementarios del derecho a la vida), como así también, su derecho a ser escuchada y a que su opinión sea tenida en cuenta.**

Asimismo, es dable remarcar, que **el examen no se agota con las necesidades actuales a satisfacer en el caso concreto al momento de resolver, sino que cualquier decisión obliga a proyectar la evaluación de cara al futuro, de modo que pueda considerarse cada fórmula como destinada a facilitar la formación de la menor y establecer las pautas para el desarrollo de su personalidad.** (cf. Roca y Trias, E., “Contestación” al discurso de ingreso de la doctora Alegria Borrás sobre “El interés del menor como factor de progreso y unificación en el ámbito del derecho internacional privado”, Revista Jurídica de Cataluña 4 (1994) 976).

En ese entendimiento, cabe entonces pre-guntarse desde el inicio: **¿Cuáles eran las alternativas disponibles? y ¿Cuál de todas ellas contemplaba efectivamente su interés superior?**; entendido este, en sus dos funciones clásicas: la de “controlar” y la de “encontrar una solución” (**criterios de control y de solución**).

En el **criterio de control**, el interés superior del niño orienta a velar porque el ejercicio de los derechos u obligaciones de los niños sea correctamente efectuado. Mientras que, en el **criterio de solución**: la noción de interés superior sirve para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir una buena solución, es “*la pasarela indispensable entre el derecho y la realidad psicológica*” (v. al respecto Fulchiron H., “*De l` intérêt de l` enfant aux droits de l` enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l` enfant entre théorie et pratique*”, IDE, Sion, 1997, p. 30 ss, citado por Jean Zermatten en el “*El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico*”, Informe de trabajo, 3-2003, puede consultarse en [http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf)).

**El embarazo forzado de la niña, como resultado de la violación que sufriera, dio lugar a un dilema, frente al cual ninguna de las opciones posibles permitía salvaguardar todos los intereses en juego.** Las circunstancias que rodearon el pedido de interrupción del embarazo formulado en este caso daban cuenta de lo dramático de la situación que se vio obligada a atra-

vesar nuestra defendida, y que enseguida nos conducen a sostener que no hay en estos casos opciones ideales de resolución.

**Ésta es la característica que en definitiva comparte el caso con las causas de justificación en general: ante la imposibilidad de compatibilizar los intereses en conflicto, es inevitable adoptar una decisión que implique el sacrificio de alguno de los bienes jurídicos en juego. Frente a un conflicto de esta naturaleza, en la que aparecen intereses contrapuestos que no pueden ser armonizados, la amenaza de sanción penal ante la interrupción del embarazo aparece de modo evidente como una coerción extrema, inaceptable e inapropiada.**

Así las cosas, conviene repasar la historia de nuestra defendida, de la cual surge **que la joven A. pasó por una situación que dejará inevitables secuelas en su aparato psíquico. La interrupción de un embarazo representa en sí misma también una situación traumática, que requiere de un proceso de elaboración y cuyo recorrido no puede preverse de antemano, y es en realidad lo que hoy debiera preocuparnos.**

Bajo tales lineamientos, nos compete en este estadio de las cosas y, en el rol de representantes de la menor **A.**, repasar su pasado; analizar las posibles interpretaciones del caso, como así también, de la normativa invocada, para determinar si la solución a la que se arribó en definitiva era la que mejor contemplaba los delicados intereses en juego.

#### **IV.1.-Sobre el embarazo de A. y los abusos sexuales sufridos**

El 3 de diciembre del año 2009 la Sra. A. L. F. denunció ante el Ministerio Público Fiscal que el 13 de noviembre del mismo año su marido había violado a su hija A. de 15 años de edad. En esa oportunidad, reseñó una situación de abuso sexual ocurrida desde que la niña tenía 11 años (v. fs. 1/vta.).

Al comprobarse el embarazo de la niña, como resultado de la violación, se inició un largo derrotero para obtener un pronunciamiento judicial que autorice la práctica del aborto, con fundamento en el artículo 86 del CP.

Tras dos pronunciamientos contrarios a la pretensión por la jueza de primera instancia y la Cámara de Apelaciones, el 8 de marzo de 2010 la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia Provincial se pronunció, por unanimidad, a favor de la realización del aborto legal. Consideró que (a los efectos de evaluar la procedencia del permiso contenido en el art. 86, inc. 2, CP) el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por el Sr. O.N. (Cf. consid. V, voto Dr. Caneo; consid. VI, voto del Dr. Pasutti; y consid. V. 2, voto del Dr. Royer). También tuvo por probado que O.N. había abusado sexualmente de ella durante aproximadamente cuatro años (Cf. consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V.2, voto del Dr. Royer).

O.N., de 51 años de edad, era el esposo de la Sra. F. desde que A. tenía 3 años de edad. Además, es el padre de cuatro de sus hermanos, y en la causa judicial se tuvo por cierto que, si bien no es el padre biológico de la niña, en la organización familiar ocupaba un rol parental. Por tales motivos, el abuso sexual era vivido por la joven con un tinte incestuoso.

#### **IV.2.- Sobre los obstáculos interpuestos para el acceso al aborto no punible**

No pueden dejar de remarcarse los obstáculos que debió sortear nuestra defendida previo a practicarse en definitiva el aborto, pues aún cuando el requerimiento esgrimido por la Sra. F. y por su hija tuvo resolución favorable al llegar a la máxima instancia local y la joven pudo practicarse el aborto, el caso muestra que los derechos de la niña fueron violados por las trabas interpuestas, que impidieron que la niña pueda acceder en forma inmediata a la práctica legal, y que sin duda alargaron sus padecimientos y consecuentemente colocaron en riesgo su vida.

En este orden de ideas cabe mencionar, en primer lugar, la negativa del Hospital a realizar la intervención sin una autorización judicial que así lo disponga. Y aunque en el expediente no se esgrimió una negativa formal del Hospital a realizar el aborto con anterioridad a la judicialización del pedido, queda claro que el nosocomio se negaba a proceder sin un pronunciamiento judicial que lo avale. Así, al ser consultado por la jueza de familia sobre la viabilidad del pedido, el Director del Hospital informó que para poder derivar el requerimiento al comité de Bioética del Hospital, era fundamental que la magistrada informe si en el caso planteado concurrían las condiciones excepcionales previstas por el art. 86 del Código Penal (fs. 40).

Además, la madre de la joven explicó que compareció ante el Poder Judicial Provincial debido a la falta de respuesta de los profesionales de la salud. No se ve por qué motivo no habría que creerle a la madre, quien en todo momento acompañó la decisión de su hija de interrumpir el embarazo.

En segundo término, **una vez judicializada la cuestión, la niña tuvo que atravesar un largo derrotero judicial, no exento de una gran cuota de revictimización, que la colocó al borde de las posibilidades reales de poder acceder a la práctica.**

Recordemos que el embarazo fue acreditado el 23 de diciembre (v. fs. 60 del expte. 25.661). El 14 de enero la Sra. F., en representación de su hija menor de edad, requirió al juez entrevistante en la causa penal que dictara una orden judicial a efectos de interrumpir el embarazo y preservar el material genético de prueba. El 15 de enero el juez de instrucción decidió que carecía de facultades de impulso durante la etapa de

investigación y que la presentación debía pasar por la Fiscalía. El mismo día, la Fiscal General afirmó que el fuero penal no era el competente para este pedido (v. fs. 79 83 y 859).

En el mes de enero la madre realizó la presentación ante el fuero de familia, peticionando la habilitación de la feria judicial. En la causa civil tomó participación la Asesora de Familia e Incapaces (fs. 22), se notificó del trámite al padre de la adolescente (fs. 25 vta.), se nombró curador *ad litem* a la joven y posteriormente se le dio participación de ley (fs. 19, 42 y 50). La niña fue escuchada personalmente por la jueza y luego se presentó por propio derecho y designó a sus abogados defensores (fs. 38 y 42). También tomó intervención la Asesora de Familia e Incapaces, en representación promiscua de A. y del *nasciturus* (fs. 49), y la tutora *ad litem* del mismo (fs. 72/79).

Se requirió al Director del Hospital Regional que informe si de acuerdo a los Protocolos el aborto se podía practicar en condiciones lícitas (fs. 28) y se solicitó opinión médica al Comité de Bioética (fs. 50/51). El jefe de departamento de Tocoginecología del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia opinó que la comprobación de la violación le consta a la justicia (fs. 80/81). El Comité de Bioética *Ad Hoc* designado por el Director del Hospital Regional el 15 de febrero recomendó la no interrupción del embarazo a fin de no causar mayor daño psíquico a la menor madre (ya dañada por el abuso sexual y violación) (fs. 140/143vta.).

Sobre el estado de salud de la niña se pronunciaron: a) psicólogas del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I.) (fs. 27/vta.); b) el Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito; c) especialistas en psiquiatría y psicología del Hospital de Comodoro Rivadavia (fs. 82 y 83); d) la psicóloga del E.T.I. presentó además el resultado de las entrevistas a miembros de la familia, relativas a la salud psíquica de la niña (fs. 92); e) cuatro psicólogos del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia (fs. 125/126).

El embarazo y el estado de su avance fueron constatados por el médico forense (fs. 46) y por el Jefe del departamento de Tocoginecología del Hospital Comodoro Rivadavia (fs. 128). El 16 de febrero, la jueza de primera instancia rechazó la solicitud para la interrupción del embarazo (v. fs. 153/169vta.). El 25 de febrero, la Sala B de la Cámara de Apelaciones confirmó la deci-

sión de Primera Instancia (v. fs. 350/379vta.). Contra esta sentencia, la Sra. F. y su hija interpusieron recurso de casación y de constitucionalidad (v. fs. 387/407vta.). Finalmente, el 8 de marzo la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia de Chubut dictó sentencia y, por unanimidad, dejó sin efecto la sentencia recurrida y declaró que el caso encuadraba en el art. 86, inc. 2º, CP. El 11 de marzo, se llevó a cabo la intervención en el Centro Materno Infantil de Trelew.

**Es decir, transcurrieron casi dos meses de tramitación judicial, contados desde la primera presentación en la que se solicitó la venia judicial para la realización del aborto, para poder acceder al aborto legal. Durante la tramitación del proceso, la niña fue sometida a múltiples exámenes y evaluaciones, que configuraron un proceso de victimización secundaria constatado por los profesionales del Hospital Regional, quienes advirtieron que “la adolescente ha sufrido un proceso de victimización primaria en manos de su victimario, y actualmente continúan las vivencias de victimización por encontrarse expuesta a diversas instancias de evaluación y abordajes institucionales”** (fs. 125/126, el destacado me pertenece).

De tal relato, emerge con meridiana claridad que la exigencia de una venia judicial para la interrupción de un embarazo en los casos comprendidos en el art. 86, CP, o del pronunciamiento de un Comité de Bioética, son requisitos no previstos por la ley que redundaron en una nueva afectación de los derechos de la joven, ya que se vio impedida de acceder a un aborto legal en forma inmediata. En cambio, fue sometida a un proceso revictimizante que insumió prácticamente dos meses de tramitación, lo que casi hace frustrar las posibilidades de acceder a la práctica.

Estas circunstancias implicaron la imposición de cargas desproporcionadas sobre sus derechos.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia Norteamericana se refirió en el precedente “*Casey*”, explicando que el sufrimiento de la mujer que decide abortar es demasiado íntimo y personal como para que el Estado insista en su propia visión del rol de la mujer. El destino de una mujer debe ser determinado en gran medida por su propia concepción de sus imperativos espirituales y su lugar en la sociedad. Y concluyó, que exigir requisitos que tengan por objeto o efecto interponer obstáculos sustanciales para acceder a un aborto en los casos en los que la práctica está permitida, constituye la imposición de una carga indebida, lo cual “no puede ser considerado un medio permisible para servir los fines legítimos del Estado” (Cf. Corte Suprema de Justicia, EE.UU., *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992).

Como se desarrollara *infra*, el principio de legalidad (art. 18 C.N.) impide que se restrinja o se dilate excesivamente el acceso al aborto no punible a través de la exigencia de requisitos no contemplados normativamente, y mucho menos, a través de extremos que convierten a supuestos previstos en la ley en letra muerta o que signifiquen la imposición de cargas desproporcionadas para la mujer. Los obstáculos para acceder a procedimientos legales y seguros se convierten en obstáculos para acceder al de-

recho a la salud, a la integridad y a la dignidad.

Bajo este entendimiento, **adelantamos desde ya -sin perjuicio de las consideraciones que a continuación argumentaremos- que debe rechazarse la interpretación sostenida por el recurrente** en cuanto afirma: "...no es posible (...) extender la aplicación del precepto a casos que, como el de autos, deben ser *precedidos por una investigación penal que -aventando toda duda razonable- finaliza con una declaración que establece la existencia de la violación, a la vez que individualiza y castiga a su autor. Cuestión que, por otra parte a pesar de la falta de discusión fáctica de autos, aquí no ha sucedido*" (v. fs. 657vta. último párrafo y 658), en tanto dicha investigación excedería los tiempos de la gestación.

De ningún modo puede sostenerse que el art. 86, inc. 2º, CP, exige una sentencia de condena, en tanto el principio de legalidad y de razonabilidad coartan este tipo de exégesis.

Como es sabido, la ley nº 21.338 incluía como requisito de procedencia que la víctima haya instado la acción penal (en la legislación nacional nunca se exigió que haya recaído condena). Sin embargo, esta ley fue derogada y la exigencia desapareció de la legislación vigente. En sentido coincidente se pronuncia la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (AAPDP), al afirmar que es innecesario exigir la prueba del autor de la violación y/o del embarazo. La mujer no está obligada a hacer la denuncia por violación y nadie la puede investigar de oficio si no la hizo. Si invoca falsamente una violación como causa del embarazo, su hecho será un aborto punible, con o sin error invencible del médico que lo practique (v. <http://www.aapdp.com.ar/>).

Por tanto, se considera que en nuestro marco jurídico basta con que se invoque con seriedad la existencia del hecho ilícito (Cf. Voto del Dr. Pasutti, en esta causa, consid. VI, último párrafo; en sentido coincidente, S.C.J., Provincia Buenos Aires, R.L.M., rta. 31/07/2006, voto del Dr. Genoud). Pero nunca puede considerarse que sea necesaria una sentencia de condena.

**La exigencia de requisitos no previstos legalmente, como los que tuvo que sortear la niña A. para acceder a la interrupción del embarazo, o como los que pretende exigir el recurrente, violan derechos de la niña consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de derechos humanos elevados a igual jerarquía.**

#### **IV.3.- Sobre la afectación de la salud**

En la causa judicial quedó sobradamente probado el riesgo que generaba el embarazo en la salud e incluso en la vida de la joven A.

En este sentido, se puede mencionar la evaluación realizada por distintos profesionales que tuvieron intervención en el caso:

a) Psicólogas del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I.) se ocuparon de destacar que los efectos del abuso sexual infantil han sido equiparados con el de un disparo en el aparato psíquico, y que su impacto es aún mayor en el caso particular por el embarazo de la niña. Refirieron que la joven había decaído a partir de la confirmación del embarazo, que presentaba síntomas depresivos e ideas suicidas persistentes, rechazo del embarazo (pues consideraba intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos y del marido de su madre), que el impacto producido por el embarazo complejizaba enormemente la tarea reparatoria, y que la continuidad del embarazo presentaba grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida (fs. 27);

b) El Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito también relató que se acreditaba una importante sintomatología depresiva reactiva y sobre todo la recurrencia de ideaciones auto-destructivas (fs. 66);

c) Especialistas en psiquiatría y psicología del Hospital de Comodoro Rivadavia resaltaron nuevamente la presencia de una sintomatología depresiva reactiva a las vejaciones y violaciones sufridas desde los 11 años e ideaciones suicidas si el embarazo no era interrumpido (fs. 82/83);

d) Profesionales del E.T.I. presentaron además el resultado de las entrevistas a miembros de la familia, quienes también indicaron que ven decaer a la joven y transmitieron gran preocupación (e incluso algunos manifestaron certeza) sobre la posibilidad de que la adolescente atente contra su vida en caso de obligarla a seguir con el embarazo (fs. 92);

e) Cuatro psicólogos del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia informaron que la adolescente presenta un cuadro con sintomatología de carácter depresivo, reactivo a la situación de abuso reiterado desde los 11 años de edad, violación y posterior embarazo. Acerca de las ideaciones suicidas, no desestimaron la posibilidad del pasaje al acto de dichas ideas, encontrándose, en consecuencia, en continuo

riesgo de vida. Señalaron que el embarazo era vivido inconscientemente de manera siniestra y catastrófica ya que aunque biológicamente el victimario no era el padre, emocionalmente la niña lo consideraba como tal (fs. 125/126).

f) El Comité de Bioética *Ad Hoc* designado por el Director del Hospital Regional también concluyó que existía riesgo de vida para la niña en caso de no interrumpir el proceso de gestación, aunque consideró que podía controlarse por otros medios (fs. 140/143).

Sobre la base de lo informado por los distintos especialistas, la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia provincial tuvo por probado que la continuidad del embarazo contra la voluntad de la adolescente implica un grave riesgo para su integridad psíquica (Cf. Consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V, voto del Dr. Pasutti; y consid. V.2, voto del Dr. Royer), e incluso un riesgo de vida (Cf. Consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V, voto del Dr. Pasutti).

**No quedan dudas, entonces, acerca de que el embarazo producto de la violación por parte de su padrastro ocasionaba a la niña una grave afectación a su salud e incluso riesgo de vida.**

**En realidad, la afectación a la salud psíquica suele acompañar los abusos sexuales, y con mayor presencia cuando como resultado del abuso se produce un embarazo no deseado. En el caso particular, otras circunstancias que también incrementaron el impacto en la salud de la adolescente son la edad de la víctima y el hecho de que el autor del abuso era su padrastro (y padre de algunos de sus hermanos), a quien reconocía como autoridad paterna.**

**Por ello, entendemos que además de quedar comprendido este caso en los supuestos contenidos en el inciso 2, art. 86, CP, el caso de A. encuadra también en los términos del inciso 1.**

En tal sentido, se ha sostenido que la *justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental*, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico.

