

DERECHOS SOCIALES Y DOCTRINA FRANCISCANA

REFLEXIONES Y DEBATES



Coordinador **Roberto Andrés Gallardo**



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

**JUS
BAI
RES**
EDITORIAL

Derechos sociales y doctrina franciscana

Reflexiones y debates

Roberto Andrés Gallardo
Coordinador



www.editorial.jusbares.gob.ar
editorial@jusbares.gob.ar
fb: /editorialjusbares
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320



Sello
**Buen
Diseño**
argentino

Derechos sociales y doctrina franciscana. Reflexiones y debates / Roberto Andrés Gallardo ... [et al.] ;
coordinación general de Roberto Andrés Gallardo. - 1a ed. -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbares, 2019.
280 p. ; 22 x 16 cm.

ISBN 978-987-768-056-0

1. Derechos Sociales. 2. Documentos Pontificios. 3. Teoría Crítica. I. Gallardo, Roberto Andrés, coord. II. Título.
CDD 349

© Editorial Jusbares, 2019

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial

Presidenta:

Vanesa Ferrazzuolo

Miembros:

Alberto Maques

Alejandro Fernández

Lidia Ester Lago

Carlos F. Balbín

Silvina Manes

Alejandra García

Editorial Jusbares

Edición: Francisco Berreta

Corrección: Daniela Donni, Florencia Parodi

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Carla Famá

Ilustración de tapa: Sebastián Maissa

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Saira* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora Omnibus-Type y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades 2019

Presidente

Alberto Maques

Vicepresidente

Alejandro Fernández

Secretaria

Lidia Ester Lago

Consejeros

Raúl Alfonsín

Silvia Bianco

Vanesa Ferrazzuolo

Anabella Hers Cabral

Darío Reynoso

Marcelo Vázquez

Administrador General

Luis Hernando Montenegro



PONTIFICIA ACADEMIA DE LAS CIENCIAS

Primera Jornada sobre Derechos Sociales y Doctrina Franciscana

Comité Organizador

Dr. Roberto A. Gallardo

Dr. Gustavo Daniel Moreno

Mons. Marcelo Sánchez Sorondo

Comité Académico Permanente

Dr. Carlos Balbín

Dr. Esteban Centanaro

Dra. Graciela Christe

Dr. Horacio Corti

Dra. Fabiana Schafrik de Nuñez

Dra. Inés Weinberg

ÍNDICE

Prólogo	
Roberto Andrés Gallardo	13
Saludo de las academias auspiciantes	
Juan Pablo Mas Velez y Marcelo Sánchez Sorondo	19
Principales cuestiones en materia de derechos sociales en la doctrina franciscana	
Graciela E. Christie	21
El papa Francisco: la cuestión social a través de un pontífice de la modernidad	
Graciela E. Christie	27
Las tres T: tierra, techo y trabajo como derechos operativos	
Introducción de las ponencias	
Cecilia Mólica	35
El acceso a una vivienda digna	
Elena Liberatori	43
Algunas reflexiones en torno al derecho a la tierra en Argentina	
Fabiana Schafrik de Nuñez	81
El trabajo, la exclusión social y la cultura del descarte	
Horacio Corti	101
Medioambiente y el cuidado de la casa común	
Introducción de las ponencias	
Francisco Ferrer	117
El derecho a tener derechos	
Carlos Balbín	123

El desarrollo sostenible como modo de paliar la economía de exclusión. Una mirada sistémica desde los derechos sociales	
Alejandra Petrella	137
La Encíclica <i>Laudato Si'</i> y sus proyecciones jurídicas: el caso de litigios sobre derechos económicos, sociales y culturales	
Mariana Pucciarello	149

Migrantes y marcos jurídico-políticos

Los derechos de las niñas y los niños en contexto de migración. Dos casos que ilustran los efectos de estereotipos negativos en la Ciudad de Buenos Aires	
Mabel López Oliva	171
Los migrantes y el respeto de sus derechos humanos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	
María Alejandra Villasur García	191
La colonialidad étnica en el desarrollo del pensamiento jurídico argentino. Apuntes de cartografía jurídica	
Luis Arias	209

Poder Judicial y gestión de los derechos sociales vista desde la vulnerabilidad

Reflexiones sobre las ponencias	
Darío Reynoso	223
Por una auténtica cultura del diálogo y el encuentro en el litigio por derechos económicos, sociales, culturales y ambientales	
Nicolás Vargas	225
Acceso a la justicia de las personas vulnerables: La experiencia de trabajo comunitario entre el Ministerio Público Fiscal y la Iglesia católica	
Julián Axat	231
Reflexiones	
Gustavo Vera	247
Ideas	
Eduardo Murúa	257

Sincerándose	
Juan Grabois	261
Reflexiones de cierre	
Darío Reynoso	269
Conclusiones y recomendaciones de la Primera Jornada sobre Derechos Sociales y Doctrina Franciscana.....	271

Prólogo

Roberto Andrés Gallardo*

Mediante el esfuerzo tripartito de la Pontificia Academia de las Ciencias, la Universidad de Buenos Aires y Editorial Jusbaire, se publican en este libro las ponencias de la Primera Jornada sobre Derechos Sociales y Doctrina Franciscana.

Es un honor, para quienes constituimos el comité organizador del evento, poder ofrecer ese aporte con elevado nivel académico y profundidad política y filosófica, para la construcción de un derecho alternativo y posible, concebido desde la inspiración franciscana.

Agradecemos calurosamente las contribuciones de cada uno de los participantes y el compromiso y la seriedad que han demostrado en sus respectivos trabajos. Todos sus esfuerzos se encaminan a la construcción de una sociedad mundial justa e integrada.

Aunque parezca una obviedad, nos une una preocupación que se acrecienta: cómo hacer para concretar en millones de habitantes del planeta, los derechos sociales. Qué hacer para que la salud, la alimentación, la educación, la vivienda, el trabajo y el bienestar, entre otros derechos humanos, se hagan realidad en todos nuestros pueblos.

Esta preocupación se basa además en una constatación empírica que nos permite afirmar que, en el mundo, millones de habitantes aún no alcanzan su dignidad humana. Son pobres, excluidos, descartados.

En este contexto, más allá de los aportes y de las referencias inspiradoras de Francisco vinculadas estrictamente con cada derecho social en particular, el papa nos indica un conjunto de pautas de labor, un método, para trabajar de aquí en más. Francisco es metódico e inspira también en el terreno del cómo hacer.

Por eso, quiero rescatar su permanente invitación a modificar nuestras praxis. A detenernos para efectuar un examen sobre qué hacemos, cómo lo hacemos y para qué lo hacemos.

* Juez de la CABA, profesor regular de la Universidad de Buenos Aires.

En ese camino, los operadores jurídicos –abogados, jueces, fiscales, asesores, defensores, docentes, pero también muy especialmente los estudiantes– deberíamos intentar, como primer paso, el diseño de una nueva identidad.

Mientras los centros de poder crean nuevas figuras jurídicas, establecen reglas emergentes, justifican con argumentos novedosos la asfixiante facticidad que nos abruma día tras día, nosotros no hemos sido capaces de generar una identidad alternativa y sostenerla.

Han avanzado ellos, hasta llegar a la forma más aberrante de manipulación política mediante el uso de la institucionalidad jurídica. La guerra jurídica o judicial, la *lawfare*, que implica la modificación de escenarios políticos y la sustitución de la voluntad popular por medios pseudolegales, es hoy moneda corriente en nuestro continente y se expande por el resto del mundo. Frente a eso, no hemos sido capaces de reaccionar ni de oponer alternativas válidas. Algunos jueces se han puesto las botas que dejaron los militares y no sabemos qué hacer.

La nueva identidad jurídica a la que tendríamos que abocarnos debe partir de la premisa que insistentemente marca Francisco acerca de la supervivencia del hombre y del planeta. Estamos frente a la necesidad de un verdadero derecho a la supervivencia. Pensemos sino en algunos interrogantes: ¿acaso no es bizarro que estemos enseñando en estos claustros la vigencia de normas que son derogadas de hecho por las principales potencias del planeta? ¿Qué derechos sociales pueden regir para la humanidad cuando el diez por ciento de la población se alza con el 90 por ciento de la riqueza mundial? ¿Estamos discutiendo de derecho internacional sentados sobre el mayor arsenal nuclear nunca antes visto? ¿Nos preocupa el derecho del consumo sin haber resuelto antes qué hacer con la contaminación que produce el aumento de las producciones?