Conforme a nuestra ley, la hipótesis genérica está contenida en el inc. 1º del segundo párrafo del art. 86 del CP: “...si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.” **Dado que la ley, con todo acierto, exige peligro para la salud, abarcando la salud psíquica (toda vez que no distingue), el resto de las hipótesis constituyen casos particulares de este supuesto: es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada** (v. Zaffaroni, Eugenio, “*Manual de Derecho Penal, Parte General*”, Ed. Ediar, Buenos Aires, Segunda Edición, Tercera Reimpresión, 2006, p. 503).

Algunos magistrados también han delineado expresamente esta interpretación. Tal es el caso del voto de la Dra. Kogan en el caso “*L.M.R.*”, en el que se requería el acceso al aborto legal en un caso de una mujer con discapacidad mental, embarazada como consecuencia de una violación; quien señaló que si bien el caso había sido encarrilado primordialmente en torno de la aplicación

del inciso 2º del art. 86, CP, las características de una situación de hecho como la que se examinaba no habrían permitido descartar *a priori* un examen a la luz de los recaudos del inciso 1º del art. 86 según lo interpreta el Profesor Eugenio R. Zaffaroni (Del voto de la Dra. Kogan, S.C.J. Buenos Aires, R., L. M., rta. 31/07/2006).

En sentido similar se sostuvo que, el supuesto del embarazo derivado de una violación no es más que un caso particular de la hipótesis general de peligro para la salud de la madre del artículo 86, inciso 1º, CP, por lo que el encuadre en dicha premisa general tiene expresamente en cuenta que el supuesto también se verifica particularmente en el inciso 2º, en tanto el embarazo es producto de una violación (Del voto del Dr. Loustaunau, C.Corr.Crim. Mar del Plata, O., M. V., rta. 21/02/2007).

**Y lo cierto es, que en el *sub lite* se tuvo por cierto el riesgo a la salud y a la vida de la niña: por ello el caso, además de estar comprendido en los supuestos contenidos en el inciso 2º, art. 86, CP, encuadra en las dos hipótesis previstas en el inciso 1º.**

A partir del concepto que la vida tiene en los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional (Art. 75 inc. 22 CN), la interpretación propiciada del Art. 86 inc. 1 CP, es decir el aborto terapéutico fundado en el peligro para la vida o la salud de la madre se encuadra en el presente caso sin forzar de modo alguno su literalidad ni los argumentos.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define “salud” como el estado de completo bienestar físico, mental espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (v. [http://www.who.int/features/factfiles/mental\\_health/es/](http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/)). La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales. La Convención de los Derechos del Niño en sus art. 24, 25 y 26 habla del derecho a la salud y a la seguridad social del niño. La combinación de “supervivencia y desarrollo” que aparece en los arts. 24 y 26 de la C.D.N tiene como finalidad hacer hincapié en el valor esencial de las actividades que realicen los Estados Partes, sobre la base de reforzar la salud de los niños mediante medidas preventivas de atención sanitaria. Esto no se limita a una perspectiva meramente física, sino

que lo que se trata de garantizar es el pleno y armónico desarrollo (espiritual, moral y social), y la función fundamental de la educación en el logro de éste desarrollo (Weinberg, Inés, “Convención sobre los Derechos del Niño”, Ed. Rubinzel Culzoni, 2002, p. 397).

En ese sentido, es dable destacar que el aborto terapéutico no es otra cosa que un estado de necesidad (art. 34 inc. 3º, CP), una situación en que se encuentra una persona que, como medio inevitable para salvar bienes jurídicos propios o de terceros, ataca un bien de menor entidad relativa. La comparación entre ambos bienes es siempre un concepto relativo, que cuando no surge del texto de una norma expresa se basa en la medición aconsejada equitativamente por las circunstancias del caso concreto.

**De allí que se considere de vital importancia un pronunciamiento de V.E. que brinde certeza sobre los alcances de la norma y sobre la forma en que deben proceder las agencias públicas para no reiterar conductas que pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado,** en tanto, los compromisos asumidos por nuestro país implican no sólo la obligación de respetar tales derechos (en el sentido de imponer límites a la actuación estatal para no violarlos), sino también el deber de garantía. En virtud de esta última obligación, los Estados tienen que “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, y párr. 166).

Sin embargo, es frecuente que el personal médico se niegue a practicar los abortos no punibles establecidos en el Código Penal y exija una autorización judicial para realizarlos, cuando en realidad son éstos y no los jueces quienes están capacitados para determinar cuándo existe un peligro para la vida o la salud de la madre. Y lo cierto es que, este requisito no está previsto en la ley y su exigencia impide, en muchos casos, el goce efectivo del derecho a la salud y a la autonomía.

**El principio de respeto prohíbe las intervenciones arbitrarias de los Estados en el acceso al aborto justificado, ya que constituyen una vulneración de los derechos de las mujeres.**

res a la salud, a la autonomía, a la dignidad y a la vida, entre otros. El deber de garantía busca que se responda al acceso efectivo a los servicios legales y seguros para la interrupción del embarazo cuando se acreditan los supuestos en los que el aborto no es punible, como una medida para garantizar los derechos de las niñas involucradas en estos casos.

Dicho de otro modo, el principio de respeto impide a los funcionarios judiciales o sanitarios imponer requisitos no legales y trabas burocráticas que dilaten indebidamente el acceso al aborto permitido, y que además muchas veces implican una carga desproporcionada para las mujeres. Y el deber de garantía exige al Estado que implemente las acciones positivas necesarias para asegurar el acceso efectivo a la práctica médica a aquellas mujeres que deseen interrumpir un embarazo en los supuestos en los que la intervención está justificada, en los términos del art. 86 del CP.

No obstante ello, estos compromisos no lograron traducirse en prácticas vigentes, como quedó evidenciado en el caso que nos ocupa, en tanto la falta de implementación de las políticas públicas adecuadas que ayuden a las mujeres a evitar embarazos no deseados (planificación familiar, implementación de protocolos médicos que especifiquen qué debe entenderse por grave daño a la salud que justifique la interrupción del embarazo), conducen a que tengan que recurrir a abortos clandestinos, y hacen que en Argentina las muertes por aborto sean la primera causa de muerte materna (v. Bergallo, Paola “*Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado*”, Doctrina, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 2010, Fascículo N° 7, p. 1139), especialmente en adolescentes.

**La salud de la mujer embarazada no es una cuestión menor.** Según los datos de Unicef del año 2007, relativos a estado mundial de la infancia, se observa que una de cada tres mujeres en América Latina queda embarazada antes de cumplir los veinte años y una de cada 160 mujeres en la región muere como resultado del embarazo (cf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo grave para la salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su impacto en el derecho argentino”, v. <http://www.laleyonline.com.ar>).

En base a lo hasta aquí delineado, en cuanto al caso sujeto bajo análisis y al largo recorrido que tuvo que emprender nuestra defendida para obtener un pronunciamiento judicial que la habilitara a llevar a cabo la práctica legalmente, conviene ahora sí, repasar las distintas interpretaciones del artículo en cuestión, como así también evaluar cuál es el límite del poder punitivo del Estado en casos como el de autos.

#### V.- La normativa cuya interpretación se cuestiona.

##### V.1.- Facultades y obligaciones del Estado en materia penal

El ser humano es causa y fin del Derecho (*Hominum causa omne ius constitutum est*, L. 2, D. De st. Hom., 1,5.). La vida hu-

mana tiene un valor intrínseco, en el sentido de que una decisión como la discutida en autos excluye consideraciones instrumentales -las vidas no pueden ser utilizadas como medio para otras vidas-, cuantitativas -muchas vidas no valen más que una-, y subjetivas -el valor personal asignado por cada uno no cuenta en principio, al igual que el económico o cultural- (cf. Dworkin, Ronald, *"El dominio de la vida"*, ed. Ariel, Barcelona, 1994, cap. III, p. 93 y ss.). Por ese orden de razones, debe concluirse que una despenalización *in totum* del delito de aborto no podría admitirse, ya que lo contrario implicaría permitir que cualquier persona pudiera disponer del fruto de la concepción, incluso en contra de la voluntad de la madre. Ello así, ya sea que se considere a la persona por nacer como una persona actual o un estadio previo que carece de autonomía por formar parte del cuerpo de la madre, dado que una discusión tal parece en principio irrelevante para la resolución del *sub lite*, pues tanto en uno como en otro caso la ley protege, en general, tanto la vida y los intereses del concebido como de la persona ya nacida.

Sin embargo, la ley los protege de manera diferente, tanto en sede civil como en penal. El Derecho Civil declama que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas (art. 63 Cód. Civil), pero priva a las personas por nacer de la mayoría de lo que suelen considerarse atributos fundamentales de las personas, como el nombre, estado y domicilio. Tampoco pueden adquirir todos los derechos, sino sólo algunos, como si hubiesen nacido (art. 70 Cód. Civil). Y no pueden contraer obligaciones, ya que se lo considera *como si* hubiesen nacido solamente para todo lo que sea favorable, lo cual contradice el concepto mismo de persona (todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, art. 30 Cód. Civil). El remate de esta situación ficcional, donde una persona por nacer se considera como si fuese igual que una persona nacida, acarrea otra irrealidad que es pura creación legal, dado que si naciere sin vida o muriese antes de estar completamente separado del seno materno, se considera al feto *como si* nunca hubiese existido (art. 74 Cód. Civil).

La distinción marcada por el nacimiento responde precisamente a ese incontrastable dato de la realidad. Toda utilización de ficciones y especialmente aquellas que siguen la filosofía

del "como si", tal como la establecida expresamente por el legislador civil, además de tener un cierto sustrato real, únicamente resultan admisibles si justifican utilitariamente el deliberado y práctico desvío de la realidad en que incurren (cf. Mari, Enrique, *"La teoría de las ficciones"*, ed. Eudeba, 2002, cap. XII, *"Hans Vaihinger y las ficciones del "como si"*). Esto no implica negar el estatus de persona del *nasciturus*, sino precisamente reconocerlo y a la par destacar que, como es un concepto jurídico inventado por el Derecho, responde a razones esencialmente pragmáticas, entre las cuales se revela como principal la protección de la vida del concebido, pero sin descartar otras, en base a las cuales no se establecen legalmente los mismos derechos que las personas ya nacidas. A juicio de Alfredo Orgaz, el razonamiento que ignore la ficción trazada por el legislador, incurre en el equívoco de asimilar vida humana con persona, que en el sentido técnico asignado por el Derecho significa una cualidad puramente jurídica, que se aplica a todos los sujetos del derecho, sean o no individuos humanos, v.gr. personas jurídicas o de existencia ideal (v. Orgaz, Alfredo, *"Personas Individuales"*, Ed. Depalma, 1946, págs. 34). Obviamente, la ley protege la vida y los intereses del concebido por respeto a la vida humana, que ya existe, pero sin olvidar la diferencia signada por el nacimiento.

Este modo de ver las cosas fue receptado por V.E. en el caso *"Sánchez"*, donde, reconociendo la calidad de persona del concebido a los fines de conceder la indemnización prevista por la ley 24.411, a la abuela del por nacer, admitió el reclamo a tal beneficio indemnizatorio por iure proprio, en virtud del daño que la pérdida del embarazo a término le ocasionaba. Así se sostuvo: "...el art. 30 del Código Civil define como personas a todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones; mientras que el art. 63 señala como especie del género "persona" a las "personas por nacer", definiéndolas como aquellas que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno. 10) Que el propio Orgaz enfoca la cuestión al distinguir el concepto de "hombre" del de "persona", y dice "...Persona es, por tanto, quien tiene la aptitud de poder ser titular de derechos y de deberes. Como se trata de una aptitud 'jurídica', es claro que ella emana del derecho y sólo tiene sentido y validez dentro del derecho. La

personalidad, por consiguiente, no es una cualidad ‘natural’, algo que exista o pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de éste: es una cualidad puramente jurídica, repetimos, algo que el derecho construye para sus fines particulares...” (op. cit. pág. 7). Remarca la distinción entre “persona” e “individuo humano” afirmando que la personalidad es “un procedimiento técnico, un expediente jurídico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro. Ser persona es ser el centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas, actuales o solamente posibles” (op. cit. pág. 12)”. 11) (...) Por lo tanto, tratándose en el caso del fallecimiento de una persona “por nacer”, vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil, y aplicando la máxima latina *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no existe motivo alguno para negar a la señora Sánchez su pretensión.” (C.S.J.N., S. 1091. XLI, “Sánchez, Elvira Berta c/ M° J y DD HH - art. 6 ley 24.411 (RESOL 409/01)”, rta. el 22/5/2007).

La perspectiva sostenida en el precedente citado, en el sentido de considerar que las personas por nacer no significan jurídicamente lo mismo para la ley que las personas ya nacidas, más allá de compartir el sustrato común de vida humana, también fue relevada por V.E. en el caso “*Blanco*”, donde, interpretando los alcances de la ley 24.043, negó que la privación ilegal de la libertad que sufriera su madre, mientras el causante se hallaba en el vientre materno, menoscabara de algún modo su libertad física o ambulatoria. Por ello, pese a ser persona, pero indudablemente derivado del hecho de no haber nacido aún, no podía ser sujeto pasivo del delito de privación de la libertad que su madre había sufrido. Así, se afirmó: “7º) Que resultan completamente diferentes las circunstancias que se presentan en autos, donde el actor Blanco reclama la reparación por haber estado en el seno de su madre cuando aquélla fuera privada de su libertad del 24 de noviembre al 24 de diciembre de 1978. En este sentido, no es posible afirmar que Blanco, en tales condiciones, ha sufrido un menoscabo a su libertad física o ambulatoria, ni tampoco -aun con una lectura más abarcadora- que haya visto limitada de algún modo su esfera de actuación o de libre decisión, por lo que el caso excede el ámbito de aplicación encuadrado bajo las previsiones de la ley 24.043.” (cf. C.S.J.N., B. 718. XLII, “Blanco, Luciano Ramón c/ M° J y DDHH - art. 3 ley 24.043 (resol. 399/03)”, sentencia del 12/8/2008).

Con respecto al Derecho Penal, nuestro código de fondo estructura los delitos contra la vida bajo dos formas principales: el homicidio y el aborto, cuya frontera viene dada por el nacimiento de la persona, a partir de la cual se tornan aplicables las mayores penalidades previstas por el art. 79 y ss. CP. La regulación del delito de aborto se caracteriza por estar basada en los criterios siguientes: a) represión severa para quien comete el aborto sin el consentimiento de la madre (art. 85, inc. 1º, CP) y menos grave para quien lo realiza mediante violencias sin intención (art. 87 CP.); b) represión relativamente severa para quien practica el aborto con el consentimiento de la mujer (art. 85,

inc. 2, CP); c) represión atenuada de la mujer que se práctica ella misma el aborto o consiente que se lo practique un tercero (art. 88 CP.); d) impunidad de los llamados aborto terapéutico, eugenésico, y sentimental -cuya discusión aquí se plantea- (art. 86 CP), como así también de la tentativa de aborto causada por la propia mujer (art. 88 *in fine*, CP).

De la manera como el legislador argentino reguló los comportamientos incriminados y de acuerdo a la graduación de las sanciones previstas para cada uno de los casos, se puede considerar que el presupuesto tomado en consideración es, en primer lugar, la protección del bien jurídico vida humana desde su etapa embrionaria. A la vez, nuestro Código Penal estima, bajo ciertas circunstancias, como diferentes la persona por nacer y la persona ya nacida, lo que se deduce además de las constataciones que se enuncian a continuación:

a. Distinción clara entre aborto y homicidio.

b. No sanción del hecho de causar por negligencia la destrucción del embrión, a diferencia de la represión del homicidio culposo (art. 84 CP).

c. Preferencia reconocida a la vida y a la salud de la madre frente a la vida embrionaria, en caso de peligro grave y siempre que la mujer consienta (aborto terapéutico, eugenésico y sentimental, que aquí se discute).

d. No sanción de las lesiones causadas, dolosa o culposamente, al feto. Tales hechos que son reprimidos como lesiones (daños a la integridad corporal o a la salud física o mental) cuando se trata de un ser humano ya nacido (arts. 89, 90 y 91 CP).

e. No sanción de la tentativa de aborto protagonizada por la propia mujer.

f. La severidad de las penas previstas en caso de homicidio, en relación con las estatuidas para el aborto, muestra claramente que el primero es considerado como un acto significativamente más grave que el aborto.

Esa forma de legislar con relación al aborto es común a todos los crímenes, y en especial con respecto a los delitos contra las personas ya nacidas, donde algunas muertes no son tenidas en cuenta para aplicar una sanción por el derecho penal porque no son típicas, otras porque se encuentran justificadas, unas porque la conducta no es culpable, y otras por razones de política criminal, (art. 34 CP). En las que caen bajo su dominio, algunas prevén una

pena determinada para el autor (Art. 79 CP.), otras establecen penas menos graves (art. 81, 82, 83, y 84 CP.), o en otros casos, sanciones mucho más graves (art. 80 CP). La renuncia a la criminalización del aborto en determinados casos (art. 86 CP) no implica renuncia a la protección del derecho a la vida, porque el Derecho Penal es solamente uno de los aspectos que otorgan relevancia a ese valor vida. De hecho, ello puede observarse en los ataques a la vida de la persona ya nacida, cuya destrucción se halla sancionada por el delito de homicidio, pero el Estado puede no aplicar pena, pese a la muerte de una persona, cuando no concurre una acción típica, antijurídica y culpable.

Ello deja al descubierto también que, aún para el derecho penal, la muerte de una persona causada por otro no siempre será seguida de una pena (v. Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Ed. Tea, 1978, T. I, p. 302). Y también marca que la protección de un derecho no siempre implica la aplicación del derecho penal. Por ejemplo, medidas de seguridad social son constitucionalmente exigibles para el *nasciturus* y nada tiene que ver el Derecho Penal con ello (art. 75, inc. 23, C.N.). Para una absoluta postura contraria, estarian derogadas la legítima defensa (en más de un caso se han visto implicadas mujeres embarazadas como sujetos activos en homicidios, robos con armas y secuestros extorsivos), el estado de necesidad, el cumplimiento de la ley, el error de tipo, el caso fortuito, el estado de necesidad exculpante, la inimputabilidad y la inculpabilidad en general. Es decir, de un plumazo se borraría toda la construcción que a través de siglos se realizó en orden a la aplicación de una pena con sólidas bases constitucionales. A su vez, también implicaría exigir la criminalización y la aplicación de penas como consecuencia de todas las violaciones a todos los derechos, trasformando así al Derecho Penal en una rama omnicomprensiva de todas las ramas jurídicas, olvidando que en realidad es la *ultima ratio*, debido a su carácter esencialmente subsidiario y fragmentario.