Francisco nos invita a revolcarnos en la realidad. Nos llama a anclar nuestros pies en el barro y despojarnos de las ficciones que nos limitan y engañan. Estamos dominados por un verdadero orden ficcional. La economía de los papeles, la democracia adjetiva y la multimedia concentrada hacen de nuestro entorno una burbuja que nos condiciona desde el amanecer hasta la puesta del sol. No hay tregua.

Cuando Francisco repite insistentemente que la realidad es superior a la idea, nos está invitando a volver al suelo. Caer de esa ficción en la que nos han colocado y actuar sólo en base a lo real.

Desde la realidad podremos claramente identificar cuál es la normatividad que se dirige a consolidar los derechos de los hombres y las mujeres y de los pueblos del mundo y cuál la que sólo persigue profundizar el modelo de dualización social al que nos están sometiendo.

Aprehender, comprender la realidad, nos permitirá a su vez dimensionar la estructuralidad de la crisis. Cuando Francisco señala que el sistema no aguanta más, cuando denuncia la irracional concentración de la riqueza, afirma con vehemencia que estamos ante un desafío mayúsculo. No se trata de meras correcciones para un sistema perfectible, sino de reconocer el agotamiento de un estado de cosas y la urgente necesidad de un diseño alternativo.

Francisco es la invitación a la revolución ecosocial y *Laudato Si'* es el manifiesto liminar de esa transformación revolucionaria. El método de Francisco nos sugiere además indagar en la causalidad de los procesos de degradación y dominación humana, y en las diversas formas estratégicas y tácticas para revertirlos. Pensar el árbol y no pensar sólo la hoja, asumir que el todo es superior a las partes y que sólo se comprende lo que puede abarcarse íntegramente.

Como ejemplo, un efecto práctico de esta inspiración franciscana podría ser, por qué no, pensar en la legitimidad o constitucionalidad de una práctica presupuestaria que justifica la vulneración de derechos sociales por supuesta carencia de recursos, cuando previamente exime de tributos a un sinnúmero de actividades privilegiadas o grava en forma mínima a sectores de riqueza concentrada o admite monopolios o latifundios. Ese presupuesto puede ser legal pero jamás legítimo, y mucho menos justo.

Transitando estos postulados franciscanos, no existen las cuestiones no justiciables reservadas a unos pocos y que luego comprometen a todo. No todo lo legal es justo, mucho menos legítimo y tampoco necesariamente acatable. Los pueblos no pueden seguir siendo sometidos por órdenes jurídicos que, en vez de dignificar, degradan. Los derechos sociales, los derechos humanos, no pueden ni deben subordinarse a pautas financieras o economicistas que sólo privilegian el aumento de la tasa de ganancia de un puñado de individuos y perju-

dicen la existencia de millones. ¿De qué justicia estamos hablando, si convalidamos esas reglas que pretenden imponernos?

Por supuesto, nada se hace de un día para el otro. Francisco nos enseña entonces que el tiempo es superior al espacio. Que de nada sirve la loca carrera por ocupar un puesto o un cargo de gobierno. Lo útil es el tiempo aplicado a un proceso, su coherencia, su consistencia, su solidez. Tenemos que aprender a parir los cambios asumiendo los tiempos de su gestación, desconfiando de la rapidez y automaticidad de las aparentes transformaciones.

Francisco sugiere, además, unirnos por sobre los conflictos menores en aras de desafíos mayores. Así como aquí muchos pensamos distinto, y muy distinto, y hemos dado el paso para pensar algunos temas desde una perspectiva común. Confío en que podamos ser capaces de articular entre nosotros en torno de los objetivos de dignidad y concreción de derechos para nuestro pueblo.

El papa nos inspira y mucho, no sólo con sus nuevas teorías y doctrinas, sino con sus prácticas. Coherentes y reiteradas. Francisco simplifica. Nos enseña un nuevo lenguaje de cercanía y comprensión, descontracturado, despojado de formalidades innecesarias. Es algo que nos hace falta en nuestra labor cotidiana. Lo justo tiene que poder entenderse siempre y por cualquiera. Cuando las palabras retuercen los mensajes y las justificaciones se envuelven con cinco papeles, seguramente no es justicia lo que está en el interior.

Francisco nos inspira entonces para comprender, a rebelarnos y a transformar la realidad, sentir la injusticia como la sienten los que la padecen. Sus mensajes nos invitan a preguntarnos: ¿podemos administrar justicia si no somos capaces de sentir la injusticia? ¿No nos habremos convertido en seres insensibles que, bajo las túnicas de la neutralidad, la objetividad y la imparcialidad, son incapaces de pensar y sentir el sufrimiento del otro?

Las enseñanzas e inspiraciones metodológicas de Francisco son muchas más. Podríamos dedicar una jornada entera a ellas y seguramente nos faltaría tiempo. Sólo quiero referirme a dos más para cerrar.

Una, la vinculada con la solidaridad. Francisco nos invita a ser solidarios con los perseguidos por hacer el bien. Él siempre se muestra así. Cerca de los injustamente oprimidos por servir.

Solidarios debemos ser también nosotros con los colegas que han sido y son castigados por su compromiso. Públicamente decimos que ellos no están solos. Que somos y seremos solidarios con ellos y con los que en el futuro sean objeto de la agresión del poder. Nuestra unidad y nuestra solidaridad son la única garantía de un ejercicio judicial pleno y eficaz.

La última inspiración a la que me quiero referir tiene que ver con la sensación de derrota a la que nos intenta inducir el sistema, al destacar a quienes selecciona como operadores positivos, que son los que con sus prácticas lo sostienen, y denigrar a los que desafiamos el estado de cosas haciéndonos sentir que somos pocos o relativizando nuestras fuerzas.

Francisco nos cuenta que el pan se hace con levadura, la levadura es poca, pequeña, aparentemente insignificante, pero con el tiempo y con las condiciones necesarias adquiere la increíble potencia expansiva que transforma y da cuerpo al pan. Y alimenta. Si todo fuera levadura, nada crecería, si todo fuera harina nada crecería.

Estamos aquí, entonces, dispuestos a asumir ese rol, pequeño, lento, consistente y expansivo de las levaduras, para parir una nueva justicia y ayudar a consolidar la dignidad de nuestros pueblos.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, marzo de 2019

Saludo de las academias auspicientes

La palabra de Francisco adquiere con el correr del tiempo más protagonismo y se alza como la voz de un modelo global inspirado en el Evangelio y de la consecuente resistencia a un sistema económico y político de descarte masivo y autoritarismo político. Su visión holística y el novedoso abordaje de la crisis socioambiental que efectúa lo posicionan como un líder intelectual y moral que, prescindiendo de la postura religiosa de cada uno, merece ser atendido, seguido y profundizado.

La incidencia que sus ideas y acciones tienen en diversos campos de la actividad social y política es innegable. Por ese motivo, la Pontificia Academia de las Ciencias y la Universidad de Buenos Aires han contribuido al desarrollo de esta primera experiencia de debate académico universitario sobre la inspiración franciscana en el mundo de los derechos sociales y su concreción jurídico-política. Este debate, que se dio en la Facultad de Derecho de la UBA en junio de 2018, tuvo por protagonistas a jueces, abogados, referentes de movimientos sociales y miembros comprometidos de la Iglesia católica.

El presente texto, que concentra las exposiciones de esa Primera Jornada sobre Derechos Sociales y Doctrina Franciscana, editado por la Editorial del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cobra una extraordinaria relevancia para todos los operadores jurídicos de nuestro país y del mundo y, por qué no también, para todas las personas que sin desempeñarse en el mundo del derecho, se interesan en el crítico estadio actual de la problemática social.

Las investigaciones aquí presentadas, relatadas por reconocidos exponentes de la justicia argentina, tienen por común denominador la inspiración que en ellos ha generado la palabra del papa Francisco. Relatan cómo el pensamiento jurídico (y judicial, en particular) es atravesado por lo que el papa sugiere y pregona. Pero para enriquecer aun más la visión sobre el tema, se agregan los pensamientos de un importante grupo de líderes de movimientos sociales argentinos. Ellos tienen mucho que decir sobre el rol del Poder Judicial visto desde el prisma franciscano y lo hacen con compromiso y claridad.