En esa inteligencia, conviene señalar que aún cuando en nuestro medio no esté suficientemente resuelto el problema de si —y en su caso, con qué requisitos— el legislador puede estar obligado a penar una conducta lesiva de bienes jurídicos, lo que es seguro es que no existe un mandato constitucional de punición

absoluta en todos los casos. La circunstancia de que nuestra legislación otorgue protección a la vida humana desde el momento de la concepción no resulta suficiente para justificar la penalización total sin excepciones, en especial si se considera que dicha tutela, de igual modo que la protección de otros bienes jurídicos, puede asumir formas diferentes a la adopción de políticas públicas represivas.

A la hora de abordar esta cuestión no debe incurrirse en una interpretación panpenalista (Cf. Ferrajoli, Luigi, *"Derecho y razón"*, Editorial Trotta, 1995, pág. 702), entendiendo erróneamente que lo que no está previsto por una ley penal sencillamente no está protegido por el ordenamiento jurídico. En efecto, aunque el reconocimiento de la existencia de un bien jurídico crea para el Estado la obligación de protegerlo, ello no significa que dicha obligación deba traducirse necesariamente en la sanción de normas penales (Gullco, Hernán *“¿Es constitucional el art. 86 inc. 2º del Código Penal?”* en Doctrina Penal, N° 11, Año 1988, págs. 499 y 500).

Por su parte, Roxin señala con certeza que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El derecho penal sólo es la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema, como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, y las sanciones no penales. Por ello, se denomina a la pena como ultima ratio de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos (Cf. Roxin, Claus, *“Derecho Penal. Parte General”*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997). A su vez, la categoría de bien jurídico, como límite al ejercicio penal, requiere de la lesión a un bien para justificar su prohibición y punición como delito, lo que se erige como condición necesaria, pero nunca suficiente para ello (Cf. Ferrajoli, ob. cit., pág. 471).

Como se verá en el siguiente apartado, el art. 86 del CP, enumera supuestos que justifican la práctica del aborto por entender que ante la imposibilidad de compatibilizar los intereses en pugna, se debe necesariamente sacrificar alguno de los bienes jurídicos en juego. La interrupción del embarazo en estos supuestos está íntimamente relacionada con el ejercicio del derecho a la integridad —tanto física como mental—. Así lo ha entendido Zaffaroni: *“La justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico”* (Zaffaroni, ob. cit., p. 503).

#### **V.2.- Constitucionalidad del artículo 86 CP**

##### *V.2.a)- La norma*

En su redacción actual, el artículo 86, segundo párrafo, del Código Penal argentino establece que: *“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado*

*por otros medios; 2º si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”*

La fuente del precepto bajo análisis fue el Anteproyecto de Código Suizo de 1916, en su versión en francés del original en alemán. El resultado de este peculiar recorrido dio lugar a un texto cuyos alcances aún se discuten. El anteproyecto suizo, en su original en alemán, distinguía claramente tres situaciones en las que el aborto estaba permitido: por un lado, en el supuesto de violación (*Notzucht*), es decir el acceso carnal logrado mediante fuerza o intimidación, que se traduce literalmente como “cría en emergencia”, pero significativa de reproducción forzada; y la profanación o estupro (*Schändung*), que proviene del verbo desdorar, mancillar (*Schänden*), que se debe interpretar como el ataque sexual contra alguien incapaz de consentimiento válido (además de las mujeres con alteraciones mentales -llamadas entonces “idiotas”- se incluían en este caso a las que estuvieran inconscientes y a las que por cualquier otra razón no pudieran consentir el acto, Cf. Niño, Luis, “*Acerca del régimen legal para la interrupción voluntaria del embarazo*”, Libro homenaje a Nelly Minyersky, en prensa. y voto de la Dra. Kogan, S.C.J. Buenos Aires, R., L. M., rta. 31/07/2006, consid. 15). El tercer supuesto previsto en el antecedente, que es mencionado expresamente en las consideraciones de la comisión legislativa, aunque no aclarado expresamente en la legislación nacional, era cuando el embarazo provenía de un incesto. El problema que presenta la norma, entonces, responde al hecho de que al realizarse la traducción no se reparó en la circunstancia de que el derecho alemán emplea nombres técnicos distintos para la violación por la fuerza y para la violación de mujer insana o incapaz de consentir, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 119, CP, que designaba, en su anterior redacción, con la palabra “violación” todos esos supuestos (Cf. Soler, ob. cit., T 3, p. 114).

Pues bien, la expresión “*Schändung*” del alemán, fue traducida al francés como “*attentat à la pudeur d'une femme idiote, alinée, inconsciente ou incapable de résistance*”. La traducción literal de la versión francesa al español arrojó como resultado la incorporación a nues-

tro Código Penal de una expresión equívoca y extraña a nuestra terminología, como es “atentado al pudor”, concepto que no figura en otra parte del Código Penal (Cf. Soler, ob. cit., p. 114; Donna, Edgardo Alberto, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, T. I, Rubinzel-Culzoni Editores, 2003, p. 195).

Por su parte, la discusión parlamentaria de la norma giró preponderantemente en torno al fin eugenésico. En este sentido se expresó en 1922 la Comisión de Códigos del Senado, que fue la que propuso la incorporación de este artículo, al celebrar en su informe que ésta fuera, “...la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado” (v. Moreno (h), Rodolfo, “*El Código Penal y sus antecedentes*”, Buenos Aires, H.A. Tomassi, 1922/1923, Tomo III, p. 420).

Como veremos, el resultado de la adaptación al castellano del texto en francés ha traído como consecuencia distintas disquisiciones del inciso 2º. Conforme a la interpretación restrictiva, este inciso autorizaría la interrupción del embarazo sólo ante el supuesto de violación de una mujer insana, mientras que la interpretación amplia incluye en el permiso otros casos en los que el embarazo fue impuesto a la mujer por conductas ilícitas. La mayor extensión de la norma es sostenida por la doctrina mayoritaria (Zaffaroni, ob. y lugar citados, Donna, ob. y lugar citados; Soler, Sebastián, ob. cit., p. 107 y ss; Fontán Balestra, Carlos, “*Tratado de Derecho Penal*”, ed. Abeledo Perrot, 1983; T. IV, p. 255; Terán Lomas; Roberto A.M., “*El aborto de la mujer víctima de violación*”, en J.A. t. 29, 1975, p. 453; Jiménez de Asúa, Luis, “*El aborto y su impunidad*”, La Ley t. 26, p. 977; Molinario, Alfredo J., “*Los delitos*”, ed. Tea, 1996, p. 217; Gómez, Eusebio, “*Tratado de Derecho Penal*”, Compañía argentina de editores, 1939, T.II, p. 144; y Ramos; Juan P. “*Curso de Derecho Penal. Segunda Parte*”, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1957, t. V, p. 73/74).

Sin embargo, antes de analizar cuáles son los postulados de las distintas corrientes y las consecuencias de sostener una u otra interpretación, resulta de interés analizar el contexto histórico en el que la norma fue incluida en nuestro orden jurídico. Se considera que esta perspectiva permitirá explicar el surgimiento de

las exégesis restrictivas, a la vez que echará luz sobre su insostenibilidad actual.

V.2.b).- *Contexto histórico*

Si bien hoy es fácilmente reconocible que, además de la vida intrauterina, existen otros bienes jurídicos cuyo resguardo se persigue en la regulación penal del aborto, que son los derechos en cabeza de la mujer embarazada como su vida, su salud, su integridad psicofísica, su dignidad o su autonomía; es ciertamente destacable que tal reconocimiento no acontecía en los albores de la regulación.

La realidad de las mujeres al momento de sancionarse el artículo 86, CP era completamente diferente a lo que es en estos tiempos. Las mujeres eran prácticamente desconocidas como sujetos de derechos, ya que no se les reconocía la titularidad de derechos civiles ni políticos. En cuanto a los derechos políticos, sabido es que el sufragio femenino no se obtuvo hasta 1947, y ninguna mujer ocupó una banca en el Congreso Nacional hasta 1951; lo que significa que las mujeres no formaron parte de las discusiones parlamentarias que precedieron la regulación de los derechos en general, y en especial, de delitos tales como los sexuales o el aborto. En cuanto a la legislación civil, mención especial merece la regulación destinada a las mujeres casadas. De acuerdo al Código Civil de 1869, al contraer matrimonio las mujeres quedaban bajo una especie de tutela del marido: la ley civil declaraba de modo expreso la incapacidad relativa de la mujer casada (art. 57, inciso 4, CC, en su redacción original) y las colocaba bajo la representación necesaria del marido (art. 57, inciso 4, CC, en su redacción original). Al contraer matrimonio, las mujeres no podían ser sujetos de contratos sin la licencia del esposo, de modo tal que cabía a éste decidir sobre los trabajos y las profesiones de la esposa, ni podían administrar sus propios bienes. Tampoco podían estar en juicio sin licencia especial del marido (Cf. Barrancos, Dora, “Inferioridad jurídica y encierro doméstico”, en Historia de las mujeres en la Argentina, T. I., Colonia y S. XIX, Fernanda Gil Lozano, Valeria Silvina Pita y María Gabriela Ini, dir., Editorial Taurus, Buenos Aires, 2000, p. 112 y ss.). Sobre esa situación jurídica de incapaz de la mujer coincide toda la doctrina civilista (v. por todos, Llambías, Jorge Joaquín, “*Tratado de Derecho Civil Parte General*”, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1978, Tomo I, p. 572, nota 180). Ciertamente, el lugar de inferioridad jurídica que se deparaba a las mujeres hasta mediados del siglo XX influyó para que el espíritu orientador en la protección contra los abusos sexuales, lejos haya estado de afirmarse en la libertad de elección y en la integridad sexual.

En efecto, en ese marco histórico y social, la ley penal reguló los ataques sexuales en el Título II, CP, bajo el título “*Delitos contra la honestidad*”. En lugar de buscar proteger la libertad e integridad sexual de las mujeres, la regulación de los ataques sexuales buscaba resguardar el honor y nombre de quienes eran sus “dueños”, responsables o tutores: sus maridos, padres, hermanos, etc. (Cf. Rodríguez, Marcela, “*Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las*

*personas*", en Las trampas del poder punitivo, Birgin, Haydée comp., Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 151). Y no podía ser de otra forma; el acento de lo ilícito no podía colocarse en la lesión a la libertad de la mujer, pues precisamente su virtud y su reputación descansaban en la limitación de su sexualidad a los confines del matrimonio. La apelación a la honestidad consolidaba el imaginario reductor de la mujer por razón de las naturales funciones sexuales y de procreación de la esposa, y la idea de su fragilidad por razón del peligro de que le fuera arrebatada la honra, con el consiguiente ultraje al marido o a la familia que la tutela hasta tanto se despose (Cf. Asúa Batarrita, Adela, "El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales", en Género, violencia y derecho, Lorenzo, Patricia; Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana Coord., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 106 y ss.). Existía, por tanto, una "cosificación" de la honestidad de la mujer: ésta era valiosa y debía protegerse jurídicamente, en la medida en la que de esta forma se aseguraba el interés que determinados varones tenían sobre esa mujer.

Entonces, como la libertad sexual, integridad sexual y dignidad de las mujeres no eran bienes jurídicos tutelados por el Código Penal, es entendible que este argumento haya estado ausente en la discusión parlamentaria sobre los casos de aborto justificados. Estas circunstancias también son útiles para explicar las interpretaciones restrictivas que surgieron alrededor del artículo 86, inciso 2º, CP, conforme a las cuales la norma excluiría de sus alcances a las mujeres que resulten embarazadas luego de una violación, pero que tengan pleno uso de sus facultades mentales. Aquella falta de reconocimiento de los derechos femeninos, sumado a una confusa traducción de la versión originaria de la norma, ha favorecido la elucubración y persistencia de una exégesis que desconoce derechos elementales. Por tanto, tal interpretación, a más de incorrecta, se revela inconstitucional.

La ley nº 25.087, de Delitos contra la Integridad Sexual, modificó en 1999 el Código Penal en lo relativo a los delitos sexuales y reconceptualizó el bien jurídico tutelado por tales normas. El Título III del Código pasó a llamarse "Delitos contra la integridad sexual de las personas". El cambio propuesto apunta a incriminar actos que atentan contra la integridad física, psíquica y moral de las mujeres y los hombres, que significan una agresión sexual contra la autodeterminación como seres humanos, personas libres para decidir sobre su sexualidad y sobre su propio cuerpo. En este sentido, la nueva ley concibe las agresiones sexuales como una injuria a la integridad de la víctima y no a su pureza o castidad, o al honor de algún varón. Poniendo énfasis en que el bien jurídico que se busca custodiar es la integridad y dignidad de las personas, independiente de cualquier otra consideración, además de modificar el título, se elimina toda referencia a la honestidad y al estado civil de las víctimas (Cf. Rodríguez, ob cit., p. 151/153).

Una interpretación sistemática de nuestro orden jurídico exige que la exégesis del artículo 86, CP, tenga en cuenta la tutela que brinda la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y la legislación dictada en consecuencia, entre la que se encuentra el Código Penal, a los derechos de las mujeres que se encuentran vulnerados cuando resultan embarazadas como consecuencia de una violación sexual.

Las posturas que restringen el alcance del artículo 86, inciso 2º, CP, desconocen esta protección y constituyen, por tanto, rémoras de épocas en las que se desconocía a las mujeres como sujetos de derecho.

Cabe resaltar que la regulación tradicional de los delitos sexuales como "delitos contra la honestidad" se ha extendido hasta hace poco más de 10 años. Por ello, no puede asombrarnos que las pautas de interpretación largamente asentadas en aquella regulación desplieguen todavía su influencia en numerosos aspectos, tal como sucede en el caso de la interpretación del artículo 86 CP.

#### *V. 2.c.)- Inconstitucionalidad de la exégesis restrictiva*

De acuerdo al principio de legalidad, no hay delito sin ley penal previa, escrita y formal, emitida por los órganos políticos autorizados por la Constitución Nacional. Conforme a este principio, el ejercicio del poder punitivo del estado es admitido si, y sólo si ha sido previsto por el poder encargado de tal determinación, impidiendo la aplicación de penas por conductas que escapan a la letra de la ley. De este principio se deriva uno más específico, conocido como "Principio de interpretación estricta". La idea

básica que subyace a este principio es la siguiente: los jueces deben abstenerse de condenar en aquellos casos en los que sea dudoso que la ley penal autorice la condenación.

Como consecuencia ineludible de la imprecisión propia del lenguaje, resultan dudas interpretativas que no se pueden sortear. Por ello, se espera del legislador la mayor precisión semántica, mientras que incumbe a los jueces —al tiempo de interpretar la ley— la máxima taxatividad legal. Ante las oscuridades de la norma, entra en juego el principio de interpretación estricta: los jueces pueden ir por la solución más extrema y declarar la inconstitucionalidad de la ley, o avocarse a la máxima taxatividad en la interpretación y otorgar al texto el sentido más restrictivo de poder punitivo (Zaffaroni, Raúl, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 98/120). En consecuencia, como se señaló, si el lenguaje de los textos legales en juego es tal que es dudoso si un caso individual es punible o no lo es, los jueces deben sencillamente abstenerse de condenar.

La misma lógica que prohíbe extender las condiciones objetivas de punibilidad, prohíbe restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad. Sobre este aspecto, Roxin advierte, que está prohibido restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad más allá de los límites de su tenor literal, o extender, haciendo lo propio, las condiciones objetivas de punibilidad [...] pues de ese modo simultáneamente se está ampliando, más allá del actual tenor literal de la ley, la punibilidad de quien se ampara en la concurrencia o, respectivamente, no concurrencia de sus circunstancias (v. Roxin, Claus, ob. cit., págs.150-151).

En efecto, limitar la interpretación de la excepción significa tanto como ampliar el delito genérico, lo que equivale a no respetar el principio de legalidad: si se considerara que el aborto practicado para resguardar la salud de la mujer embarazada no estaba justificado, significaría que la mujer que prestó consentimiento para salvar su vida también cometió el delito de aborto. Lo mismo cabe afirmar sobre la interrupción de un embarazo sobre una mujer sana que fue violada; la interpretación restringida de la norma conlleva una indebida ampliación del tipo penal.

**En conclusión, la exégesis restrictiva del artículo 86 no tiene cabida en nuestro marco constitucional.**

Al respecto es dable recordar que V.E tiene dicho que: “*las leyes no deben ser interpretadas solamente en razón de sus circunstancias históricas sin consideración de las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley -y en especial la Constitución- tiene, por naturaleza, una visión de futuro y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción.*” (Fallos 330:4988) pues, “la hermenéutica de las normas constitucionales y legales no puede ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado, y sin tener en cuenta el contexto social en que tal resultado fue previsto originalmente y habrá de ser aplicado al tiempo de la emisión del fallo judicial” (Fallos: 331:1262).

### V.3.- Análisis actual

**En este acápite se presentarán otras razones que llevan al convencimiento de que las tesis restrictivas sobre los alcances del artículo 86, CP deben desecharse.** Para ello, se analizarán a continuación los argumentos que suelen presentarse para justificar la posición estrecha y se las contrapondrá con las razones esgrimidas a favor de la exégesis amplia. **Si bien el planteo del recurrente hace alusión a los alcances del inciso 2º, artículo 86 CP, de la lectura de la sentencia apelada surge que en el caso estaba acreditada la afectación a su salud psíquica y que ello acarreaba riesgo a su vida. Por tales motivos, corresponde abocarse a examinar los alcances de ambos incisos de la norma en cuestión.**

#### V.3.a).- Artículo 86, inciso 1º CP

Como se mencionó, las interpretaciones restrictivas alrededor del inciso 1º giran en torno a desconocer el permiso en caso de peligro para la salud, restringir el concepto de “salud”, a salud física, o exigir la acreditación de gravedad del riesgo.

El artículo 86, CP, en su 1º inciso autoriza la interrupción del embarazo cuando corre peligro la vida o la salud de la mujer. Claramente se observa que el llamado “aborto terapéutico” se habilita ya sea que corra peligro la vida de la mujer, o que corra peligro su salud, descartando la claridad de la norma toda reducción al sólo peligro para la vida de la mujer.

Con respecto al alcance que se le debe dar a los permisos allí contenidos, el principio de legalidad al que ya se hizo referencia descarta por completo aquellas interpretaciones que excluyen los supuestos previstos de modo expreso por la ley. Así, el principio mentado rechaza cualquier exégesis que excluya de los casos justificados los supuestos de afectación para la salud de la mujer embarazada, o que exija certeza del resultado lesivo para su vida o su salud.

En relación con el significado que se debe otorgar al concepto de salud, Edgardo Donna explica que “*no se trata del puro funcionamiento orgánico, físico, sino que está incluido el daño psíquico. Sería absurdo negar la necesidad frente a enfermedades mentales, graves depresiones, tendencias suicidas de la madre, etc.*” (Donna, Edgardo, “La necesidad como base del aborto justificado. Comentarios a un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires”, Re-

vista de Derecho de Familia, LexisNexis, 2006-I, p. 160). A favor de este entendimiento se pronunció calificada doctrina y jurisprudencia (Cf. Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punitivos, Ministerio de Salud, 2007, cit.; Declaración de juristas sobre la Guía para la atención integral de los abortos no punibles, cit.; Observatorio Argentino de Bioética, “*Aborto por motivos terapéuticos...*”, ob. cit.; Declaración de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, ob. cit.; Zaffaroni, Eugenio, Manual de Derecho Penal, ob. cit.; entre otros).

Por tanto, es preciso acatar un entendimiento integral de “salud”, como: “*un completo estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente como la ausencia de enfermedades o afecciones*”, de acuerdo a la definición adoptada por la Organización Mundial de la Salud.

#### V.3.b).- Artículo 86, inciso 2º CP

De admitirse que el permiso legal contenido en el inciso 2º del artículo 86, CP únicamente autoriza la interrupción del embarazo de una mujer violada que además es insana, se generaría un efecto de discriminación respecto a otras mujeres violadas que no tienen afectadas sus facultades mentales. Mientras que en el caso de las primeras se considera su derecho a la dignidad y a no ser tratadas como un mero receptáculo u objeto de reproducción, se desconocería igual derecho de las segundas. La interpretación restrictiva, de este modo, vulnera también el derecho a la igualdad y al principio de no discriminación. En este sentido, se ha dicho que “[n]i la historia del texto legal ni los principios constitucionales en juego permiten concluir que nuestro sistema institucional autoriza el aborto de la mujer violada que sufre de una discapacidad mental mientras se lo niega a la que carece de tal, imponiéndole una maternidad forzada por la violencia” (Ramos, Silvina; Bergallo, Paola; Romero, Mariana y Arias Feijoó, Jimena, “*El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina*”, en Informe Anual del CELS 2009: Derechos Humanos en Argentina, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009, p. 469. En sentido similar, Faerman, Romina, “Algunos debates constitucionales sobre el aborto”, en Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, T II, Coord. Gargarella, Roberto, Abeledo Perrot, 2008, p. 677/678).

Tampoco podría admitirse que ese alcance restringido está dado por la situación de ma-

yor afectación que representa que la víctima insana no pueda comprender y procesar lo que le sucede, porque de ser ese el fundamento, cabe preguntarse: ¿por qué no se reconocería tal permiso a las niñas que han sido víctimas de una violación? Pues, si se limitara la cuestión a la afectación a su salud psíquica o física, la norma sería también redundante, pues esos supuestos quedan alcanzados por el inciso 1º. El inciso 2º no exige acreditación de la afectación de la salud (aunque es previsible que esa afectación esté presente ante un embarazo que sea resultado de una violación). Los extremos a acreditar son distintos, y sólo le cabe a la mujer en cuestión decidir si prefiere someterse a un examen destinado a indagar en algo tan íntimo como su salud psíquica, o si opta por acreditar seriamente que fue víctima de una violación.

Además, la tesis restrictiva también invoca argumentos gramaticales para apoyar su interpretación. En ese sentido sostienen que, si se hubiera querido incorporar dos supuestos diferenciados, se tendría que haber incluido una “coma” antes de la “o”, para separar los términos “violación o atentado al pudor”, y se invoca en apoyo de esa postura la coma que sí estaba incluida en la fuente de la norma.

No obstante, al remitirse al anteproyecto suizo se comprueba que la inclusión de la “coma” era al sólo efecto de separar dos de los tres supuestos enunciados. Nuestro Código omitió el último supuesto por lo que la “coma” se torna innecesaria, sin que signifique que todo se reduce a un sólo supuesto. Así lo ha destacado Jiménez de Asúa, al sostener que *“aun cuando no supone una incorrección ortográfica poner coma antes de las conjunciones (pues en algún caso excepcional puede resultar necesario) lo cierto es que de ordinario ellas no van antecedidas de ese signo”* (Cf. Jiménez de Asúa, ob. cit., p. 977). En general, la coma no se emplea cuando los elementos conjuntivos de una categoría gramatical semejante están ligados por las conjunciones “y”, “e”, “ni”, “o”, “u” (Cf. Cipriano, Néstor Aníbal, *“El uso de la coma”*, ed. Depalma, 1999, p. 59).

También en base a aspectos gramaticales, se despliega otra divergencia en cuanto al requerimiento del consentimiento del representante legal ‘en este caso’. Según los partidarios de la tesis restringida, cuando el Código señala que “en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido”, pondría en evidencia que se trata de un único supuesto, dado que no cabe exigir el consentimiento del representante si la mujer es capaz.

No puede olvidarse que para la época de redacción de la norma bajo análisis, según el Código Civil, la mujer era considerada “incapaz” (v. por todos, LLambías, Jorge Joaquín, ob. cit., T. I, p. 570/573) y su marido era el representante legal, obviamente necesario para avalar la decisión de la mujer en las pretéritas épocas de sanción de la norma, donde sus elecciones no eran consideradas válidas, en general, por el derecho. Por ende, la referencia al consentimiento del representante no aporta argumentos sólidos para avalar la tesis restrictiva, porque tanto en uno como en otro caso, (sea por razones de sexo o por

enfermedad) se requería la venia del representante legal. Esto demuestra lo anacrónico de la norma y la necesidad de una reinterpretación a la luz de la Constitución Nacional.

En nuestra opinión, no obstante abarcar varias hipótesis, consideramos que la *ratio legis* bajo la cual puede reconducirse la norma es unitaria, pero en un nuevo sentido. Lo que tienen en común los dos supuestos abarcados por el inciso 2º del art. 86, conocidos como sentimental y eugenésico, es que las mujeres fueron víctimas de violación. Esta circunstancia, además de guardar una real conexión racional con el delito interpretado (aborto), pues vincula el estado de gravidez con el acto criminal que lo generó, demuestra a la vez que la procreación no fue el resultado de la libre elección y decisión de la mujer, sino que le fue impuesta por un acto delictivo, afectando gravemente no solamente su integridad sexual, sino también el derecho a su autonomía procreativa. Pensamos que la exégesis restrictiva ha otorgado una desmesurada relevancia a una pretensa finalidad eugenésica, que es discutible ya que no surge expresamente del texto legal. La voluntad del legislador no siempre es la voluntad objetivamente reflejada en la ley, ya que de lo contrario la tarea del juez se limitaría a la de mero historiador del derecho. En particular, una aclaración tal cobra importancia a poco de considerar el diferente *status* que la ley otorgaba a la mujer de aquellos tiempos, bien disímil al vigente en el presente, de acuerdo a la reseña antes efectuada, de la cual se desprende una ostensible preterición de la autonomía sexual y reproductiva de la mujer, derechos fundamentales que hoy no pueden soslayarse. Por ende, debe estarse a las palabras de la ley (atentado al pudor de una mujer idiota o demente), que inequívocamente reflejan un sujeto pasivo cuyo discernimiento se halla afectado por salud mental. El llamado aborto "eugenésico" en realidad no sería tal, sino un aborto no punible por falta de consentimiento de la víctima al provenir el embarazo de un abuso sexual, especialmente destacado por la incapacidad relativa emergente de su estado de salud, situación que torna exigible además el consentimiento del representante legal. Si esta premisa es correcta, no existe inconveniente alguno para extender también la falta de punibilidad a todas las mujeres cuyo embarazo fue producido por la misma clase de acto criminal (violación),

pues el texto legal y las razones antes expuestas permiten su inclusión. Se correlacionan así el delito sexual que le dio origen con el delito cuya punibilidad se discute, cobrando además vocación aplicativa los demás argumentos aportados por la postura amplia. A ello se añaden las muy especiales circunstancias derivadas de la violación, que en hechos como los analizados en la especie afectan tanto la integridad física como psíquica del sujeto pasivo, máxime si se trata de una niña y el abuso sexual fue cometido por un adulto que cumplía el rol de padre. En palabras de Dworkin, la violación no es simplemente la ausencia de consentimiento y deseo de la víctima, pues además de ser exactamente lo opuesto a ello, reduce a la mujer a un mero objeto físico, a ser una criatura cuya importancia se agota en su uso genital, alguien cuyo amor propio y sentido de sí misma no tiene significación alguna excepto como vehículo de degradación sádica, en condiciones especialmente horribles por la posibilidad de que se conciba un ser humano con resultado de ese crimen (ob. cit., pág. 126/130). En esa inteligencia, la denominación y contenido del llamado aborto "sentimental" para la interrupción del embarazo no punible por haber sido resultado de una violación, resulta demasiado estrecha y poco respetuosa de los derechos constitucionales involucrados, y se revela además como peyorativa, puesto que en realidad no reconoce en toda su magnitud que el embarazo proviene de un crimen que atentó contra la integridad sexual de la mujer y contra su autonomía procreativa. Ello aparece evidente si se recuerda que, en una muestra de discriminación inaceptable en el presente, se llegó a negar causas sentimentales en el aborto de la joven violada por su novio, la campesina forzada por el jornalero, o la sirvienta por su patrono, aunque se lo aceptaba para las mujeres de "selecta sensibilidad" (Jiménez de Asúa, ob. cit. p. 1000). En síntesis, una postura adversa implicaría excluir, sin razones constitucionalmente válidas y por el contrario con efectos netamente discriminatorios, al resto de las mujeres afectadas por la misma clase de delitos.

**En virtud de todo lo expuesto, no caben dudas de que la interpretación correcta del precepto legal en cuestión, armónica y sistemática con el ordenamiento jurídico en su conjunto, es la interpretación amplia de los supuestos de aborto no punible. Esta exége-**

sis, además de ser la que mejor se condice con los estándares constitucionales e internacionales, encuentra sustento en la letra de la norma.

#### VI. Convencionalidad del art. 86 CP

A continuación profundizaremos el análisis de constitucionalidad en función de los pactos internacionales que, a partir de la reforma constitucional de 1994, integran nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional por mandato del art. 75 inc. 22. Entre los diversos tratados internacionales se encuentran: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH o Convención Americana); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCyP); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN).

El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional especifica que estas convenciones se incorporan al plexo normativo con jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”. Esto significa que los instrumentos internacionales deben ser aplicados respetando la interpretación que de ellos se hace en el derecho internacional o regional en el que están insertos. Así lo entendió VE, en el caso “*Giroldi*”, en el que sostuvo que la frase “las condiciones de su vigencia” significa “*tal como la [Convención Americana sobre Derechos Humanos] efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación*” (Fallos, 318:514, cons. 11). Vale decir que las decisiones y observaciones de los comités encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados sirven como pautas interpretativas.

Así, V.E. otorgó a la jurisprudencia emanada de los respectivos órganos de aplicación de los tratados un valor destacado. En esta línea, varios precedentes de este Máximo Tribunal han establecido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana o Corte IDH) es vinculante para el Estado cuando interpreta la Convención Americana (Cf. Fallos, 315:1492; Fallos, 318:514; Fallos, 319:3148; Fallos, 321:3555; Fallos, 328:341; Fallos, 327:5668; Fallos, 328:2056).

La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Fallos, 328:2056, voto del Dr. Maqueda, cons. 64).

Ya con anterioridad, en referencia a la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso *Bulacio* (Cf. Corte IDH. Caso *Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100) V.E. había reconocido que las decisiones del Tribunal Interamericano eran de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino, por lo cual la Corte Suprema también debía subordinar el contenido de sus decisiones a lo pautado por el Tribunal internacional a fin de no comprometer la responsabilidad del Estado (Fallos: 327:5668, cons. 6).

Del análisis que se hará a continuación se desprende que la interpretación propiciada del artículo 86, CP no sólo no colisiona con los derechos reconocidos por los tratados internacionales, sino que resulta imperiosa a la luz de las obligaciones internacionales emanadas del *corpus iuris* internacional, incluyendo las decisiones y recomendaciones de los órganos de protección que lo integran.

Como se desarrollará a continuación, para el derecho internacional de los derechos humanos la despenalización del aborto en ciertas condiciones es compatible con las normas de tratados internacionales que consagran el derecho a la vida. Aún más, según los órganos del sistema internacional de derechos humanos, la penalización del aborto en ciertos supuestos, como cuando el embarazo es resultado de un ataque sexual, vulnera numerosos derechos de las mujeres reconocidos en los instrumentos internacionales.

En efecto, el derecho de las mujeres a acceder al aborto en los casos permitidos por la ley se vincula con el respeto y ejercicio de los derechos a la igualdad, a la vida, a la salud, a la autodeterminación, a la privacidad, a la dignidad y a la no discriminación. Todos estos derechos, en cuyo análisis nos centraremos, están reconocidos y garantizados por la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos incorporados a su texto con jerarquía constitucional, y las leyes vigentes.

#### **VI.1.- Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos**

En el caso de marras, el apelante alega que la interpretación que hace la sentencia recurrida para declarar la aplicabilidad al caso del art. 86 inc. 2º, CP y autorizar en consecuencia la práctica del aborto es “*claramente opuesta al derecho a la vida de toda persona*”, conforme a los tratados internacionales de derechos humanos.

En el marco del sistema interamericano, la Convención Americana reconoce el derecho a la vida a través del artículo 4.1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Sin embargo, la cuestión traída por el recurrente, acerca de la incompatibilidad de los abortos justificados con las normas que protegen el derecho a la vida, ya fue resuelta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el famoso caso *Baby Boy* (CIDH. Caso *Baby Boy*. Resolución 23/81. 6 de marzo de 1981). En esa ocasión, la Comisión IDH se pronunció en contra de la interpretación absoluta que se hace del derecho a la vida desde la concepción, y manifestó que dicha protección rige “en general”, precisamente para permitir la coexistencia de regulaciones locales que admitían la despenalización del aborto en los siguientes casos: a) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; b) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; c) para proteger el honor de una mujer honrada; d) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, e) por angustia económica. Al mencionar los países en los que la legislación incluía alguno de esos permisos se mencionó expresamente a Argentina. Cabe aclarar que la Comisión interpretó no sólo la Declaración Americana (pues el estado denunciado, Estados Unidos, no forma parte de la Convención Americana), sino también la Convención Americana, ya que los denunciantes invocaron este tratado para aclarar los alcances de su interpretación. Por tanto, mal puede invocarse esta norma para sostener la posición restrictiva, pues el órgano competente ya ha esclarecido la cuestión al admitir la compatibilidad de legislaciones que justifican el aborto en caso de violación, y éas son las condiciones de su vigencia.

Como ya se adelantó, lejos de proscribir el permiso para la práctica del aborto en casos como el presente, ésta es la solución que mejor se compadece con otros derechos reconocidos en el sistema interamericano de derechos humanos que quedan comprometidos frente a un embarazo que conlleve un riesgo para la salud o la vida de la mujer encinta, o ante un embarazo forzado, como ocurre cuando es resultado

de una violación. Estos derechos son: el derecho a la vida (art. 1, DADDH; art. 4.1, CADH, art. 3.a Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –en adelante, Convención de Belém do Pará–), a la salud (art. 11, DADDH; y art. 10 Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”), a la libertad y seguridad personales (art. 1, DADDH; art. 7.1, CADH; art. 3.c, Convención de Belém do Pará), a la integridad física, psíquica y moral (art. 5.1, CADH; art. 3.b, Convención de Belém do Pará), a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5.2., CADH; art. 3.d., Convención de Belém do Pará), a la igualdad y no discriminación (art. 2, DADDH; art. 1.1 y 24, CADH; art. 3.f., Convención de Belém do Pará), a la dignidad (art. 17, DADDH; art. 11.1, CADH; y art. 3.e., Convención de Belém do Pará) a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (art. 5, DADDH; y art. 11.2 y 11.3, CADH), y a la protección especial a la niñez (art. 7, DADDH; y art. 19, CADH). En especial, la Convención de Belém do Pará dispone que la violencia contra las mujeres comprende la violencia sexual (art. 2), consagra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (art. 3), y reconoce que la violencia contra las mujeres impide y anula el ejercicio libre y pleno de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (art. 5).

Para asegurar la plena vigencia de estos derechos, el artículo 1.1 de la Convención Americana establece que: Los Estados partes en esta 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 por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Es decir, **este artículo enumera los deberes básicos del Estado en materia de derechos humanos: la obligación de respetar y la de garantizar los derechos. La primera conlleva la necesidad de imponer límites a la función pública como consecuencia de que “los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”** (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165). **La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos implica el deber del Estado “de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”** (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez, cit. párr. 166).

Por su lado, el artículo 2 de la CADH establece la obligación del Estado de adoptar medidas legislativas o de otra índole que resulten necesarias a los fines de hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención.

En virtud de estos deberes de respeto y garantía, los Estados deben abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos de las mujeres, por un lado y, por otra parte, tienen que organizar sus aparatos a fin de que, en aquellos casos en los que el aborto esté permitido, puedan acceder a la intervención y, de esa forma, asegurar la vigencia de sus derechos.

En este sentido se ha pronunciado la CIDH en el caso *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto*, que guarda similitud con el caso de autos. Ramírez Jacinto fue víctima de una violación sexual de la cual resultó embarazada cuando tenía 14 años de edad y, a pesar de que la ley mexicana permitía la interrupción del embarazo en un supuesto como el suyo, no pudo acceder a la práctica médica debido a los obstáculos interpuestos. Por tal motivo, denunció al Estado de México por violación de sus derechos humanos.