Este documento, guiado por las enseñanzas de Francisco, servirá sin lugar a duda de base para organizar nuevos encuentros sobre cuestiones inherentes a la justicia social y a la justicia ambiental en diversas regiones del mundo, pues su vocación es constituirse en un inductor de nuevas prácticas judiciales frente a las crisis globales y no ser un mero repaso de exposiciones teóricas. Así, pretende configurar una herramienta de praxis en el hoy erosionado mundo de los derechos sociales y de un planeta amenazado en su supervivencia.

En nombre de la Pontificia Academia de las Ciencias y de la Universidad de Buenos Aires agradecemos a todos quienes han contribuido en la realización de esta jornada y en la elaboración de las conclusiones de este documento. Deseamos que esta actividad sea el puntapié de una corriente mundial de opinión jurídica que jerarquice el abordaje y la defensa de los derechos sociales, de la justicia ambiental y de la dignidad irrenunciable de todos y cada uno de los seres humanos del planeta, para legar un mundo mejor a las futuras generaciones.

Marcelo Sánchez Sorondo
Canciller de la Pontificia Academia
de las Ciencias

Juan Pablo Mas Velez
Vicerrector de la Universidad de
Buenos Aires

Principales cuestiones en materia de derechos sociales en la doctrina franciscana¹

Graciela E. Christe*

La exhortación de Francisco

Desde su asunción como sumo pontífice en marzo de 2013, hemos advertido que la columna vertebral en la prédica de Francisco es su especial interés por los más vulnerables: los niños, los pobres, los ancianos, los migrantes; aquellos que han quedado al margen de la sociedad.

Se ha preocupado por mirar el mundo desde una perspectiva más abierta y más consciente y nos interpela con su mensaje para que nos encaminemos en la senda de la solidaridad. En esa trayectoria, la Doctrina Social de la Iglesia (en adelante, DSI) es reivindicada a diario en sus comunicaciones con el mundo entero. La cuestión social ha sido colocada en el centro de la escena por la Iglesia católica desde la asunción de Jorge Bergoglio, el papa Francisco, quien se ha encargado de convertirla en la piedra angular de su mensaje apostólico.

Su enseñanza, expuesta en numerosos textos y frente a diversos auditorios, nos llama a la reflexión y también a la acción, a la puesta en práctica de los valores cristianos y a unirnos comunitariamente todos los seres humanos en pos del bienestar común. Su preocupación consiste en hacer exigible la Doctrina Social con especial atención en aquellos que se encuentran sumidos en contextos de vulnerabilidad. La inclusión social constituye la base desde la que se ha de edificar nuestra vida en sociedad: ¿de qué nos sirve la organización de una comunidad política si no existe la solidaridad entre aquellos que la conformamos?

1. Este aporte fue presentado en el marco de la Primera Jornada sobre Derechos Sociales y Doctrina Franciscana, el 4 de junio de 2018, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

*Defensora General Adjunta de la CABA.

Francisco nos exhorta a no permanecer indiferentes al sufrimiento de nuestro prójimo, cuando observa que

... la carencia extrema que se vive en algunos ambientes que no poseen armonía, amplitud y posibilidades de integración facilita la aparición de comportamientos inhumanos y la manipulación de las personas por parte de organizaciones criminales.²

En estas Primeras Jornadas, en las que reflexionaremos sobre la doctrina social y el derecho, el papa Francisco nos convoca a “imaginar, diseñar y sostener un nuevo mundo asumiendo al viejo mundo de las normas”.³ Con ese designio nos hemos reunido para pensar y debatir cursos de acción tendientes a lograr la exigibilidad y la efectiva vigencia de los derechos sociales.

Fuentes de la doctrina social del papa Francisco

La doctrina social del papa Francisco se sustenta en primer lugar en los Santos Evangelios, en las enseñanzas de sus predecesores que se manifestaron sobre estos temas, como ocurre en la Encíclica *Quadragesimo Anno* de Pío XI, de 1931,⁴ que vio la luz al cumplirse el cuadragésimo aniversario de la Encíclica *Rerum Novarum* de León XIII; en *Mater et Magistra* de Juan XXIII, de 1961; en *Populorum Progressio* de Pablo VI, de 1967, en la que se hace referencia a la necesidad de promover el desarrollo integral

2. Francisco, “Carta Encíclica *Laudato Si'*. Sobre el cuidado de la casa común”, Roma, 24 de mayo de 2015, párr. 149. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html

3. Carta del papa Francisco a los participantes de la Primera Jornada de Derechos Sociales, 2018.

4. Pío XI, “Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*. Sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica”, Roma, 15 de mayo de 1931, párr. 109. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html. Allí se refiere a las consecuencias del espíritu individualista en la economía, la dictadura económica que se ha adueñado del mercado libre, el deseo de lucro que ha sucedido a la desenfrenada ambición de poderío y a que la economía se ha hecho horrendamente dura, cruel, atroz. Advierte también sobre la caída de prestigio del Estado que, atento exclusivamente al bien común, a la justicia, debería ocupar el elevado puesto rector y supremo árbitro de las cosas, en vez de volverse por el contrario esclavo, entregado y vendido a la pasión y a las ambiciones humanas.

de los pueblos;⁵ en la Encíclica *Deus Caritas est* de Benedicto XVI⁶ y en otros documentos que a lo largo de los tiempos han atendido cada vez con mayor extensión y preocupación estas cuestiones.

Esto se puede ver en especial aquellas publicaciones en las que constan los discursos pronunciados en los encuentros con los integrantes de los movimientos populares, con quienes se reunió en 2014, 2015 y 2016: en Roma el 28 de octubre de 2014, en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, el 9 de julio de 2015 y nuevamente en Roma el 5 de noviembre de 2016.

Su postura abre una novedosa perspectiva que pone en cuestión verdades que no son dogmas, por eso afirmó que “sin embargo ni el Papa ni la Iglesia tienen el monopolio de la interpretación de la realidad social ni las soluciones a los problemas contemporáneos”⁷ cuando hacía alusión a una visión secular acerca de los eventos y la construcción de la historia social.

Movimientos populares

Sin embargo, el aspecto realmente original de Francisco es la importancia y el énfasis que otorga a la participación de los movimientos populares que integran los trabajadores, los desocupados, los cartoneros, los recicladores urbanos, los vendedores ambulantes, los artesanos, los pescadores, los mineros, los obreros de empresas recuperadas, los cooperativistas y los trabajadores de oficios populares, entre otros, como expresión de lo que el pontífice denomina la “cultura del encuentro” como alternativa válida para aventar la discriminación, la xenofobia y la intolerancia, en un camino de paz y justicia.

Francisco los exhorta a continuar luchando por sus derechos sagrados: tierra, techo y trabajo; a reclamar sin violencia y con pasión,

5. En la que, citando a un eminente experto, L. J. Lebrecht, el pontífice subraya que no hay que separar la economía de lo humano ni el desarrollo de las civilizaciones en la que está inscripta: “Cuenta el hombre, cada agrupación de hombres, hasta la humanidad entera”.

6. Benedicto XVI, “Carta Encíclica *Deus Caritas est*. Sobre el amor cristiano”, Roma, 25 de diciembre de 2005, párrs. 239-240. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20051225_deus-caritas-est.html

7. Francisco, “Discurso del Santo Padre”, Participación en el II Encuentro Mundial de los Movimientos Populares, Santa Cruz de la Sierra, 9 de julio de 2015. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2015/july/documents/papa-francesco_20150709_bolivia-movimenti-popolari.html

con el fin de resolver de raíz los problemas generales de la pobreza, la desigualdad y la exclusión, porque esas demandas forman parte de la doctrina social de la Iglesia.

Los movimientos populares no son partidos políticos y en eso radica su riqueza, porque expresan una forma distinta, dinámica y vital de participación social en la vida pública. El papa Francisco advierte:

No hay que tenerle miedo a la política, como dice Pablo VI: “La política ofrece un camino serio y difícil –aunque no el único– para cumplir el deber grave que cristianos y cristianas tienen de servir a los demás”.⁸

Y continúa diciendo que, no obstante la evidencia del mensaje destinado a colocar a los grupos vulnerables en el centro de las acciones, las políticas sociales son concebidas como políticas hacia los pobres pero nunca con los pobres, nunca de los pobres y mucho menos se las inserta en un proyecto que reúna a los pueblos.