Sin perjuicio de que el Estado mexicano y las peticionarias suscribieron un acuerdo de solución amistosa en el caso, la CIDH remarcó que, la Convención de Belém do Pará establece que las víctimas de violencia sexual tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos sus derechos humanos, incluyendo los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados en los instrumentos regionales e internacionales de protección a los derechos humanos. La Comisión subraya asimismo, que el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia. Asimismo, señaló: la importancia de que los Estados adopten medidas de tipo penal, civil o administrativa, con la finalidad de garantizar que hechos como los ocurridos en este caso sean debidamente sancionados y no permanezcan en la impunidad. La CIDH ha manifestado reiteradamente que un acceso de jure y de facto a recursos judiciales idóneos y efectivos resulta indispensable para la protección de todos los derechos de las mujeres, así como también lo es el cumplimiento de los Estados de su obligación de actuar con la debida diligencia frente a violaciones de sus derechos humanos (CIDH. Informe N° 21/07. Petición 161-02. Solución amistosa. *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto c. México*. 9 de marzo de 2007, párr. 26).

En definitiva, la CIDH resaltó que los derechos de las víctimas de violencia sexual exigen

un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, y consideró que los obstáculos interpuestos para impedir la interrupción del embarazo en el caso de una niña que resultó embarazada como consecuencia de una violación, exigía al Estado la sanción de los responsables, en virtud del deber de debida diligencia.

Como corolario de lo expuesto y siguiendo la opinión de Medina Quiroga, sostener que la Convención Americana obliga al Estado a penalizar todo aborto es un error profundo. En opinión de la ex presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, apoyada por las argumentaciones tanto de interpretación del texto como de su historia, la Convención no establece esta obligación en absoluto (Cf. Medina Quiroga, Cecilia, “*La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*”, p. 327/328, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, 1-66/78).

## **VI.2.- Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos**

VI.2.a)- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

Al igual que lo que sucede en el ámbito interamericano, el sistema universal de protección de derechos humanos recepta el derecho de las mujeres a la libertad y seguridad personales (art. 3, DUDH, y art. 9 del PIDCyP), a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 12, DUDH; y art. 17, PIDCyP), a la igualdad y no discriminación (arts. 1, 2 y 7, DUDH; art. 2.1, 3 y 26, PIDCyP; y art. 2.2 y 3 PIDESC), a la dignidad (art. 1, DUDH; art. 16 PIDCyP), a la vida (art. 6.1, PIDCyP; y art. 3, DUDH), a una vida libre de tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5, DUDH; art. 7, PIDCyP), y a la protección especial de la niñez (art. 25.2, DUDH; art. 24.1, PIDCyP). También el PIDESC, en su artículo 12, inciso 1º, establece que los Estados Parte reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, y el derecho a un nivel de vida adecuado (art. 11.1).

En relación a lo que se discute en el caso bajo análisis, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha pronunciado en varias oportunidades en el sentido que aquí se propicia.

Así, en la Recomendación General nº 28, el Comité de Derechos Humanos manifestó, que a

fin de evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto (PIDCyP), así como del artículo 24, en que se prevé la protección especial del niño, necesita información sobre las leyes y prácticas nacionales relativas a la violencia en el hogar y otros tipos de violencia contra la mujer, con inclusión de la violación. También necesita saber si el Estado Parte da a la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación acceso al aborto en condiciones de seguridad (Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207, 2000, párr. 11).

**El Comité de Derechos Humanos ha recomendado expresamente al Estado Argentino que para los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se supriman todos los obstáculos a su obtención (Comité de Derechos Humanos, 70º período de sesiones. 16 de octubre al 3 de noviembre de 2000).**

El mismo Comité intervino en un caso presentado contra Perú por una joven de 17 años, Karen Noelia Llantoy Huamán, a quien se le impidió acceder al aborto terapéutico. En dicha oportunidad, el Comité consideró probado que Karen Noelia Llantoy Huamán transitaba un embarazo de un feto anencefálico y que no pudo realizar la interrupción de la gestación. También consideró acreditado que la negativa a realizar la práctica la expuso a un riesgo vital y que quedó con severas secuelas psicológicas. El Comité de Derechos Humanos concluyó que el Estado del Perú vulneró el art. 17 del PIDCyP, pues al impedir la práctica legal interfirió de manera arbitraria en la vida privada de la joven, y el artículo 24 del mismo Pacto, al incumplir con el deber de atención especial que requería su condición de menor de edad. También sostuvo que el dolor y la angustia que tuvo que atravesar al verse obligada a sostener un embarazo obligado y al ver nacer a su hija, sabiendo que moriría en muy poco tiempo, constituyó una vulneración al artículo 7 del PCD-CyP, que proscribe las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (Comité de Derechos Humanos, Karen Noelia Llantoy Huamán, Dictamen N° 1153/2003, 24/10/2005).

Resulta especialmente relevante reseñar que el Estado argentino ya fue denunciado en 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos por obstaculizar el acceso al aborto no punible a una joven, L.M.R., de 20 años con discapacidad mental permanente (edad mental entre 8 y 10 años), que resultó embarazada como resultado de la violación por parte de su tío. L.M.R. asistió a un hospital y, ante la constatación del embarazo, requirió el aborto legal. A partir de esta presentación, L.M.R. tuvo que sortear innumerables obstáculos, que incluyeron la intervención de la justicia para impedir el aborto. Dos instancias judiciales se pronunciaron en contra de la interrupción del embarazo, hasta que el caso llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y allí se resolvió a favor de la procedencia de la práctica legal. A pesar de este pronunciamiento, la joven no pudo acceder al aborto en las instituciones públicas de salud y tuvo que acudir al ámbi-

to privado. En la denuncia se invoca la violación del derecho a la igualdad y no discriminación; a la vida; a no ser sometida a torturas, ni a penas o tratos crueles inhumanos y degradantes; a la privacidad y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, todos ellos reconocidos en el PIDCyP. En el 13º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, el Estado argentino tuvo que rendir cuentas sobre el caso L.M.R. En la reunión, el Estado argentino recibió un fuerte cuestionamiento por las frecuentes trabas en el acceso a los abortos legales.

**Por último, en marzo de este año, el Comité de Derechos Humanos presentó sus Observaciones Finales a la Argentina, y expresó su preocupación “por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en [el artículo 86, CP]” y encomendó al Estado “adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal” (Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales. Argentina, período de sesiones. 31 de marzo de 2010, párr. 13).**

VI.2.b).- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW) consagra el derecho de las mujeres a la igualdad y no discriminación (art. 1), y a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos” (art. 17.1.d. énfasis agregado). En especial, en el artículo 12, inciso 1º, establece “el derecho de la mujer a acceder, sin discriminación alguna, a los servicios de la atención médica”. Asimismo, prevé que “los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”. Además, el artículo 14 de la CEDAW dispone que los Estados deberán asegurar el acceso a servicios adecuados de atención médica, lo que incluye información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia. A fin de asegurar el pleno desarrollo de las mujeres y garantizarles el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamen-

tales, los Estados Partes se obligaron a adoptar todas las medidas apropiadas (art. 3, CEDAW).

Sobre estos aspectos, la CEDAW, consideró que, la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 24, La mujer y la salud, 20º periodo de sesiones, 1999).

Y agregó que el deber de velar por el ejercicio de [los derechos relativos a la salud] impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, judicial, administrativo, presupuestario, económico y de otra índole en el mayor grado que lo permitan los recursos disponibles para que la mujer pueda disfrutar de sus derechos a la atención médica (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 24, La mujer y la salud, 20º periodo de sesiones, 1999).

En sus últimas Recomendaciones, el Comité CEDAW celebró la publicación de la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles (elaborada por el Programa de Salud Sexual y Reproductiva, Ministerio de Salud de la Nación, 2006, cit), por cuanto clarifica el alcance del artículo 86, CP, y exhortó al Estado argentino a “garantizar que la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles se implemente en todo el país de manera uniforme para que haya un acceso igualitario y efectivo a los servicios de salud para interrumpir embarazos” (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Argentina, 12 al 30 de julio de 2010, párr. 38. La traducción nos pertenece). Dicha Guía interpretó que: para el Código Penal de la Nación el profesional de la salud y la mujer no incurren en delito de aborto en las siguientes situaciones:

- a. en casos de peligro para la vida de la mujer (artículo 86, inciso 1º, Código Penal de la Nación),
- b. en los casos de peligro para la salud de la mujer (artículo 86, inciso 1º, Código Penal de la Nación),
- c. cuando el embarazo sea producto de una

violación (artículo 86, inciso 2º, Código Penal de la Nación),

d. cuando el embarazo sea producto del atentado al pudor sobre mujer idiota o demente (artículo 86, inciso 2º, Código Penal de la Nación). En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto" (Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, Ministerio de Salud, 2007).

*VI.2.c.)- Convención sobre los Derechos del Niño*

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño define, que: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

El recurrente, para reforzar su argumento de que la interpretación que hace la sentencia recurrida para declarar la aplicabilidad al caso del art. 86 inc. 2º CP y autorizar en consecuencia la práctica del aborto viola el derecho a la vida, hace hincapié en la "reserva" que formuló el Estado argentino al momento de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece, con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

En rigor, el Estado argentino no hizo una reserva a la CDN, sino que formuló una declaración interpretativa. Esta diferencia es de relevancia, pues significa que el país suscribió a todo el texto de la CDN, y debe aplicarla, como ya se señaló, "*en las condiciones de su vigencia*". Este sentido se ha señalado en la Convención Constituyente de 1994: "*las declaraciones interpretativas formuladas al ratificar los tratados no forman parte de éstos, ya que se trata de actos de naturaleza esencialmente distinta a la de las declaraciones y prescripciones incluidas en los textos de los tratados. Las declaraciones son manifestaciones unilaterales de los Estados, que no deben ser confundidas con las reservas y que sólo tienen por objeto dar una interpretación del tratado*" "(...). Por lo tanto, ellas no pueden gozar del estatus jurídico especial que tienen las manifestaciones de la voluntad concordante de los miembros de la comunidad internacional, expresadas en los tratados. Esta situación especial de las normas que han recibido el consenso de un cierto número de Estados, en un lapso prudencial, es lo que determina que otorguemos primacía a todos los tratados sobre el derecho interno." "(...). Las declaraciones interpretativas, a su vez, no forman parte de los tratados ni constituyen condiciones de su vigencia internacional, lo que abona la tesis de que no adquieren rango constitucional." (Cf. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Tercera Sesión Ordinaria del 3 de agosto de 1994, ps. 3096 y 3097).

Entonces, como se trata de una ley que fija una declaración interpretativa, significa que no forma parte del tratado y, en consecuencia, carece de jerarquía constitucional. Es así que el Con-

greso puede modificar o derogar la ley sin seguir ningún procedimiento especial. Por último, tampoco se podría considerar que el reconocimiento de rango constitucional de la CDN acaecido en la reforma de 1994, con la mentada declaración interpretativa, haya resuelto la cuestión de la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en ciertos casos, desde que la Convención Constituyente no estaba habilitada para incluir cambios en el Capítulo Primero de la CN, sobre las Declaraciones, derechos y garantías (Cf. Ley nº 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional).

De lo dicho surge que del texto de la CDN no se sigue una protección absoluta al embrión desde el momento de la concepción. Por el contrario, el Comité de los Derechos del Niño se dirigió al Estado Argentino en fecha reciente en sentido opuesto al sostenido, y expresó la necesidad de que niñas y mujeres que resulten embarazadas como consecuencia de un agravio sexual puedan interrumpir la gestación.

**En tal sentido, el Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado argentino que adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas” y “enmend[ar] el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir disparidades en la legislación provincial vigente (Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales. Argentina. 21 de junio de 2010, párr. 59).**

VI.2.d).- *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General Nº 20, sostuvo que la prohibición contenida en el art. 7 del PIDCP, que proscribe las torturas y tratos o penas inhumanos o crueles, se refiere no sólo a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral, y agregó que la prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44º período de sesiones, 1992).

En el caso *Karen Noelia Llantoy Huamán*, ya citado, el mismo Comité concluyó que la ne-

gativa del Estado de Perú a realizar el aborto terapéutico a una adolescente que cursaba un embarazo de un feto anencefálico, fue la causa del sufrimiento que la niña tuvo que atravesar y, en consecuencia, concluyó que el Estado había violado el artículo 7 del PIDCP (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Karen Noelia Llantoy Huamán*, Dictamen Nº 1153/2003, 24 de octubre de 2005).

En fecha más reciente, el Comité contra la Tortura se pronunció en sentido similar al analizar la legislación de Nicaragua, que penaliza el aborto aún cuando el embarazo sea producto de una violación. El Comité expresa su profunda preocupación por la prohibición general del aborto en los artículos 143 a 145 del Código Penal, incluso en casos de violación sexual, incesto o presuntamente de embarazos que amenazan la vida de la mujer, que en muchos casos resultan directamente de crímenes relacionados con violencia de género. Esta situación implicaría para los grupos de mujeres arriba señaladas una constante exposición a las violaciones cometidas contra ellas, lo que supone un grave estrés traumático con el riesgo de padecer prolongados problemas psicológicos, tales como ansiedad y depresión. El Comité nota también con preocupación que las mujeres que solicitan el aborto por las circunstancias mencionadas más arriba, corren por ello el riesgo de penalización (Cf. Observaciones finales del Comité contra la Tortura a Nicaragua, CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16, 14 de mayo de 2009).

De estos antecedentes se desprende que obligar a una niña a terminar un embarazo que es producto de una violación contraviene el principio internacional que proscribe las torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. VI.2.e). Los principios internacionales analizados permiten concluir que la protección del derecho a la vida de modo alguno conlleva la necesidad de penalizar el aborto en todos los casos. Muy por el contrario, el derecho internacional de los derechos humanos es categórico en advertir que la penalización de la interrupción del embarazo en supuestos determinados, como cuando se encuentra en riesgo la vida o la salud de la mujer encinta, o cuando el embarazo proviene de un ataque sexual, vulnera numerosos derechos humanos de las mujeres.

En especial, cabe resaltar que sólo en lo que va del año **tres organismos de monitoreo de instrumentos de derechos humanos que go-**

zan de rango constitucional manifestaron su preocupación por las dificultades que existen en el país para el acceso al **abuso no punible contenido en el artículo 86, CP** (Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales. Argentina, período de sesiones. 31 de marzo de 2010, párr. 13; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales. Argentina. 21 de junio de 2010, párr. 59; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Argentina. 12 al 30 de julio de 2010, párr. 38). Estos pronunciamientos son una señal de advertencia hacia el Estado argentino y, por ello, a fin de garantizar los derechos humanos comprometidos en casos como el presente y salvaguardar la responsabilidad internacional del Estado, se sostiene que la interpretación amplia del artículo 86, CP, es la que mejor se compatibiliza con los instrumentos internacionales asumidos por el Estado.

#### **VII. El embarazo forzado como atentado contra la dignidad de la niña**

Ya fue mencionado que, está probado que el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por su padrastro, y que los abusos sexuales padecidos fueron reiterados desde que la niña tenía 11 años de edad (v. fs. 125/126).

Numerosa bibliografía señala el carácter gravemente lesivo que los ataques sexuales causan en general y, en especial, los tintes especialmente dramáticos que adquieren cuando son cometidos contra niñas o niños en virtud de la falta de madurez de la víctima para poder entender y procesar lo que está sucediendo (Cf. Batarrita Asúa, Adela, “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”, en Género, Violencia y Derecho, coordinadoras Lorenzo, Patricia; Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 102).

Los abusos sexuales sufridos por la joven significaron, sin dudas, una seria vulneración de sus derechos a la dignidad e integridad. Estos actos poseen un carácter gravemente ultrajante y degradante, por cuanto significan la cosificación de la persona, que es reducida a un objeto carente de todo valor y dignidad humana.

**Ante la confirmación del embarazo, sostener que la víctima del agravio sexual debe llevar a cabo la gestación** hubiera implicado obligarla a atravesar por un embarazo forzado y reducirla, así, a un mero receptáculo, a un objeto de procreación. De esta forma, la niña hubiera sido nuevamente instrumentalizada, esta vez no por un particular, sino por el propio Estado.

En una reconocida sentencia, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció sobre estos aspectos y sostuvo que: “**La dignidad humana se constituye en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aún cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. Al adoptar normas de carácter penal, no puede el legislador desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instru-**

**mento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”** (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 8.1., rta.10/05/2006).

En especial, reparó en aquellos casos en los que el embarazo sea resultado de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida (art. 124, CP Colombia). A juicio de la Corte Constitucional, en tales supuestos “...debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva del delito de aborto, porque la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos” (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 10.1., rta.10/05/2006).

**Ello así, obligar a la niña a continuar con el embarazo en esas condiciones hubiera implicado privarla por completo del contenido a su derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Y una intromisión estatal de tal magnitud resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable.**

#### **VII.1.- El Estado no puede imponer conductas heroicas**

Se ha señalado que el Estado no puede exigir a las personas conductas que impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general, pues: el derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio. **Un Derecho penal democrático no quiere ser un derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría. Se llega así a la idea básica que suele verse tras la noción de ‘no exigibilidad’: las conductas heroicas ‘no son exigibles’** (v. al respecto, Mir Puig, Santiago, “Límites al Normativismo en el Derecho Penal en Dogmática y Crimonología- Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo” Ed.Legis, Madrid, 2005, p. 370/375).

Las tesis que promueven el alcance más li-

mitado de los permisos legales contenidos en el artículo 86, CP tienen como consecuencia exigir a las mujeres que sacrifiquen sus derechos, como pueden ser su salud, su vida o su dignidad, en aras de favorecer la vigencia de otros derechos o intereses. No obstante, como veremos más adelante, el Estado no puede exigir a las personas conductas que impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general.

Sobre este punto se han pronunciado algunos tribunales extranjeros, al analizar los límites que tienen los Estados para penalizar el aborto en todos o en algunos supuestos en particular (como es, cuando el embarazo sea producto de una violación).

Al respecto resulta ilustrativo lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia en cuanto a que: “**El Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofender sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aún cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido**” (Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, consid. 10.1., rta.10/05/2006).

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español entendió que: “**El legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionabilidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insopportable. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley resultaría totalmente inadecuado**” (Tribunal Constitucional Español, sentencia N° 53/85, consid. 9, rta. 11/4/1985).

**Esta prohibición general adquiere una dimensión mayor cuando de quien se espera una conducta heroica es una niña. Es precisamente frente a los niños que el Estado asumió un deber de especial protección, y no puede luego esperar válidamente el sacrificio de sus derechos, aún cuando sea en pos de algún interés legítimo.**

**VII.2.- El embarazo forzado constituye un trato cruel, inhumano y degradante**

Recapitulando, según los profesionales que entrevistaron a la niña, el embarazo era vivido por la niña abusada por su padrastro como un evento extraño, invasivo, no era significado como hijo. La idea de hijo era incompatible con su universo de posibilidades. Dicho de otro modo, en su mundo interno era imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quién sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de su madre. Si bien el ofensor no es el padre biológico de A., en el sistema jerárquico familiar estaba ubicado en el subsistema parental, lo que refuerza el daño provocado por el abuso a raíz del tinte incestuoso.

**En tales condiciones, obligar a la niña a llevar adelante el embarazo, bajo amenaza de sanción penal, implicaba desconocer por completo el derecho a la dignidad humana y someterla a un trato cruel, inhumano y degradante, pues tal como lo establecen los estándares internacionales en la materia, la prohibición de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, comprende no sólo el sufrimiento físico, sino también el sufrimiento moral** (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44º período de sesiones, 1992. En sentido similar, Corte IDH, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 100). Además, esta prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, cit.). Estos principios llevaron a sostener la responsabilidad del Estado de Perú por violación al artículo 7 del PCDCyP por impedir la realización de un aborto justificado a una menor de edad (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Karen Noelia Llantoy Huamán*, Dictamen N° 1153/2003, 24 de octubre de 2005), y generaron una manifestación de preocupación por parte del Comité contra la Tortura, por cuanto la legislación de Nicaragua penaliza el aborto aún cuando el embarazo sea producto de una violación (Observaciones finales del Comité contra la Tortura a Nicaragua, CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16, 14 de mayo de 2009).

**Por ello, se considera que de darse cabida a la interpretación restrictiva que propone el recurrente, de acuerdo a la cual el aborto realizado en casos como el de autos estaría penalizado, se violaría también el derecho de la niña a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Se comprometería también por este motivo la responsabilidad internacional del Estado argentino.**

No puede perderse de vista, como se señaló desde el inicio que cuando se encuentra en juego el interés superior de una menor toda decisión debe evaluarse no sólo a la luz de las necesidades actuales de esta niña, sino también con la mirada puesta hacia adelante, es decir a su futuro, y lo cierto es que los costos de la prohibición del aborto en supuestos como el de autos, hubieran comportado un perjuicio enorme para la causante en tanto la conducían a llevar adelante una maternidad “impuesta”.

Al respecto resulta esclarecedor lo sostenido por el Profesor

Ferrajoli, en cuanto señaló que, hay un equívoco que es preciso aclarar: en el debate público, el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad suele ser presentado como “derecho de aborto”, es decir, como una libertad positiva (o “libertad para”) que consiste, precisamente en la libertad de abortar. Se olvida, que antes es una libertad negativa (“libertad de”), es decir, el derecho de la mujer a no ser constreñida a convertirse en madre contra su voluntad; y que la prohibición penal de abortar no se limita a prohibir un hacer, sino que obliga además a una opción de vida que es la maternidad. En suma, lo que está en cuestión, antes que una facultas agendi, es una inmunidad, un habeas corpus, es decir la “libertad personal” sancionada como “inviolable” se transforma en una libertad con posibles restricciones, implica, como son precisamente la restricción o coerción jurídica a convertirse en madre (cf. Ferrajoli, Luigi, La cuestión del embrión entre el derecho y moral, Rev. Jueces para la democracia: Información y debate, Madrid, N° 44, julio 2002).

Desde otra óptica, como lo sostiene Tamar Pitch, el punto crucial es la consideración de la relación existente entre la menor embarazada y el embrión/feto, la que no se puede construir en términos de propiedad (del embrión/feto por parte de la madre) ni en términos de relación entre dos sujetos “auténticos”; sino que debe entenderse como una relación simbiótica en la que la posibilidad misma de desarrollo físico y psíquico de uno está inextricablemente entrelazada con el cuidado, el deseo, el imaginario del otro. La situación del embarazo es una situación en la cual es una y dos al mismo tiempo, no existe, no puede existir, tutela de uno en contra de la voluntad y de los deseos de la otra, pues se llega a ser “persona” a través de la mediación femenina: mediación necesaria e indispensable. El desconocimiento de esa realidad no sólo niega la unicidad de esa experiencia, sino que niega desde la raíz la plenitud moral del sujeto femenino, el poder de dar vida, de generar, es un poder que implica responsabilidad (Pitch, Tamar, “Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad”, Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 97/98).

Así, la incriminación de la interrupción del embarazo y la consiguiente restricción penal a convertirse en madre hubiera impuesto a A. y a menores en situaciones análogas, no sólo no

abortar, sino una impronta de vida de incalculable alcance, puesto que –como se señaló– no sólo se encuentra en juego la gestación, el parto, sino la renuncia a su vida de niña y adolescente, debiendo asumir extemporáneamente y contra su voluntad las obligaciones de educar a ese niño y mantenerlo, (responsabilidad parental), en una situación que además se presenta muy próxima al incesto. Bajo esas condiciones la penalización del aborto, hubiera sustraído a la menor encinta de la autonomía de su propio cuerpo y, con ello, de su misma identidad personal, reduciéndola a un mero instrumento por tercera vez. Primero, en manos del abusador que la sometió durante cuatro años. Segundo, por el mismo adulto, que en lugar de cuidarla y criarla en su rol de padre, la violó nuevamente y la dejó encinta como consecuencia de ese acto criminal. Y tercero, como consecuencia de la actividad estatal, que bajo amenaza de enviarla a la cárcel, la hubiera obligado no solamente a llevar a término el embarazo, sino a asumir una responsabilidad parental para la cual no estaba preparada y conspiraba severamente contra su propia salud, colocándolo en una situación de riesgo su vida.

### VIII.- Conclusiones

En base a lo hasta aquí delineado, resulta ilustrativo lo afirmado por la Corte Constitucional colombiana en cuanto a que: “*Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. (...). La mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación*” (Corte Constitucional de Colombia, C-355, 10/05/2006, considerando 10.1).

**Una intromisión estatal contraria a estos principios privaría totalmente de contenido a los derechos de la niña involucrados, al punto de instrumentalizarla y vaciar de contenido su derecho a la dignidad humana. Por ello, en tales casos, el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un**

**nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos** (Cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 10.1., rta.10/05/2006).

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal se pronunció en sentido coincidente, por primera vez, en el año 1975: El derecho a la vida del no nacido puede conllevar una carga para la mujer, que sobrepase por mucho la medida de lo normalmente asociado a un embarazo. De aquí surge la cuestión de la insostenibilidad, es decir, la pregunta de determinar si también en tales casos el Estado, haciendo uso del derecho penal, puede forzar a una mujer a llevar a término su embarazo. El respeto que se debe a la vida del no nacido y el derecho de la mujer a no sacrificar –en aras del respeto a este bien jurídico– valores vitales en un grado que resulte insostenible, se enfrentan uno a otro. En tales casos de conflicto, que por lo general no admiten una valoración moral unívoca, y en la cual la decisión de interrumpir el embarazo puede llegar a tener el rango de una decisión de conciencia, digna de ser respetada, debe el legislador observar especial reserva (Tribunal Constitucional de Alemania, Sentencia BVerfGE 39, 1, de la Primera Sala, 25 de febrero de 1975, publicado en “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe”, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p. 120).

El Tribunal Constitucional alemán explicitó que esta situación se presentaba en caso de peligro para la vida o la salud de la mujer encinta y en otras circunstancias que constituyen cargas excesivas para la mujer, como en caso de indicación ética y social o de necesidad, razón por la cual no se le puede exigir la terminación del embarazo: El criterio decisivo es que en todos estos casos aparece en forma contundente otro interés merecedor de la protección constitucional, de tal manera que el orden jurídico no puede exigir de la mujer que, en todo caso, le asigne prioridad al derecho del que está por nacer (Cf. Tribunal Constitucional de Alemania, cit., texto citado en Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, rta.10/05/2006, aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa).

De forma consistente con estos principios, nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la mujer el derecho a decidir la continuación o la interrupción de un embarazo que haya sido resultado de una violación. Así, se entiende que el art. 86 consagra una causa de justificación, pues la mujer que quisiera acceder a un aborto en alguno de los supuestos contenidos en dicha norma, actuaría en el “legítimo ejercicio de su derecho”, en los términos del artículo 34, inc. 4, CP. En sentido coincidente se pronuncia Zaffaroni (Manual de Derecho Penal, Parte General, cit., pp. 501 y 502). En un caso en el que se analizaba la procedencia de un pedido de inducción del parto en el caso de un feto con anencefalia, el Dr. Petracchi también tuvo oportunidad de señalar que: **“...el recurrente se limita a declarar en forma abstracta la prioridad del derecho a la vida del nasciturus frente al derecho a la salud de la madre. Esta contraposición, a la que no dudo en considerar efectista, persigue el indudable**

*propósito de otorgar prioridad absoluta al primero, desconociendo la entidad del segundo. De este modo, omite algo fundamental: que el resultado de la ponderación entre ambos bienes ya fue consagrada por el legislador en el art. 86, segundo párrafo inc. 1º, del Código Penal, que conviene reiterar una vez más, no fue cuestionado en su constitucionalidad. Dicha norma-que es regla en el derecho comparado- establece la impunidad del aborto causado por un médico, con el consentimiento de la mujer, con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. La permisión del llamado ‘aborto terapéutico’ (...), establece una causa de justificación y no de mera disculpa, que da una solución al conflicto de intereses en pugna...”* (CSJN, voto en disidencia Dr. Petracchi, considerando 11, Fallos:324:5).

En definitiva, el legislador ya realizó la ponderación entre los bienes jurídicos que entran en conflicto en casos como el presente. Asimismo, en virtud de la vigencia de los derechos a la salud, a la vida, a la autonomía y a la dignidad de la mujer encinta, entre otros, la decisión de continuar o no un embarazo que es producto de una violación, de evidente impacto en el plan de desarrollo de su vida, debe tomarla necesariamente la menor encinta, de acuerdo a la facultad conferida a ella por el art. 86, CP. Se considera que esta solución es la que mejor se compatibiliza con los principios constitucionales y del derecho internacional de derechos humanos a los que se hizo referencia con anterioridad.

**En el sub lite A. ha sido escuchada, informada,** (arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 19, 24 y 27 de la ley 26.061), **tuvo espacio para la reflexión (v. fs. 38) y su decisión fue clara.** Creemos que en este momento nuestro compromiso es apuntalarla, acompañarla en su decisión que sin duda era la que mejor contemplaba su interés, conforme a las circunstancias que rodeaban al caso, y preservaba los delicados intereses en juego que rodeaban al caso.

Así las cosas, al momento de resolver no debe perderse de vista que el interés superior no es más que la satisfacción integral de los derechos fundamentales del niño. En tal sentido, la solución más contemplativa del interés superior es la que mejor satisface a todos ellos.

Se trata de “*bañar los derechos fundamentales de que debe gozar este último con las contingencias propias de cada vida en particular*” (v. Rubén Santos Belandro “El interés superior del menor en el derecho Internacional Privado”, [www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos\\_juridicos](http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos_juridicos)).

**IX.** Por todo lo expuesto, en estos casos: “...resulta vital que la medida y la serenidad de espíritu gobieren tanto el obrar de la magistratura judicial como el de quienes instan y hacen a dicha actuación (cf. Doctrina de Fallos:305:385; 308: 2217 y 312:148 disidencia del Juez Fayt, entre muchos otros), de modo que, se evalúe concienzudamente cada una de las consecuencias que se derivan de su proceder y que repercuten directa o indirectamente, más en forma ineludible, sobre la integridad del menor que se intenta proteger. Ello con el fin de hacer real y efectiva la preservación de sus tantas veces citado “interés superior...” (cf. Voto de los Señores Ministros Doctores Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda, en la causa M.14, XLIII, Martínez, Marcela María de Luján y otro s/ guarda judicial con fines de adopción del menor I., F. -cuad. de apelación de medida cautelar”, sentencia del 4/9/07).

En ese marco, le compete a V.E. en su rol de intérprete final y garante del efectivo cumplimiento de los derechos y principios que aquí se invocan, alcanzar una solución justa, de modo que a **A.** y a jóvenes como ella se les conceda (con el grado de exigibilidad que establece el art. 29 de la de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), el derecho a la salud, a la vida, a la integridad psicofísica, sus derechos reproductivos, su autodeterminación, la maternidad responsable, su derecho a participar en las decisiones que la afectan, declarando que la interrupción del embarazo, en el contexto en que fue practicado, no resulta punible por aplicación del art. 86 C.P.

A modo de colaboración, con miras a tutelar en forma efectiva la salud psicofísica de nuestra defendida, estimamos prudente que se le haga saber a la magistrada de primera instancia que –con la premura que el caso amerita– deberá adoptar todas las medidas a su alcance para efectuar un seguimiento periódico del tratamiento psicológico ya iniciado por A. orientado a todo el grupo familiar (cf. lo dispuesto en el pto. dispositivo 6º de la sentencia recurrida).

**X.** Dada la naturaleza de la representación que hemos asumido en estos actuados y a fin de resguardar todos los intereses comprometidos, se dio intervención a la Señora Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia en lo Civil; Comercial y del Trabajo, quien emitió el dictamen que elevamos también a consideración de V.E.

**Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29 de octubre de 2010.-**

# Defensoría ante la CSJN. Sistematización Temática de Fallos. 2005-2011

Trabajo conjunto elaborado por el área penal de la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>1</sup>

## I. Presentación:

La presente sistematización temática de fallos fue realizada con el fin de reunir en un documento tanto las sentencias publicadas en los volúmenes de la colección oficial de fallos de la CSJN cuanto aquellas que no fueron publicadas pero que revisten relevancia a los fines del trabajo específico de la Defensa Oficial en materia penal. Con ese objetivo fueron seleccionadas seis áreas temáticas que se vinculan con las garantías procesales propias del procedimiento penal constitucional. Ellas son: (a) defensa en juicio, (b) doble conforme, (c) imparcialidad del juzgador, (d) derecho a controlar la prueba de cargo, (e) derecho a un plazo razonable de duración del proceso, (f) de la prisión preventiva y (g) prohibición de imposición de una pena superior a la requerida por el fiscal.

Por razones de espacio en esta entrega se publicarán dos de ellas mientras que en los números sucesivos se hará lo propio con las restantes.

Por último, cabe decir que en cada acápite se encontrarán las sentencias más relevantes denominadas con el anglicismo “leading cases” junto con un subíndice temático que clasifica las sentencias derivadas de aquellos precedentes y su extensión a supuestos específicos.

## I. Derecho al doble conforme y sus manifestaciones

### a. Leading cases

Ampliación de los motivos alcanzados por la garantía de revisión del fallo condenatorio. Hechos y Derecho:

1. **“Casal, Matías Eugenio” (Fallos, 328:3399).**
2. **“Martínez Areco, Ernesto” (Fallos, 328:3741).**

Si bien el texto de la sentencia es análogo al de “Casal”, las diferencias pueden apreciarse en el considerando 36 del fallo por cuanto allí se extendió el control casatorio a: a) la correcta aplicación del principio *in dubio pro reo*, b) el aspecto subjetivo del hecho y, en especial, a la existencia de emoción violenta, y c) las pautas utilizadas para la mensuración de la pena.

### b. Casos posteriores en idéntico sentido.

1. **“Salas, Ariel” (Fallos, 329:149).**

Si bien los Ministros remitieron a sus respectivos votos recaídos en “Casal”, la jueza **Argibay** desarrolló uno razonado en el marco del cual explicitó los avatares por los que había transitado el proceso. Allí volvió a sostener que la competencia del tribunal de casación se encuentra férreamente limitada por los **planteos invocados oportunamente por las partes**, pues de lo contrario

<sup>1</sup>Integrado por Tamara Acri, Mariela Barresi, Juan Lucas Finkelstein Nappi, María Macarena Flores, Guillermo Gobbi, Guadalupe Jantus, Marcela Panatti, Christian Sueiro, Ignacio Tedesco, Sebastián Velo y bajo la dirección del Defensor Oficial ante la Corte Suprema, doctor Julián H. Langevin.

la doble instancia se transformaría en una **consulta obligatoria**.

**2. “Benítez, Sergio Rubén” (Fallos, 329:318).**

El voto de los jueces Petracchi, Maqueda y Zaffaroni es razonado.

**3. “Reinoso, Luis Alberto” (Fallos, 329:518).**

El supuesto es análogo al de “**Martínez Areco**”, dado que aquí se había controvertido el proceso de **mensuración de la pena**. La particularidad es que Reinoso era menor al momento de perpetrado el hecho, de forma que se invocaron las pautas hermenéuticas establecidas al efecto en la Convención de los Derechos del Niño sin que ello haya ameritado respuesta alguna por parte del tribunal apelado.

**4. “Gómez, Claudio Marcelo” (Fallos, 329:1514).**

La Corte hizo lugar al recurso tras remitirse al dictamen del señor Procurador Fiscal. El caso presentaba una cierta analogía con “**Martínez Areco**” puesto que lo que se encontraba en discusión aquí era la vinculación entre el **hecho objetivo y el sujeto activo** desde la perspectiva de la tipicidad subjetiva y, especialmente, si el homicidio que le fue imputado podía calificarse como “**en ocasión de robo**” (art. 165 CP) o “**imprudente**” (art. 84 CP). Respecto de esto último, el Procurador parece haber sostenido, a modo de **obiter dictum**, que el artículo 165 CP solo resulta aplicable cuando el homicidio sea cometido a título doloso (v. punto III. 3. a del dictamen al cual se remitió la CSJN). Por último, cabe aclarar que también se introdujeron agravios vinculados con la aplicación del principio **in dubio pro reo**.