Cambio

El cambio consiste en generar procesos, no en ocupar espacios de poder; se manifiesta en el incansable trabajo de los pobres y excluidos de la tierra y de la agricultura campesina, de quienes se reconocen como trabajadores de la economía popular, de quienes se ocupan de la autoconstrucción de viviendas y del desarrollo de la infraestructura barrial. El cambio lo alimentan los excluidos, los más humillados, los explotados. El futuro de la humanidad está en gran medida en sus manos, en su capacidad de organizarse y promover alternativas creativas en torno a las tres T: trabajo, techo, tierra.

Se trata de enfrentar los destructores efectos del imperio del dinero que es necesario transformar: los desplazamientos forzados, las emigraciones dolorosas, la trata de personas, la droga, la guerra, la violencia.

El papa señala que un programa de acción en pos del cambio puede encontrarse en las bienaventuranzas que Cristo predicó y que se encuentran transcritas en el Capítulo 5 de San Mateo y 6 de San Lucas, y además puede leerse en el Pasaje 25 de Mateo.

En el Capítulo 5, párrafo 3, del Evangelio Según San Mateo, leemos que Jesús subió a la montaña, se sentó y sus discípulos se acercaron a

8. Pablo VI, “Carta Apostólica *Octogesima Adveniens*”, Vaticano, 14 de mayo de 1971, párr. 46.

él. Entonces comenzó a enseñarles diciendo: “Felices los que tienen alma de pobres, porque a ellos les pertenece el Reino de los Cielos”. En el Evangelio según San Lucas, se lee en el párrafo 20: “Entonces Jesús, fijando la mirada en sus discípulos, dijo: ¡Felices ustedes, los pobres, porque el Reino de Dios les pertenece!”. Por su parte, en el Pasaje 25 de Mateo se lee: “Trata de llegar enseguida a un acuerdo con tu adversario, mientras vas caminando con él, no sea que el adversario te entregue al juez y el juez al guardia y te pongan preso”.

El cuidado de la casa común

Francisco afirma en la Carta Encíclica *Laudato Si'*:

El ambiente humano y el ambiente natural se degradan juntos, y no podremos afrontar adecuadamente la degradación ambiental si no prestamos atención a causas que tienen que ver con la degradación humana y social.⁹

Una de las tareas que propone Francisco para marchar hacia una alternativa humana, frente a la globalización de la indiferencia, es defender la madre tierra. La casa común está siendo saqueada, devastada, vejada impunemente; se castiga a la Tierra, a los pueblos y a las personas de un modo casi salvaje.

En este orden de ideas, sobre el cuidado de la casa común, señala que el desafío urgente de protegerla incluye unir a toda la familia humana en la búsqueda de un desarrollo sostenible e integral. Sucintamente, el papa nos convoca a cuidar el mundo a la vez que nos demuestra su preocupación por la inequidad planetaria, al advertir que un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social. Nos invita a escuchar “tanto el clamor de la tierra como el clamor de los pobres”.¹⁰ Francisco alude a la relación intrínseca entre la antropología y la naturaleza reconociendo que hay una gran crisis socioambiental.

Existe un deterioro conjunto del ambiente humano y el ambiente natural, que afecta de un modo especial a los más débiles del planeta. Los efectos más graves de las agresiones ambientales los sufren los más pobres, los excluidos. Afrontar adecuadamente la degradación

9. Francisco, “Carta Encíclica *Laudato Si'...*”, *op. cit.*, párr. 48.

10. *Ibidem*, párr. 49.

ambiental requiere prestar atención a causas que tienen que ver con la degradación humana y social.¹¹

Asimismo, el papa se refiere a la necesidad de una reacción global más responsable, que implica encarar al mismo tiempo la reducción de la contaminación y el desarrollo de los países y regiones pobres. En este sentido, recuerda las palabras de Benedicto XVI, en la línea ya desarrollada por la doctrina social de la Iglesia:

... para gobernar la economía mundial, para sanear las economías afectadas por la crisis, para prevenir su empeoramiento y mayores desequilibrios consiguientes, para lograr un oportuno desarme integral, la seguridad alimenticia y la paz, para garantizar la salvaguardia del ambiente y regular los flujos migratorios, urge la presencia de una verdadera Autoridad política mundial, como fue ya esbozada por mi Predecesor, [San] Juan XXIII.¹²

El rol del Poder Judicial

Francisco, en su mensaje a los participantes de estas Primeras Jornadas Franciscanas, nos interpela con las siguientes reflexiones:

La organización de los pueblos, los derechos sociales, el ejercicio de la democracia merecen, entonces, un serio análisis. Los actores judiciales son centrales en este proceso y deben asumir con responsabilidad y entereza el rol político institucional para el cual han sido ungidos, sin olvidar nunca, y por sobre todo, que son seres humanos y que se deben a otros seres humanos.¹³

En su Carta Encíclica *Laudato Si'* afirma:

Paz, justicia y conservación de la creación son tres temas absolutamente ligados, que no podrán apartarse para ser tratados individualmente so pena de caer nuevamente en el reduccionismo.¹⁴

Francisco nos llama a responder el llamado para el cuidado del ambiente y no permanecer indiferente a la vulneración que de sus derechos humanos sufren a diario los descartados por la sociedad.

11. Ibídem, párr. 48.

12. Ibídem, párr. 175.

13. Carta del papa Francisco a los participantes de la Primera Jornada de Derechos Sociales, 2018.

14. Francisco, "Carta Encíclica *Laudato Si'...*", *op. cit.*, párr. 92.

El papa Francisco: la cuestión social a través de un pontífice de la modernidad

Graciela E. Christe*

Las fuentes

Francisco retoma la cuestión social que había sido tratada en célebres textos de sus predecesores, como las Encíclicas *Rerum Novarum* y *Quadragesimo Anno* de León XIII y Pío XI, y tal vez un poco más tangencialmente en *Mater et Magistra*, *Populorum Progressio* y *Deus Caritas est* de Juan XXIII, Pablo VI y Benedicto XVI, respectivamente. Siempre con la iluminación que le proveen los Santos Evangelios, en particular los parágrafos del Capítulo 5 de San Mateo y 6 de San Lucas y en el Pasaje 25 de Mateo, a los que propone convertir en un programa de acción para lograr el objetivo de alcanzar la dignidad humana mediante un cambio en las estructuras económicas centradas en el dios dinero. Acude a esos efectos a las bienaventuranzas pronunciadas por Cristo en la montaña, cuando frente a los apóstoles pronunció aquellas palabras con las que enseñó que seremos felices cuando vivamos como los pobres, porque de ellos es el Reino de los Cielos.

Francisco es un hombre de la modernidad porque tiene una singular comprensión de su época, en este caso la contemporánea, tal como Habermas advirtiera respecto de Hegel, inaugurando esa categoría compuesta por quienes no solamente se destacan por proponer nuevas ideas o líneas de acción, sino que además son conscientes de que llevan a cabo un labor integradora del contexto de su época, al tiempo que cuentan con el don de hilvanar la trama que las liga a un devenir histórico, a partir de la comprensión del mundo de vida.

No obstante, con profunda humildad previene sobre cualquier clase de autoritarismo y se abstiene de considerarse portador de una sabiduría infusa a ese respecto, cuando al hablar *ex cathedra* afirma desde una

* Integrante del Comité Académico de la Primera Jornada sobre Derechos Sociales y Doctrina Franciscana.

novedosa perspectiva: “... sin embargo, ni el papa ni la Iglesia tienen el monopolio de la interpretación de la realidad social ni las soluciones a los problemas contemporáneos”. Esto refleja una visión secular acerca de los eventos y el modo de construcción de la historia social.

El pontífice

Francisco hace honor a su título, pontífice, “el que construye puentes”. Así es como inaugura un pontificado de intercambio y diálogo en todos los niveles sobre aquellas cuestiones que ha debido enfrentar durante su magisterio: la familia, el matrimonio, la corrupción, los abusos sexuales, los desplazados, los migrantes, los extranjeros, el trabajo, los desocupados, el hambre. En ese marco propicia la participación de los movimientos populares que integran los trabajadores, los desocupados, los artesanos, los pescadores, mineros, obreros de empresas recuperadas, vendedores ambulantes, cooperativistas y los trabajadores de oficios populares incluidos en la “cultura del encuentro” como alternativa válida para superar la intolerancia, la xenofobia y la discriminación.