**5. “Villar, Carlos David” (Fallos, 329:2459).**

Supuesto análogo al de “**Martínez Areco**”. El voto mayoritario es **razonado**. Se descalificó una decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal que había obturado el control de la sentencia de mérito sobre la base de considerar que la aplicación del principio **favor rei** resultaba incensurable por esa vía.

**6. “Suárez, Raúl” (Fallos, 330:449).**

La mayoría del Tribunal aplicó la doctrina del precedente **“Casal”**. Del dictamen del Procurador Fiscal se desprende que la defensa había introducido cuestionamientos vinculados con a) la violación al **principio de congruencia** derivado de la aplicación de **una pena superior a la solicitada por el fiscal** en el contexto de un juicio abreviado y b) la **falta de fundamentación de la pena impuesta por el tribunal de debate**. La Cámara de Casación había rechazado el recurso pues consideró “...insuficientes las citas de jurisprudencia y doctrina aportadas para demostrar falta de fundamentación en la individualización y graduación de la pena, al entender que las valoraciones de las pautas contenidas en los artículos 40 y 41 del código sustantivo quedan, en principio, fuera del control por ese tribunal, salvo arbitrariedad o absurdo notorio que no advirtió en este caso”

**c. Proyecciones: Extensión al ámbito procesal penal provincial**

**1. “Merlo” (Fallos, 328:4568).**

La **mayoría** resolvió conforme al artículo **280 CPCCN**. Los jueces **Lorenzetti y Argibay** rechazaron el recurso de la mano

de un **voto razonado**. Por su parte, el juez Zaffaroni acogió la presentación de la defensa y revocó el fallo apelado. No obstante ello, en los tres votos se extendió explícitamente la doctrina forjada en “**Casal**” a los **procesos penales regidos por leyes rituales de carácter provincial**.

**2. “Salto, Rufino Ismael” (Fallos, 329:530).**

En este caso, se transformó en **mayoritaria la posición sustentada en “Merlo”** puesto que se proyectaron los alcances de “**Casal**” al ámbito de un proceso sustanciado en la provincia de Formosa. La jueza **Argibay** formuló un voto **razonado**, a diferencia de la mayoría que sólo remitió a sus respectivas ponencias en “**Casal**”.

**3. “Civitarreale” (I) (Fallos, 329:993).**

La **mayoría** resolvió conforme al art. 280 CPCCN. Por su parte y en su **voto en disidencia razonado**, el juez Zaffaroni sostuvo: “Que al presente caso, aún **tomando en cuenta la particularidad de provenir de un superior tribunal de provincia**, resultan aplicables, en lo pertinente, las consideraciones vertidas en las causas (...) ‘Casal...’ (considerando 6, énfasis agregado).

**4. “Morales, Jorge Luis” (Fallos, 329:3129).**

La **mayoría** se remitió a lo otrora dicho en los precedentes “**Casal**” y “**Martínez Areco**”. Por su parte, los jueces Zaffaroni y Maqueda emitieron un **voto concurrente razonado** del que se desprende que el proceso tramitó ante **la justicia provincial de Chubut**. Cabe destacar como particularidad que, en el presente, el tribunal apelado no obturó el derecho al doble conforme sobre la base de la distinción **entre hecho y de-recho**, sino que lo hizo acudiendo al argumento conforme al cual el recurrente había omitido demostrar “...la conexión entre tales actos [nulidad del allanamiento y posterior detención del imputado] y los fundamentos de la condena, lo cual impide advertir el interés directo perseguido a través de la instancia” (considerando 3).

**5. “Civitarreale” (II) (Fallos, 329:5115).**

El máximo Tribunal hizo lugar al recurso tras remitirse al dictamen del señor Procurador Fiscal. En el caso, se discutió si la **consulta obligatoria** establecida en la ley de rito de la provincia de Chubut (que se habilita en todos aquellos supuestos en los cuales se aplique una pena superior a los diez años) satisfizo – en el presente- el derecho al doble conforme de raigambre constitucional. Cabe recordar que, en ese marco, el tribunal cimero se había limitado a afirmar que: “...en razón de que la pena

*impuesta supera los diez años, obligando a la consulta del tribunal, los jueces confirmaron la sentencia haciendo mención de que se valoró acertadamente la prueba, construyendo buenas razones para afirmar que el hecho existió y que el imputado participó en el mismo, aplicando luego la ley de fondo de manera adecuada, para concluir el segundo vocal en que se trata de un fallo fundado e inobjetable*”. La Corte entendió que tales **respuestas resultaron dogmáticas** y, en función de ello, declaró violado el **derecho al doble conforme**.

**6. “Kanashiro, Rosa” (K. 4. XLIII del 12/2/2008).**

El caso fue tratado en el contexto de la **justicia provincial neuquina**. La Corte, tras compartir el dictamen del Procurador Fiscal, hizo lugar al recurso y descalificó el fallo apelado por haber resultado lesivo del derecho al doble conforme. En uno de sus pasajes se lee: “*Del mismo modo, la reedición de alegaciones hechas en el juicio no puede obstar el andamiento del recurso cuando, precisamente, la parte pretende que otro tribunal revea las cuestiones decididas porque fueron adversas a sus postulaciones. Es más, si éstas fueran inéditas, se las calificaría de tardías*”

**d. Respuestas meramente formales**

Respuestas meramente formales o que sólo se limitan a sistematizar los elementos valorados por el tribunal de juicio, no satisfacen la garantía de revisión del fallo condenatorio:

**1. “De la Fuente” (D. 187. XLII del 17/7/2007, voto en disidencia del juez Zaffaroni).**

En el caso, la Cámara Nacional de Casación Penal acogió el recurso de la defensa, modificó parcialmente la calificación legal y, tras ello, mensuró nuevamente la pena. La **mayoría** del Tribunal aplicó la solución prevista en el **artículo 280 CPCCN**. En contraposición, el **juez Zaffaroni** entendió que se había violado la **garantía de revisión de sentencias en cuanto a la mensuración de la pena se refiere**, por cuanto: “...el a quo se limitó a señalar de manera genérica que habían sido correctamente aplicadas las pautas de mensuración previstas en el art. 41 del código sustantivo y que no se había violado la prohibición de doble desvaloración, pero no llevó a cabo una revisión integral de esa cuantificación en las condiciones que le eran exigibles. Por tal motivo, resulta aplicable al caso la doctrina sentada por esta Corte en el fallo ‘**Casal**’...”.

**2. “Silva, José Manuel” (S. 1856. XLII del 1/4/2008).**

La Corte –tras remitirse al dictamen del señor Procurador Fiscal- hizo lugar al recurso de la defensa por entender que: “De esta breve reseña surge que el a quo limitó su pronunciamiento, en este aspecto, al **señalar nuevamente las circunstancias mencionadas por el tribunal oral**, sin examinar los planteamientos de la parte, es más, ninguno de sus argumentos fue abordado en la sentencia. **La mera repetición de los fundamentos dados en el juicio, sólo formalmente satisface la revisión de la pena, pero no demuestra el tratamiento de las cuestiones llevadas a estudio**” (punto II del dictamen compartido por el Tribunal, énfasis agregado).

**3. “Gutierrez, Florentino S.” (G.878.XLIII).**

La mayoría de la Corte resolvió por aplicación del art. 280 C.P.C.C.N. Los Jueces Zaffaroni y Maqueda en disidencia se remitieron al dictamen del procurador. El Tribunal de mérito había condenado como autor del delito y de homicidio simple a uno de los tres imputados cuando la fiscalía había acusado por homicidio en riña sin embargo utilizaron la escala del homicidio en riña. La defensa se agravió por la valoración de la prueba. El Procurador consideró que “el máximo esfuerzo de revisión exigible a los tribunales nacionales y provinciales para garantizar el derecho a defenderse una vez más (...) no puede ceñirse, como se verifica en el párrafo transcripto, a la enumeración de los testigos otras pruebas del expediente, sin otra consideración más que la dogmática afirmación de que ellos “sirvieron de fundamento para sostener la condena”, por lo que ésta “no contiene defectos lógicos” y se apega a las reglas de la sana crítica” (dictamen del procurador G. Warcalde, pag. 6).

**4. “Travagli, Nelson Rubén” (T.131. XLI del 25 de agosto de 2009)**

El procurador a cuyo dictamen se remitió la Corte sostuvo que la Cámara acudió a la “objetada fórmula sobre las restricciones en cuanto al alcance de su competencia para examinar agravios” (p. 14). El procurador consideró que la tacha de arbitrariedad resultaba plausible al advertir que el Tribunal casatario no había considerado dentro de su competencia revisora las cuestiones definidas por el artículo 40 y 41 del C.P. (Procurador Casal). La Corte se remitió al dictamen del procurador.

**e. Por deficiencias en la fundamentación del recurso.**

La doble instancia se viola no sólo cuando el a quo sustenta su decisión en la pretendida distinción entre hecho y derecho, sino también, cuando rechaza el recurso sobre la base de supuestas deficiencias de fundamentación de la pieza:

**1. “Palmiciano” (P. 894. XXXIX del 28/8/2007 y dictamen del Procurador Fiscal de fecha 26/12/2006).**

La mayoría de la Corte aplicó la doctrina del precedente “Casal” en un supuesto en el cual el rechazo del recurso no se había sustentado única y exclusivamente en la añeja distinción **entre hecho y derecho**, sino también en la pretendida falta de **fundamentación autónoma** exhibida por los recursos de casación y queja por casación denegada.

**f. Introducción de agravios en la instancia intermedia:**

**1. “Catrilaf, Ricardo” (C. 2979. XLII del 26/6/2007).**

Catrilaf había sido condenado al amparo de la figura del robo con armas (pese a las previas objeciones de la defensa). En la instancia intermedia, en el marco del término de oficina y de la audiencia posterior, el defensor de casación introdujo el agravio sobre la arbitrariedad calificación legal por entender que la calificación arma no se adecuaba al elemento de autos. La Cámara omitió el tratamiento del agravio por **considerarlo tardío**, todo lo cual habilitó la interposición de un **recurso extraordinario y la subsiguiente queja**. En ese contexto, se invocaron violaciones a la garantía del doble conforme y al derecho de todo imputado a ser asistido en forma eficaz. **Lo interesante del caso es que la Corte hizo lugar a la queja y aplicó la doctrina del caso “Casal”.**

No obstante ello, en un pronunciamiento de más reciente data (**R. 132. XLIII, “Ramírez, Claudio Javier”** del 22/4/2008 y el dictamen del señor Procurador Fiscal de fecha 30/10/2007) la Corte desestimó un recurso en el cual se plantearon problemas análogos, con la particularidad de que en este caso, el agravio sólo había sido interpuesto en la instancia intermedia y no así en la etapa del debate oral. A partir de lo expuesto, puede concluirse que –en principio– la Corte está dispuesta a admitir la introducción de agravios en la instancia intermedia - a pesar de no haber sido señalizados en el recurso de casación- siempre y cuando hayan sido materia de discusión previa en la etapa de debate.

**g. Trámite ante la instancia intermedia**

El trámite ante la instancia intermedia es parte integrante del debido proceso y del derecho de defensa.

**1. “Jurevich, Carlos” (Fallos, 328:1874).**

En el caso, la Cámara de Casación había hecho lugar al recurso de la defensa y declarado la nulidad de todo lo actuado. Así pues y pese a haberse requerido la elevación de la causa a juicio, se entendió que la inexistencia de requerimiento fiscal de instrucción suponía una violación de las formas procesales. El **agente fiscal recurrió** y, tras ello, la Corte **hizo lugar a la impugnación**. Más allá de las cuestiones de fondo, la mayoría del Tribunal se avocó al estudio del caso y soslayó el hecho de que se encontraran en juego cuestiones de derecho

común precisamente por considerar que la falta de sustanciación del recurso ante el tribunal de casación (artículos 451, 453, 465 y 478 del C.P.P.N.) suponía una vulneración al **debido proceso que habilitaba su competencia extraordinaria** (v. considerando 5).

**2. “Flores, Claudio Alberto” (F. 492. XLII del 3/5/2007).**

La trascendencia de este fallo radica en sintetizar –implícitamente- la resolución de la CSJN -que remite a los fundamentos del fallo **“Casal”**- con el argumento de aquel otro recaído en **“Jurevich”** introducido por la defensa. A este respecto y de acuerdo a lo expuesto, la doble instancia no solo resultará lesionada cuando se rechace un recurso sobre la base de una pretendida distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, sino también, cuando se coarte el debate sobre los agravios en la propia instancia de casación.

**3. “Dorado, Nicolás Federico” (D. 598. XL del 18/12/2007)**

Especialmente el voto concurrente del juez Petracchi. La mayoría –por remisión al precedente **L. 1157. XL, “López, Luis Alberto del 18/12/2007**- introdujo al análisis la cuestión de fondo y, a partir de ello, sentó la posición de acuerdo a la cual el tratamiento tutelar impuesto a los menores de edad debía computarse como privación de libertad de cara a las previsiones del otrora vigente artículo 7 de la ley 24.390. Por su parte, el juez Petracchi compartió el dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte; marco en el cual se había reconocido que el **“juicio de casación” forma parte integral de del debido proceso y el derecho de defensa:** *“Advierto que, en el caso, ese temperamento ha impedido a la recurrente el ejercicio amplio y efectivo del derecho de defensa de su asistido, no sólo por frustrársele el acceso al contradictorio propio del remedio procesal que fundamentalmente había intentado, sino además porque la cuestión que pretendía someter a consideración en modo alguno resultaba insustancial”* (punto III del aludido dictamen).

**h. El derecho al recurso en procesos de faltas:**

**1. “Marchal” (Fallos, 330:1427).**

En el caso, el Tribunal sostuvo que existía **cuestión federal bastante** si se invocababa el desconocimiento del derecho al doble conforme en el marco de **procesos de faltas provinciales**.

**les.** En el voto concurrente de los jueces **Fayt y Zaffaroni**, explícitamente se utiliza a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso del “Tribunal Constitucional del Perú” –bien que a modo de **obiter dictum**- con el objeto de reafirmar la necesidad de garantizar en los juicios de faltas el derecho dimanado de los artículos 8.2.h. de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (considerando 5).

*i. Facultad del fiscal de recurrir en perjuicio del imputado.*

Se advirtieron ciertos planteos de inconstitucionalidad y ciertas limitaciones impuestas, explícita o implicitamente, por la Corte Suprema a este respecto:

**1. “Conforti, Christian” (C. 959. XLI del 26/3/2008).**

Si bien el recurso **fue desistido** por parte del imputado, en el **dictamen del señor Procurador Fiscal** se contestaron los agravios introducidos por la defensa y que se vinculaban con la **inconstitucionalidad del sistema bilateral de recursos**. En el caso, se había ordenado la realización de un nuevo juicio (reenvío) a instancias del recurso de casación deducido por parte del **agente fiscal**.

**2. “Argul, Nicolás” (A. 984. XLI del 18/12/2007).**

**Nicolás Miguel Argul** había sido condenado por el Tribunal Oral de Menores N° 3 de la Capital Federal a la pena de ocho años de prisión como coautor penalmente responsable de los delitos de robo en poblado y en banda, tenencia de armas de guerra sin la debida autorización legal y robo calificado por haber sido cometido con armas, en dos oportunidades. Contra esa sentencia, el **agente fiscal** dedujo **un recurso de casación** que, tras haber sido acogido, ameritó que la Cámara de la especialidad modificara el encuadre legal y le aplicara al encartado una pena sensiblemente mayor. Ante ello, la defensa particular de Argul dedujo recurso extraordinario, cuya denegación, originó la respectiva presentación directa por ante el máximo Tribunal. Si bien **la mayoría de la Corte** desestimó el recurso sobre la base del artículo **280 CPCCN**, el juez **Zaffaroni - en su voto en disidencia-** ingresó al tratamiento de los agravios. Lo inédito del caso es que el mencionado juez, tras reconocer que –a su juicio- los planteos de la parte trasuntaban cuestiones de hecho, prueba y derecho común –que, como regla, no son revisables por la vía del artículo 14 de la ley 48-, **propuso la habilitación de la competencia apelada de la Corte**: “...ya que de no hacerlo, la nueva sentencia condenatoria dictada por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal no tendría instancia de revisión alguna y se conculcaría la garantía contemplada en el art. 8 inc. 2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, la que goza de jerarquía constitucional” (considerando 8). Luego de analizar las particularidades del caso y descalificar cualquier entendimiento posible de la peligrosidad como agravante, **el juez Zaffaroni** hizo lugar al recurso, revocó el pronunciamiento apelado y, tras lo expuesto, **condenó a Argul -sin reenvío alguno-** a la originaria pena de ocho años de prisión. Cabe a ello agregar que, **en su voto en disidencia**

registrado en T. 228. XLIII, “**Tejerina, Romina**” del 8/4/2008, el juez Maqueda también mensuró por sí mismo la pena que, a su juicio, resultaba en el caso de aplicación. No obstante lo expuesto, la eventual **contradicción con la necesidad de realizar la audiencia de visu** a los efectos de cuantificar la sanción reconocida por la Corte en los precedentes “**Maldonado, Daniel**” (Fallos, 328:4343, **considerando 19**) y “**Garrone, Angel**” (Fallos, 330:393) resulta aparente, pues tanto en “**Argul**” como en “**Tejerina**”, las disidencias aplicaron la pena mínima prevista en las respectivas escalas legales. Diferente sería la solución si, con carácter general, se admitiera la posibilidad de **perforar (in melius) esos mínimos** sobre la base de las características objetivas del hecho y el grado de culpabilidad evidenciado por el autor.

### 3. “Kang Yoon Soo” (Fallos, 330:2265).

El voto en disidencia de los jueces Petracchi, Maqueda y Argibay registrado en el precedente “**Garófalo**” de Fallos, 330:1514 se transformó en mayoritario. En el caso, el agente fiscal había interpuesto un recurso de casación formal (dirigido contra una sentencia absolutoria) que, tras haber sido acogido por la Cámara de la especialidad, determinó que se ordenara la realización de un **nuevo juicio (reenvío)**. En el término de oficina, la defensa había invocado que tal solución procesal resultaba violatoria del principio **ne bis in idem**. Al momento de resolver, el tribunal apelado omitió pronunciarse sobre ese planteo, circunstancia que motivó a la Corte a hacer lugar al recurso y remitir los actuados a ese tribunal con el objeto de que se expida sobre dicha cuestión. Si bien, y en principio, la resolución de la Corte puede parecer puramente formal, lo cierto es que los términos en los cuales está construido el fallo **podrían llevar a pensar** que el Tribunal **comparte la solución de fondo**. Cabe agregar que esta posición también fue posteriormente refrendada en L. 309. XLIII, “**Lagos Rodas Jonathan**” del 4/12/2007.