Francisco los exhorta a continuar luchando por sus derechos sagrados: tierra, techo y trabajo; a reclamar sin violencia y con pasión, con el fin de resolver de raíz los problemas generales de la pobreza, la desigualdad y la exclusión, porque esas demandas forman parte de la Doctrina Social de la Iglesia.

Los poetas sociales

Como hombre de la modernidad, Francisco acude también a la literatura y a las artes para expresar su pensamiento. Como bellísima metáfora llama “poetas sociales” a los artesanos y a los trabajadores excluidos, considerados sobrantes en el actual sistema, a quienes en su búsqueda inventaron su propio trabajo. Estos son también creadores de trabajo, a través del trabajo comunitario son constructores de viviendas, productores de alimentos, mediante la solidaridad sus acciones se dirigen a todos aquellos descartados por el mercado mundial.

En palabras del papa Francisco pronunciadas durante su discurso en el Encuentro Mundial de Movimientos Populares el 28 de octubre

de 2014 en Roma: “Eso, además de trabajo, es poesía”. Se refirió también a los términos griegos *poiesis* y *poema*, que tienen una raíz indoeuropea que significa hacer, construir.

La ciudad vista por Francisco

El papa de la modernidad une revelación y contemporaneidad cuando señala que “llamativamente conforme a la revelación, la plenitud de la humanidad y de la historia se realiza en una ciudad”.¹

Actualmente hablamos del derecho a la Ciudad. Pero Francisco se preocupa por los “no ciudadanos”, los “ciudadanos a medias”, los “sobrantes urbanos”. En este caso, entabla el diálogo con Aristóteles y su recreación por Hanna Arendt, para quien en el espacio de la *polis* se desarrolla la acción (praxis) como posibilidad suprema del ser humano que se agota en la acción misma, plena de significación. La polis es la “organización del pueblo que deriva de lo que se actúa y se habla en conjunto”;² las acciones tienen lugar en el espacio público, que es el espacio político; valiéndose de la rebelión a través del juego heroico será posible lograr la *eudaimonia* (bienestar).

La ciudad produce una suerte de permanente ambivalencia porque al mismo tiempo que ofrece a sus ciudadanos infinitas posibilidades, también aparecen numerosas dificultades para el pleno desarrollo de la vida de muchos. Las ciudades son escenarios de protestas masivas, donde miles de habitantes reclaman libertad, participación, justicia y diversas reivindicaciones que, si no son adecuadamente interpretadas, no podrán acallarse por la fuerza.

Cambio

Francisco afirma que, tal como lo piden los movimientos populares, para lograr la dignidad humana es preciso un cambio en el sistema económico, ahora centrado en el dios dinero.

1. Francisco, “Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium*”, Roma, 24 de noviembre de 2013, párrs. 202, 204. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html

2. Arendt, Hannah, *La condition de l'homme moderne*, París, Poche, p. 232.

Son los pueblos quienes requieren un cambio de estructura para atender los problemas que responden a una matriz global. El cambio consiste en generar procesos, no en ocupar espacios de poder.

Es preciso luchar contra las causas estructurales de la pobreza, la desigualdad, la falta de trabajo, tierra y vivienda, y contra la negación de los derechos sociales y laborales.

Solidaridad

El otro pilar sobre el que se debe trabajarse para lograr la dignidad de las personas es el de la *solidaridad*, que significa pensar y actuar en términos de comunidad, otorgar prioridad a la vida de todos sobre la apropiación de los bienes por parte de algunos. La inequidad es la raíz de los males sociales y la causa estructural de la pobreza.

El crecimiento en equidad exige algo más que el crecimiento económico, aunque lo supone, requiere decisiones, programas, mecanismos y procesos específicamente orientados a una mejor distribución del ingreso, a una creación de fuentes de trabajo, a una promoción integral de los pobres que supere el mero asistencialismo. Los planes asistenciales, que atienden ciertas urgencias, sólo deberían pensarse como respuestas pasajeras.³

Los recursos disponibles en el mundo, fruto del trabajo intergeneracional de los pueblos y los dones de la creación, son más que suficientes para el desarrollo integral de “todos los hombres y de todo el hombre”.⁴

Los derechos sagrados: tierra, techo y trabajo

Por otro lado, familia y vivienda van de la mano. Para que un techo sea hogar –señala el papa–, debe ser visto tanto desde su dimensión individual, una casa por familia, como desde su dimensión comunitaria, el barrio.

3. Francisco, “*Exhortación Apostólica Evangelii Gaudium*”, *op. cit.*

4. Pablo VI, “*Carta Encíclica Populorum Progressio*. Sobre la necesidad de promover el desarrollo de los pueblos”, 26 de marzo de 1967, párr. 264.

El barrio, dotado de una infraestructura adecuada, esto es: cloacas, luz, gas, asfalto, escuelas, hospitales, club deportivo y todo aquello que cree vínculos.

Parece resonar el eco de la Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales acerca de las condiciones de una vivienda adecuada.

No existe peor pobreza material que la que priva de la dignidad al trabajo. La verdadera inclusión es aquella que ofrece el trabajo digno, libre, creativo, participativo y solidario.

La cultura del descarte

Los excluidos, aquellos que no se pueden integrar, son desechos: esto es la cultura del descarte, y sucede cuando al centro de un sistema económico está el dios del dinero y no la persona humana.

Actualmente, se descartan niños (por disminución del nivel de natalidad o por falta de alimentación o porque se los mata antes de nacer), jóvenes (descartados del trabajo, desocupados), ancianos (por no producir).

Otros son expulsados de su tierra por razones económicas o violentas de todo tipo, o bien son desterrados como consecuencia de un sistema socioeconómico injusto y de conflictos bélicos que no buscaron.

Así, el papa Francisco llama a que se adopten las medidas adecuadas para acoger e integrar plenamente a todos los que, por la circunstancia que sea, buscan refugio lejos de su hogar.

**Las tres T: tierra, techo y trabajo
como derechos operativos**

Introducción de las ponencias

Cecilia Mólica*

El documento que opera como disparador de reflexiones del panel es el discurso que dio Francisco en el II Encuentro Mundial de los Movimientos Populares en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia.¹ Allí Francisco habló enfáticamente acerca de la necesidad de un cambio² y nos convocó a llevar adelante acciones para generar ese cambio.³ Puntualmente, el cambio promovido se vincula con las tres T: tierra, techo y trabajo.

¿En qué consiste este cambio vinculado a las tres T? Es un necesario un cambio de paradigma, que ha ido gestándose en el ámbito de los derechos sociales, principalmente a partir de diversas y múltiples decisiones (y por decisiones no me refiero sólo a las sentencias) que cada operador jurídico ha tomado desde los distintos roles que a cada uno

* Jueza de la CABA.

1. Francisco, “Discurso del Santo Padre”, Participación en el II Encuentro Mundial de los Movimientos Populares, *op. cit.*

2. Dijo: “... propongo que nos hagamos estas preguntas: ¿Reconocemos, en serio, que las cosas no andan bien en un mundo donde hay tantos campesinos sin tierra, tantas familias sin techo, tantos trabajadores sin derechos, tantas personas heridas en su dignidad? ¿Reconocemos que las cosas no andan bien cuando estallan tantas guerras sin sentido y la violencia fratricida se adueña hasta de nuestros barrios? ¿Reconocemos que las cosas no andan bien cuando el suelo, el agua, el aire y todos los seres de la creación están bajo permanente amenaza? Entonces, si reconocemos esto, digámoslo sin miedo: necesitamos y queremos un cambio. [...] queremos un cambio, un cambio real, un cambio de estructuras” (ídem).

3. “¿Qué puedo hacer yo, cartonero, catadora, pepenador, recicladora frente a tantos problemas si apenas gano para comer? ¿Qué puedo hacer yo artesano, vendedor ambulante, transportista, trabajador excluido, si ni siquiera tengo derechos laborales? ¿Qué puedo hacer yo, campesina, indígena, pescador, que apenas puedo resistir el avasallamiento de las grandes corporaciones? ¿Qué puedo hacer yo desde mi villa, mi chabola, mi población, mi rancharío, cuando soy diariamente discriminado y marginado? ¿Qué puede hacer ese estudiante, ese joven, ese militante, ese misionero que patea las barriadas y los parajes con el corazón lleno de sueños pero casi sin ninguna solución para sus problemas? Pueden hacer mucho. Pueden hacer mucho. Ustedes, los más humildes, los explotados, los pobres y excluidos, pueden y hacen mucho. Me atrevo a decirles que el futuro de la humanidad está, en gran medida, en sus manos, en su capacidad de organizarse y promover alternativas creativas, en la búsqueda cotidiana de las tres T” (ídem).

le ha tocado desempeñar. El nuevo paradigma necesario no es otro que el de la operatividad de los derechos sociales, no ya como declaración teórica y académica, sino de modos tangibles y concretos.

En las ponencias sobre el tema que nos convoca se expondrán las dificultades que suelen existir a la hora de pretender asegurar la eficacia de los derechos sociales, en particular del derecho al acceso a la tierra, a una vivienda digna y al trabajo.

El primer y más frecuente obstáculo es de tipo discursivo. En orden a negar o relativizar la eficacia de los derechos sociales, se suele sostener que se trata de derechos meramente programáticos,⁴ como si fueran expresiones de algo deseable, pero no exigible.

Hoy en día, la consolidada jurisprudencia que existe respecto de este punto impide sostener seriamente que el reconocimiento de los derechos sociales sea sólo una expresión de buenos deseos. Son copiosos los pronunciamientos judiciales en los que se sostiene, ya sin lugar a otras interpretaciones, que los derechos sociales son operativos. De lo contrario, retomando las palabras de la Corte Suprema en el conocido precedente “Ekmekdjian c/Sofovich”,⁵ no estaríamos frente a un derecho, sino a su perdurable sombra.⁶

Cabe destacar que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires brinda herramientas contundentes para resolver, en los casos en que se advierta falta o deficiencia de la reglamentación. Es claro y terminante su artículo 10 en cuanto a que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación, la cual, a su vez, no puede cercenarlos.

4. Es oportuno señalar que las categorías de derechos operativos y programáticos no tienen recepción constitucional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, ha entendido que una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso (conf. CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos: 315:1492, 7 de julio de 1992). La distinción entre derechos operativos y programáticos, que estaría dada por la necesidad de una reglamentación para gozar efectivamente del derecho, está arraigada en la práctica jurídica y, si bien en sí misma no tiene nada de reprochable, lo cierto es que ha dado pie para negar la exigibilidad de ciertos derechos, en particular de los derechos sociales.

5. CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos: 315:1492, 7 de julio de 1992.

6. Considerando 18 del fallo “Ekmekdjian” ya citado.

Por otra parte, podríamos preguntarnos: ¿por qué los derechos sociales podrían no ser operativos? O, en la misma línea: ¿hay algo que diferencie a los derechos sociales del resto de los derechos? De responderse afirmativamente este interrogante, ¿esa diferencia justifica o lleva necesariamente a privarlos de operatividad?

A primera vista, podemos decir que una característica de los derechos sociales es que para garantizarlos se requiere no ya una abstención del Estado, sino que su eficacia está condicionada por un *deber hacer* en cabeza del Estado⁷ –léase, en general, implementación de políticas públicas–, sobre el cual recaen determinadas obligaciones para poder garantizarlos. Sin embargo, de esta diferente cualidad no se sigue necesaria y lógicamente, como a veces se pretende, que los derechos sociales carezcan de operatividad o que la posean sólo en la medida en que el Estado decida concederla.⁸

Podrá ocurrir que un derecho requiera de una reglamentación más o menos extensa para poder ser eficaz. De ser así, ante la insuficiencia o

7. De acuerdo con la jurisprudencia del Máximo Tribunal federal, “el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio” (CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c/Estado Nacional s/amparo”, Fallos: 323:1339, 1 de junio de 2000; doctrina reiterada en CSJN, “Campodónico de Beviaqua, Ana Carina c/Estado Nacional s/amparo”, Fallos: 323:3229, del 24 de octubre de 2000). En la misma línea de pensamiento, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el marco de un amparo relativo al derecho al acceso a una vivienda digna, sostuvo que para que la libre elección del plan de vida resulte posible, no es suficiente con la sola abstención, sino que se requiere una colaboración activa del Estado, esto es, la ejecución de acciones positivas (conf. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I, “Mansilla, María Mercedes c/GCBA s/amparo”, 13 de octubre de 2006). Ver, en el mismo sentido, “Pérez Víctor c/GCBA s/amparo”, del 26 de enero de 2001, donde la misma Sala afirmó que “el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio”.

8. En el mismo orden de ideas, ha sido contundente la jurisprudencia al afirmar que “todos los derechos constitucionales tienen fuerza normativa y deben ser asegurados por el Estado, ya sea mediante la abstención, ya sea mediante la realización de comportamientos positivos. De tal manera, deben ser igualmente respetados los derechos de la Constitución histórica (así los contenidos en el art. 14), los derechos postulados como consecuencia de la valorización constituyente de la justicia social (así los incorporados en 1957 como art. 14 bis) y los derechos constitucionalizados a través de la última reforma de 1994 (así el derecho de los consumidores o a un ambiente sano)” (Sala I CAyT, caso “Mansilla” ya citado).

falta de reglamentación, habrá que obrar en consecuencia para subsanarla mas no concluir en la falta de exigibilidad del derecho de que se trate.⁹ Reconocer un derecho y luego negar su operatividad es francamente un contrasentido. Predicar la inexigibilidad de un derecho es quitarle uno de sus elementos definitorios. Un derecho no exigible no es un derecho.

Un caso paradigmático es el del derecho a la vivienda.¹⁰ Aun cuando es muy difícil imaginar el posible goce de los restantes derechos por parte de una persona cuando no está garantizado el derecho al acceso a una vivienda digna, la práctica jurídica muestra que es frecuente la necesidad de justificar jurídicamente la exigibilidad del derecho a la vivienda con mayor intensidad que lo que ocurre con otros derechos.¹¹ Ello a pesar de su expresa recepción constitucional, tanto en el ámbito nacional como en la Ciudad de Buenos Aires¹² (conf. arts. 14 bis, Constitución Nacional y arts. 31 y 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

9. En la misma inteligencia, ha dicho la Corte que “la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne” (CSJN, “Q. C., S. Y. c/GCBA s/ amparo”, Fallos: 315:452, 24 de abril de 2012).

10. El derecho a la vivienda ha sido definido por la jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires: “no como el derecho a obtener la propiedad de ella, sino como el de vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte, es decir la disposición de un espacio físico adecuado” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I, “Ortiz Célida c/GCBA s/ amparo”, 28 de diciembre de 2001).

11. Véase el extenso y meduloso desarrollo que se efectúa en el precedente “Mansilla” (ya citado) en torno a la jerarquía y operatividad del derecho a la vivienda para finalmente concluir que “el derecho a la vivienda no es de menor jerarquía o de diferente fuerza normativa que los restantes derechos constitucionales, entre ellos los incluidos en el mismo art. 14 bis, como el derecho a las jubilaciones móviles”.

12. Merece transcribirse el artículo 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la amplitud con la que reconoce el derecho al acceso a una vivienda digna: “Artículo 31. La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: 1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos. 2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva. 3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones”.

En suma, la discusión en torno a la operatividad de los derechos sociales debiera ser una etapa superada. No obstante, la experiencia muestra que incluso una vez vencido este obstáculo ideológico y conceptual, hay que sortear otros inconvenientes en la búsqueda de esa operatividad. El interrogante que sigue presente, entonces, es: ¿cómo hacer realmente efectiva esa operatividad? Pues bien, muchas veces se dice que hay que usar la creatividad para resolver sobre la operatividad de los derechos sociales. Sin embargo, la tarea se vuelve mucho más sencilla cuando se resuelve a partir de la firme convicción de que así lo son.

Otro pretexto esgrimido para negar la operatividad de los derechos sociales es el factor presupuestario. Frecuentemente se alega la insuficiencia de recursos presupuestarios desconociendo así los principios de eficacia y progresividad,¹³ ambos innegablemente consolidados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este argumento, la gran mayoría de las veces, no pasa de ser una mera manifestación efectuada de forma genérica, lo cual –desde el punto de vista procesal– permitiría desestimarlos sin más.