## II. La garantía de imparcialidad del juzgador

En el presente acápite se encontrarán supuestos de (a) equiparabilidad (recusación) representados por los casos **Llerena; Lamas; Medina; Boccassini; Alonso**, (b) Temporalidad en la presentación del planteo en los casos en los cuales mediaba sentencia. Así el agravio introducido en instancia de casación fue consi-

derado en **Nicolini; Recalde; Dieser; Gómez; Nieva** (admitidos). Aquellos introducidos en el recurso extraordinario fueron **López Fader** (disidencia de los jueces Zaffaroni, Petracchi y Maqueda), **Martínez; Godoy y Galli** (rechazado por remisión mayoría de López Fader), **Cabrera y Jara**. Aquel introducido en el recurso de hecho por extraordinario denegado: **Zurra** (rechazado). Finalmente, aquel que se introdujo de oficio por parte de la Corte: **Pranzetti**.

Entre los diferentes supuestos de hecho se advierten:

-Acumulación de funciones en el proceso correccional: **Llerena; Nieva** (admitidos).

-Cámara de apelaciones que luego actúa como Tribunal de debate: **Nicolini** (auto de elevación a juicio); **Recalde; Gómez** (confirmación de auto de procesamiento y prisión preventiva).

-Su extensión a los jurados de enjuiciamiento de magistrados: **Freytes**

-Cámara de apelaciones (en instrucción y contra la sentencia condenatoria): **Dieser; López Fader** (disidencia de los jueces Zaffaroni, Petracchi y Maqueda).

-Tribunal de debate que intervino en el juicio respecto de un imputado y luego de su coimputado: **Zurra** (rechazado); **Lamas y Albornoz** (prejuzgamiento).

-Adelantamiento de opinión: **Medina**.

-Revisión realizada por el mismo Tribunal que confirmó la sentencia condenatoria: **Romero** (voto de los jueces Fayt, Petracchi y Zaffaroni. Rechazo)

-Revisión realizada por el mismo Tribunal que intervino en el recurso de revisión (por los mismos elementos) respecto de un imputado y luego de su coimputado: **Romero** (voto de los jueces Fayt, Petracchi y Zaffaroni. Rechazo).

-Sucesiva intervención de la misma Sala del tribunal intermedio primero en un recurso de la querella y luego en la impugnación interpuesta por el imputado en el mismo proceso (La Cámara se limitó a revocar, en el primer caso, dado que el tribunal de debate había inaplicado un fallo plenario): **Alonso**

-Sucesiva intervención de la misma sala de la Cámara de Apelaciones primero en un recurso interpuesto por el fiscal (que admite la impugnación y revoca la falta de mérito) y luego por el del imputado: **Boccassini**

-Intervención del mismo sujeto en la misma causa primero como fiscal y luego como juzga-

dor: **Catán** (admitido); **Martinez; Godoy y Galli** (rechazado).

**CASOS:**

**1. “Albornoz William Darwin” (A. 99. XLVI, del 8/2/2011).**

Aplicación del precedente “Lamas”.

**2. “Alonso” (Fallos, 330:1457).**

En el caso, el Tribunal Oral había absuelto al imputado. La decisión fue recurrida por la parte querellante y, tras ello, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal acogió la presentación con sustento en una decisión plenaria vinculada con la interpretación del elemento normativo “cheque”. Luego del reenvío de rigor, el imputado fue condenado y esa decisión recurrida por su defensa mediante el recurso de la especialidad. Llegados los autos a la misma Sala del tribunal intermedio, la asistencia técnica recusó a los jueces en función de su previa intervención en el pleito. Rechazado ello se dedujo un recurso extraordinario y la subsiguiente queja por su denegación que fueron acogidos por la Corte. Para llegar a esa decisión –y tras remitirse al dictamen del Procurador Fiscal- la Corte equiparó a definitiva la sentencia apelada y, luego de lo expuesto, apuntó –con cita de los precedentes “Quiroga” (Fallos, 327:5863) y “Dieser” (Fallos, 329:3034)- que en el caso existía temor de parcialidad por cuanto los magistrados de casación habían tomado un primer contacto con el expediente y que, tal circunstancia, comprometía el propio derecho al doble conforme.

**3. “Boccassini” (Fallos, 329:4663).**

En el presente, se discutió sobre si las resoluciones de la Cámara de apelaciones que hagan a la recusación o excusación de los jueces de esa instancia resultaban (o no) equiparables a definitiva. La Cámara de Casación respondió que no, mientras que la mayoría de la Corte –tras remitirse a lo ya expuesto en “Llerena” (Fallos, 328:1491)- contestó afirmativamente tal interrogante en una suerte de aplicación de la doctrina sentada en el precedente “Di Nunzio” –tribunal superior de la causa en materia penal en decisiones equiparables a definitiva que susciten cuestión federal (Fallos, 328:1108)-. A su turno, la jueza Argibay desestimó la pieza al amparo del artículo 280 CPCCN, mientras que el juez Lorenzetti entendió que, efectivamente, la resolución no era equiparable.

**4. “Cabrerá, Juan J. y Barrios, José O.” (C. 2910. XLII, del 9/6/2009).**

El tribunal de alzada que revocó la absolución no es neutro como para revisar, a raíz del posterior recurso del imputado, la sentencia condenatoria dictada en el juicio de reenvío. La Corte remitió al precedente R.30.XLIII “Rinaldi Trillo, Nicolás Pedro s/ homicidio calificado en grado de partícipe necesario –causa nº 969/03” del 2 de septiembre de 2008.

**5. “Catán” (C. 902. XLIV, del 19/5/2010).**

En el caso, proveniente de la provincia de Santiago del Estero, el Fiscal que actuara como fiscal de cámara (función en la que ofreció prueba de cargo) pasó a integrar el tribunal que finalmente juzgó y condenó a Catán. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la queja por remisión al dictamen del Procurador

General. Con basamento en la jurisprudencia de los casos “Dieser” y “Llerena” el Procurador General afirmó que en el caso se había violentado la garantía de imparcialidad, por haberse pasado por alto que un mismo sujeto, actuando bajo el rol de impulsor del proceso, tomó previo contacto con elementos de juicio que propuso al debate y que después, en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, utilizó de sustento para declarar la culpabilidad del imputado, sin mantener su posición de “ajeno” al sustrato fáctico de la causa, por estar condicionado de antemano.

#### **6. “Dieser” (Fallos, 329:3034).**

En este caso, la defensa de los imputados dedujo recurso extraordinario contra la sentencia que convalidó la condena. Allí se invocó la violación a la garantía de imparcialidad del juzgador, toda vez que algunos de los magistrados que confirmaron –en la alzada- el pronunciamiento condenatorio ya habían tomado intervención –también como Cámara de Apelaciones- en ciertos recursos deducidos por las partes en el proceso instructorio y que involucraban la revisión de actos esenciales (procesamiento y prisión preventiva). La Corte –tras remitirse al dictamen del Procurador Fiscal- hizo lugar al recurso. En la decisión, reconoció la cuestión federal involucrada, destacó la importancia de que el magistrado no solo debe ser imparcial, sino que ha de parecer imparcial frente a las partes (“imagen de imparcialidad”, punto IV, del dictamen). Por lo demás y como argumento de peso sindicó que la sucesiva intervención de los mismos magistrados no estaba en condiciones de satisfacer en forma plena el derecho a la doble instancia. La jueza Argibay, por su voto, compartió en lo esencial esa línea de razonamiento y remitió a la solución refrendada en la Acordada CSJN N° 23/2005.

#### **7. “Freytes” (Fallos, 331:1784).**

En el caso, la Corte – con remisión a “Llerena” (Fallos, 328:1491) y “Dieser” (Fallos, 329:3034)- descalificó la posibilidad de que un mismo juez –en el marco de un proceso de enjuiciamiento de magistrados- pueda formar parte del órgano que prepara la acusación y de aquél otro –jurado- que juzga.

#### **8. “Gómez” (G. 271. XLIII, del 1/4/2008).**

Se trata de un caso sustanciado en la provincia de Corrientes en el cual el tribunal de debate había convalidado –como Cámara de Apelaciones en el procedimiento preliminar- el auto de proce-

samiento y la prisión preventiva del imputado. El agravio vinculado con la violación a la garantía de imparcialidad fue introducido contra la sentencia de condena. La Corte hizo lugar a la presentación tras remitirse al dictamen del Procurador Fiscal quien, a su vez, había remitido a lo ya dicho en “Dieser” (Fallos, 329:3034). La jueza Argibay –en un voto concurrente- compartió esa solución.

#### **9. “Lamas, Fernando Pablo” (L. 117. XLII, del 8/4/2008).**

La defensa de Pablo Fernando Lamas dedujo recurso extraordinario contra la decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal que convalidó el rechazo de la recusación oportunamente articulada. En el caso, se invocó la violación a la garantía de imparcialidad objetiva por cuanto el Tribunal que pretendía juzgar a Lamas había dictado sentencia condenatoria respecto de su coimputado. En dicho marco y al momento de fundar la sentencia condenatoria había valorado una declaración testimonial cuyos efectos incriminadores también alcanzaban al imputado no juzgado (Lamas). La Corte hizo lugar al recurso de la defensa y, de la mano del criterio sustentado en “Llerena” (Fallos, 328:1491), entendió que en el sub judice existía un temor objetivo de parcialidad que imponía la inhibición del Tribunal en el entendimiento del caso.

#### **10. “Llerena” (Fallos, 328:1491).**

En el caso se discutió sobre la compatibilidad constitucional entre la garantía de imparcialidad del juzgador y la acumulación de funciones instructorias y decisorias en cabeza de un mismo juez correccional. En primer término, la Corte declaró formalmente admisible la presentación por cuanto si bien no se trataba de una sentencia definitiva, debía ser equiparada en tanto las decisiones que rechazan recusaciones se vinculan con el derecho de defensa y una mejor administración de justicia. Por otro lado, reconoció la existencia de una faz objetiva y una subjetiva y que la violación a la primera sólo puede ser denunciada por el imputado. Asimismo, se sostuvo que la imparcialidad debía primar por sobre una interpretación restrictiva de las causales de recusación y excusación y que el temor de parcialidad debía entenderse como un motivo no escrito de apartamiento.

#### **11. “López Fader” (L. 953. XLI, del 25/9/2007).**

En el caso, el imputado cuestionó que la Sala I de la Cámara en lo Criminal y Correccio-

nal Federal se haya conformado con la presencia de dos jueces, en detrimento de los tres impuestos reglamentariamente. Cabe aclarar que uno de esos magistrados había confirmado el auto de prisión preventiva de López y luego la sentencia condenatoria que le fuera impuesta al encartado. Esa circunstancia lo condujo a cuestionar –recién en el recurso extraordinario federal– la violación a la garantía de imparcialidad del juzgador. La mayoría de la Corte entendió que ese agravio había sido interpuesto tardíamente, mientras que los jueces Zaffaroni, Petracchi y Maqueda resolvieron el punto –esto es, la sucesiva intervención de uno de esos magistrados en el proceso– de la mano del precedente “Llerena” de Fallos, 328:1491.

**12. “Martínez, Godoy y Galli”. (Fallos, 334:365).**

Se trató de un planteo de recusación originado en que el juez del voto principal había participado como fiscal de estado en la causa; a fin de definir la constitucionalidad de una norma procesal que establece que las actuaciones del sumario podrán ser examinadas por las partes y sus defensores después de la indagatoria. La Corte por remisión al dictamen del procurador considera que el planteo fue extemporáneo (fallos 325:181). Sin embargo, entró en el fondo para sostener que no cualquier actividad del juez da lugar a recusación, y que no se demostró en el caso la afectación a la garantía de imparcialidad. Recalcó que el juez recusado sólo había dado su opinión como fiscal de estado sobre la constitucionalidad del art. 211 del Código Procesal Penal local. No impulsó el proceso (tarea que estuvo a cargo de un agente del Ministerio Público Fiscal de esa provincia), ni se pronunció acerca de la hipótesis fáctica y la participación del recurrente, quien en su apelación federal no se ocupó de demostrar, al menos, que la entonces fiscal de Estado haya tenido en aquel acto la posibilidad de examinar en profundidad las actuaciones principales y formarse una opinión frente al caso.

**13. “Medina” (M. 358. XLII, del 3/5/2007).**

Aquí la defensa de Medina había recusado a los magistrados de un Tribunal Oral en lo Criminal de La Pampa fuera del plazo de citación a juicio y con fecha de realización de debate fijada. Rechazada esa presentación, se dedujo remedio federal que la Corte acogió. Para resolver de ese modo –y con sustento en la doctrina de la arbitrariedad– entendió que la resolución resultaba equiparable a definitiva –por importar la decisión un menos cabio a la administración de justicia– y que existían dudas razonables sobre la eventual parcialidad de los magistrados ya que, al parecer, habían adelantado opinión respecto de la eventual calificación legal a aplicar. Por último y en punto a la presunta extemporaneidad del planteo, la Corte consideró que el Tribunal había priorizado una mera cuestión de orden por sobre un derecho garantizado constitucionalmente. La jueza Argibay estimó el recurso con sustento en el artículo 280 CPCCN.

**14. “Nicolini” (Fallos, 329:909).**

En el presente, dos de los jueces que dictaron la sentencia condenatoria (provincia de Córdoba) habían convalidado –en carácter de Cámara de Apelaciones– la decisión del juez de instrucción

por la cual se dispuso la elevación de la causa a debate. El agravio vinculado con la violación a la imparcialidad fue introducido en el recurso de casación que, a la postre, fue rechazado por parte del Tribunal Superior de Justicia de esa provincia. La mayoría de la Corte hizo lugar al planteo de la defensa para lo cual citó en su apoyo el precedente “Llerena” de Fallos, 328:1491. A su turno y por medio de un voto razonado que, en lo sustancial, reprodujo el criterio sustentado en su disidencia en “Nieva” (Fallos, 328:3773), el juez Lorenzetti confirmó la sentencia apelada.

**15. “Nieva” (Fallos, 328:3773).**

En el caso, la defensa había cuestionado el rechazo de un recurso de casación contra una sentencia condenatoria fundado en la violación a la imparcialidad derivada de la intervención de un mismo juez correccional en calidad de instructor y magistrado de juicio. La mayoría de la Corte hizo lugar a la queja con sustento en el precedente “Llerena” (Fallos, 328:1491). Por su parte, el juez Lorenzetti –en su voto en disidencia razonada– sostuvo que la mera acumulación de funciones en un mismo juez no implica per sé una violación a la garantía comprometida, sino que ello debe ser probado en cada caso en concreto en función de otras razones y evidencias concretas (“circunstancias particulares”).

**16. “Pranzetti” (Fallos, 331:1605).**

En el caso, el señor Procurador introdujo de oficio el punto referido a la violación a la imparcialidad derivada de la doble intervención de la Cámara de Apelaciones (como alzada que validó el auto de procesamiento y, luego, como tribunal que revocó la sentencia absolutoria), en dictamen que fue compartido por la mayoría de la Corte Suprema.

**17. “Recalde” (Fallos, 330:1540).**

En el caso, el órgano de juicio había tenido participación como Cámara de Apelaciones en el procedimiento instructorio respecto de actos esenciales (procesamiento y prisión preventiva). La particularidad del presente radica en que el agravio vinculado con la afectación a la imparcialidad recién se introdujo al momento de ser impugnada la sentencia condenatoria. La Corte remitió –por mayoría– al precedente “Dieser” (Fallos, 329:3034), mientras que la jueza Argibay rechazó conforme al artículo 280 CPCCN.

**18. “Rinaldi Trillo, Nicolás” (R. 30, L.XLIII, del 2/9/2008).**

En el caso, y al igual que en “Alonso”, el tri-

bunal de alzada que había anulado la sentencia absolutoria fue quien luego intervino como alzada ante el recurso deducido por el imputado. La Corte se remitió al dictamen del señor Procurador Fiscal quien, a su vez, propuso la descalificación del fallo con arreglo a la doctrina “Dieser”, “Alonso” y “Llerena”. La jueza Argibay votó por la desestimación de la queja.

**19. “Romero” (Fallos, 330:2327).**

En este caso, se discutió sobre la eventual violación a la garantía de imparcialidad derivada de la intervención de un mismo Tribunal (el Superior de Justicia de la provincia de Entre Ríos): a) en el marco del recurso contra la sentencia no firme y, luego, en un recurso de revisión y b) en el marco de la revisión deducida por el coimputado y luego en la interpuesta por Romero. La mayoría de la Corte rechazó el recurso con invocación del artículo 280 CPCCN, mientras que los jueces Fayt, Petracchi y Zaffaroni hicieron lo propio pero tras remitirse al dictamen del señor Procurador Fiscal quien había entendido que, en ninguno de ambos supuestos, se encontraba violada la garantía de imparcialidad.

**20. “Romero, Christian Maximiliano” (Fallos, 333:1075).**

Voto del juez Petracchi. Corresponde revocar la sentencia que fue suscripta por dos jueces que al examinar el caso en una intervención anterior ya habían llegado a una conclusión semejante y que no se limitó a cuestiones sólo relativas a la admisibilidad formal del recurso, sino que, por el contrario, apoyó el rechazo del recurso en consideraciones de fondo, atinentes a la responsabilidad del acusado, ya que aun cuando el agravio relativo a la violación de la garantía de imparcialidad sólo fue introducido en oportunidad del recurso de queja, el procedimiento seguido por el a quo no satisfizo los estándares mínimos del debido proceso.

**21. “Zurra” (Z. 210. XLII, del 30/10/2007).**

En este caso, se cuestionó –recién en el recurso de hecho por extraordinario denegado– que el tribunal de juicio hubiera intervenido, en primer término, en el proceso seguido contra un imputado y, luego, en el mismo proceso en el cual fue juzgado el coimputado pero que, al momento de ser realizado el primer debate, se encontraba rebelde. El Procurador Fiscal en su dictamen propició el rechazo en función de la extemporaneidad del agravio y la Corte resolvió de conformidad con el artículo 280 CPCCN.