13. De conformidad con el principio de progresividad, se impone reconocer que la satisfacción de los derechos no es inmediata sino que supone, en algunas ocasiones, la necesidad de llevar a cabo diversas acciones que requieren de un determinado período para poder concretarse. Ahora bien, una vez reconocido un derecho, el Estado se encuentra impedido de adoptar medidas que recorten la eficacia de ese derecho ya que de lo contrario estaría incumpliendo la obligación de no regresividad asumida a través de varios tratados internacionales. La progresividad impone al mismo tiempo un mandato de gradualidad y de no reversibilidad en la actuación del Estado, pero está lejos de ser un permiso para dilatar la efectividad de los derechos consagrados (ver Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 92). Cabe apuntar que en la Observación General N° 3, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado, interpretando el artículo 2 del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que “corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. [...] Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.

Paralelamente, admitir que la falta de recursos presupuestarios funcione como un eximente de las obligaciones relativas a determinados derechos –en este caso, los derechos sociales– para el Estado implicaría desconocer las obligaciones asumidas con la comunidad internacional a través de los distintos instrumentos y tratados que ratificó el país, muchos de los cuales gozan de jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).¹⁴ No puede pasarse por alto que el Estado argentino, a fin de lograr la plena efectividad de los derechos, se comprometió “hasta el máximo de los recursos de que disponga”.¹⁵

También se cuestionan las decisiones de los jueces en materia social por tener efectos erogatorios o presupuestarios. Esta objeción es tan cierta como curiosa, dado que la gran mayoría de las sentencias judiciales dictadas contra el Estado conllevan la afectación y disposición de fondos, ya sea de modo directo o indirecto. Es decir, no es una particularidad propia de las sentencias dictadas en materia social. Por ello, si no es cuestionable una sentencia que condena al Estado a abonar una suma de dinero en concepto, por ejemplo, de daños y perjuicios, no se advierte por qué sí lo sería aquella que verse sobre derechos sociales.¹⁶

14. Este intento de defensa no es novedoso. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “Rubén Badín” (CSJN, Fallos: 318:2002) ya había señalado que “las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquella (art. 5° inc. 2°, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. Esta doctrina fue luego reiterada en los autos “Verbitsky” (CSJN, Fallos: 328:1146).

15. Art. 2, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. El “máximo de los recursos disponibles” no es una fórmula arbitraria que se pueda utilizar como excusa para incumplir manas constitucionales o supra-nacionales vinculadas con los Derechos Económicos Sociales y Culturales, sino que debe ser una línea razonable y funcional determinada por la riqueza existente (conf. sentencia del Dr. Andrés Gallardo, titular del juzgado contencioso administrativo y tributario de la CABA N° 2, recaída en los autos “Laudelino Mariela c/GCBA y otros s/ amparo”, 30 de noviembre de 2016).

16. Ver Corti, Horacio, *Derecho constitucional presupuestario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 913-914.

Otra alegación frecuente se asienta en la supuesta afectación al principio de división de poderes. Nuevamente, no llegan a vislumbrarse las diferencias que habría en este sentido entre las sentencias con contenido social y las restantes. En tanto y en cuanto el pronunciamiento condenatorio haya sido dictado en el contexto de un caso judicial,¹⁷ no hay afectación alguna al principio de división de poderes ni tampoco una diferencia sustancial con lo que ocurre en los casos de otros pronunciamientos.

Finalmente, no puede pasarse por alto la correlación que debiera existir entre las leyes de presupuesto y los derechos reconocidos en la Constitución Nacional. Este es un punto crucial dado que, si bien los recursos de los Estados son limitados, lo cierto es que estos deben ser distribuidos con criterios de equidad, que tiendan a beneficiar a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad con miras a concretar su verdadera inclusión social.¹⁸ Por ello la ley de presupuesto debe

17. El caso judicial supone una controversia o conflicto entre partes adversas. Sin esta controversia no hay presupuesto de hecho que habilite la actuación de los jueces ya que su intervención no puede tener nunca carácter meramente consultivo. Este requisito se desprende de la letra de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y de la nacional, que aluden, en sus artículos 106 y 116 respectivamente, al “conocimiento y decisión de todas las causas...”. En palabras de la CSJN, es causa aquella en la que se persigue, en concreto, la determinación del derecho debatido entre partes adversas (conf. CSJN Fallos: 156:318). A su vez, la Corte Suprema ha reconocido que es incuestionable la facultad de los tribunales de revisar los actos de los otros poderes –nacionales o locales– limitada a los casos en que se requiere ineludiblemente su ejercicio para la decisión de los juicios regularmente seguidos ante ellos (conf. CSJN, autos “Rodríguez”, Fallos: 320:2851).

18. La problemática de la exclusión social también fue abordada por Francisco en su discurso durante el Encuentro Mundial de Movimientos Populares, en el cual señaló que “[l]os planes asistenciales que atienden ciertas urgencias sólo deberían pensarse como respuestas pasajeras, coyunturales. Nunca podrían sustituir la verdadera inclusión: esa que da el trabajo digno, libre, creativo, participativo y solidario”. Asimismo, la Corte se ha pronunciado en torno los planes sociales implementados por el GCBA a fin de satisfacer el derecho al acceso a una vivienda digna. Si bien las conclusiones del Máximo Tribunal federal fueron vertidas en un contexto muy particular (se trataba de una familia conformada por una mujer sola y su hijo, quien padecía una grave discapacidad) y por eso dejan de ser ilustrativas respecto de la opinión de la Corte respecto de las respuestas que ofrecía el GCBA para intentar paliar problemáticas relativas a la vivienda. Allí destacó la Corte que “[t]ampoco el programa “Atención para Familias en Situación de Calle” creado en el Decreto 690/06 brinda una respuesta que atienda suficientemente a la situación examinada en autos. En efecto, dicha asistencia no solo no constituye una solución definitiva al problema habitacional de este grupo familiar en

ser entendida también como un instrumento jurídico que haga posible el goce de los derechos consagrados en la Constitución Nacional y no como un impedimento para lograrlo. Es que, si bien se trata de una ley particular, no deja de ser una ley y, como tal, no debiera alterar los principios, garantías y derechos reconocidos en la Constitución Nacional, sino estar encaminada, en palabras de Francisco, a la “adecuada administración de la casa común”.¹⁹

situación de extrema vulnerabilidad sino que se limita a brindar un paliativo temporal [...]. Que resulta evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente” (“Q. C., S. Y. c/GCBA s/amparo”, ya citado). Como se dijo, aunque acotadas al caso particular, la Corte objeta las soluciones que constituyen “paliativos temporales”.

19. “La economía no debería ser un mecanismo de acumulación sino la adecuada administración de la casa común. Eso implica cuidar celosamente la casa y distribuir adecuadamente los bienes entre todos. [...] Esto implica las ‘tres T’, pero también acceso a la educación, la salud, la innovación, las manifestaciones artísticas y culturales, la comunicación, el deporte y la recreación. Una economía justa debe crear las condiciones para que cada persona pueda gozar de una infancia sin carencias, desarrollar sus talentos durante la juventud, trabajar con plenos derechos durante los años de actividad y acceder a una digna jubilación en la ancianidad. Es una economía donde el ser humano, en armonía con la naturaleza, estructura todo el sistema de producción y distribución para que las capacidades y las necesidades de cada uno encuentren un cauce adecuado en el ser social” (“Discurso del Santo Padre”, Participación en el II Encuentro Mundial de los Movimientos Populares, *op. cit.*).

El acceso a una vivienda digna

Elena Liberatori*

El presente artículo lo he realizado el marco de la invitación que se me ha hecho a participar como expositora en la *Primera Jornada sobre Derechos Sociales y Doctrina Franciscana: Nuevos enfoques jurídicos inspirados en la palabra de Francisco*. Al respecto, expreso mi humilde agradecimiento, sincero y emocionado, por haber sido invitada a participar de estas Jornadas, al papa Francisco, al monseñor Marcelo Sánchez Sorondo, al juez Andrés Gallardo y a las autoridades académicas de este evento muy movilizante y motivador para nuestro trabajo cotidiano.

Dijo el papa Francisco en el discurso de Bolivia, en julio de 2015:

La Biblia nos recuerda que Dios escucha el clamor de su pueblo y quisiera yo también volver a unir mi voz a la de ustedes: “Las famosas tres T”: tierra, techo y trabajo para todos nuestros hermanos y hermanas. Lo dije y lo repito: son derechos sagrados. Vale la pena, vale la pena luchar por ellos. Que el clamor de los excluidos se escuche en América Latina y en toda la Tierra.¹

* Jueza de la CABA.

1. Cabe destacar que la presente cita del papa Francisco, junto con otras citadas a continuación, desde 2015 están siendo incorporadas a las sentencias de materia habitacional del Juzgado a mi cargo. Algunos fragmentos presentes en las sentencias habitacionales son: “Se está castigando a la tierra, a los pueblos y a las personas de un modo casi salvaje”; “Cuando el capital se convierte en ídolo y dirige las opciones de los seres humanos, cuando la avaricia por el dinero tutela todo el sistema socioeconómico, arruina la sociedad, condena al hombre, lo convierte en esclavo, destruye la fraternidad interhumana, enfrenta pueblo contra pueblo y, como vemos, incluso pone en riesgo esta nuestra casa común, la hermana y madre tierra”; “... algo tan elemental e innegablemente necesario como el derecho a ‘las tres T’: tierra, techo y trabajo”, temas que considera entre los más importantes para la sociedad, “para todos nuestros hermanos. Lo dije y lo repito: son derechos sagrados”; “... los gobiernos que asumen como propia la tarea de poner la economía al servicio de los pueblos deben promover el fortalecimiento, mejoramiento, coordinación y expansión de estas formas de economía popular y producción comunitaria. Esto implica mejorar los procesos de trabajo, promover la infraestructura adecuada y garantizar plenos derechos a los trabajadores de este sector alternativo. Cuando Estado y organizaciones sociales asumen juntos la misión de ‘las tres T’, tierra, techo y trabajo, se activan los principios de solidaridad y subsidiariedad que permiten edificar el bien común en una democracia plena y participativa” (“Discurso del Santo Padre”, Participación en el II Encuentro Mundial de los Movimientos Populares, *op. cit.*).

En particular, se me ha asignado disertar sobre la temática del *derecho sagrado* al techo, o sea el derecho fundamental de acceso a la vivienda digna.

El primer paso: el reconocimiento normativo

Los antecedentes normativos del derecho a la vivienda se remontan al dictado de la Ley N° 9677, que creó en 1915 la Comisión Nacional de Casas Baratas, encargada de la inversión de los fondos destinados a la construcción de casas higiénicas y baratas para ser vendidas o alquiladas a obreros, jornaleros o empleados de pequeños sueldos, así como del fomento de construcciones de este género por particulares o compañías edilicias en todo el país mediante estímulos económicos, y de generar la formación de sociedades de crédito, beneficencia y de cooperativas que construyan o faciliten dinero para las construcciones.

Un pormenorizado panorama al respecto puede verse en el libro de Horacio Corti, *Derecho constitucional presupuestario*, en el cual se detallan también las normas consagradoras del derecho a la vivienda como derecho fundamental de las personas humanas, tanto a nivel nacional como local, en la Ciudad de Buenos Aires, donde el artículo 31 de la Constitución porteña es la regulación de nivel constitucional más reciente (de 1996).

Cabe señalar que a diferencia de otras normas constitucionales provinciales e incluso nacionales, en la Ciudad el derecho a la vivienda no es meramente declarativo, sino que el legislador constituyente, para poner énfasis en su eficacia, al igual que con otros derechos fundamentales (por caso, la salud o la educación), ha desagregado mucho más el reconocimiento normativo de este derecho proporcionando directivas a los poderes públicos tendientes a asegurarlo con las siguientes pautas de eficacia: 1. prioridad a las personas de los sectores de la pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos; 2. la incorporación de los inmuebles ociosos; 3. planes autogestionados; 4. la integración urbanística y social de los pobladores marginados; 5. la recuperación de viviendas precarias; 6. la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva; 7. regulación de los establecimientos que brindan alojamiento temporaria, cuidando de excluir los que encubran locaciones.

Los pobres y excluidos son destinatarios de la tutela constitucional porteña. Por ello, se dispone que: la Ciudad debe desarrollar políticas

sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos (art. 17); la Ciudad debe asistir a las personas con necesidades básicas insatisfechas (art. 17); debe promover el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades (art. 17); debe promover el desarrollo humano y económico equilibrado que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio (art. 18); debe resolver progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios dando prioridad a las personas de los sectores de la pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos (art. 31, inc. 1); debe promover la integración urbanística y social de los pobladores marginados (art. 31, inc. 2); debe promover la recuperación de las viviendas precarias (art. 31, inc. 2).

Como se aprecia a simple vista, el gobernante tiene así consagrado un verdadero programa de gobierno, un estilo normativo innovador del constituyente de la Ciudad, que buscó superar el antiguo debate de si los derechos fundamentales son operativos o no zanjando la cuestión del modo expuesto, o sea estableciendo las acciones de gobierno tendientes a que la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires sea un derecho eficaz, concreto.

Al respecto, recordamos aquí que la Constitución Nacional de 1949, en su Primera Parte, Capítulo III, artículo 3, inciso 2, establecía que el derecho a la vivienda era el derecho a un “albergue higiénico, con un mínimo de comodidades hogareñas inherente a la condición humana”.²

Como veremos más adelante, no obstante la claridad de estos dispositivos constitucionales, en el presente el balance es aún altamente negativo. Volveremos sobre ello.

El gran salto del reconocimiento normativo a la eficacia ha dependido más de los jueces que del legislador

Para que el derecho a la vivienda digna se concrete al igual que cualquiera de los derechos sociales, se requieren conductas activas del Estado y de recursos presupuestarios. En aras de solapar ambas cir-

2. Constitución de la Nación Argentina de 1949. Disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar146es.pdf>

cunstancias se ha dicho que esos derechos son meramente programáticos y por ende, no operativos.

De acuerdo con la Constitución de los porteños, esto no tiene ninguna cabida. En palabras de Ferrajoli: “el legislador no puede ser considerado legítimamente un productor de humo y los derechos sociales salen del descomprometido y envilecedor vacío de cierta retórica jurídica, para integrarse eficazmente en el orden jurídico”,³ y en las de Dworkin: “se trata de derechos para tomarlos en serio”.⁴

En la Ciudad de Buenos Aires, ninguna duda puede haber en relación con la operatividad de esta índole de derechos, en atención a lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución porteña,⁵ que dispone un mandato general de eficacia.

Ferrajoli ha señalado la necesidad de distinguir entre eficacia y normatividad, y es esta diferencia la que deberá tenerse presente a la hora de “una aproximación garantista de los derechos sociales”, capaz de conjugar normativismo y realismo. Esa perspectiva, o el abordaje “garantista”, son necesarios según Ferrajoli en el caso de los derechos sociales, que son derechos fundamentales cuya elaboración jurídica siempre es más imperfecta y, por ende, el sistema de sus garantías es más defectuoso. Es indudable que la ciencia del Derecho no ha elaborado aún, frente a las violaciones que se derivan de las omisiones de prestaciones, formas de garantías comparables en eficacia y sencillez a las previstas para los demás derechos fundamentales.⁶

En suma, si la formulación normativa plena es “tengo derecho a” porque “tú tienes la obligación de”, en ambos términos de la formulación encontramos deficiencias, imperfecciones, a lo que se suman las molestias que el poder político muestra abiertamente cuando los jueces y juezas asumimos frente a esa realidad lo que no es más que nuestra responsabilidad.

3. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

4. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1977.

5. Donde se establece: “Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

6. “A diferencia de ellos, donde la garantía se centra bajo la forma de expectativas negativas donde el deber de los poderes públicos es de no hacer (o prohibir), los derechos sociales imponen el deber de hacer (u obligaciones) por lo que su eficacia depende en muchos casos de medidas coercitivas que para peor no siempre son accionables” (Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit.).

Ante un reconocimiento imperfecto de los derechos sociales y garantías defectuosas, entran en juego las “funciones malditas” del Poder Judicial

En este contexto se acude a los jueces, quienes en función de un complejo y bastante inacabado plano normativo, terminan ejerciendo esas funciones que fueron definidas como las “funciones malditas”⁷ del Poder Judicial, que no son otras que las de llevar a cabo el plan político de la Constitución y por ende también el de las normas internacionales, ambos centrados en los derechos esenciales, en particular los de los colectivos sociales vulnerados.⁸

Un plan político diseñado por el constituyente para afrontar la marginación y exclusión sociales y sacudir este mundo de la “satisfacción autocomplacida”, en el cual una mayoría satisfecha prefiere la no actuación gubernamental, aun a riesgo de las consecuencias alarmantes en el corto y largo plazo; piensan que será problema de otros.

Al respecto, hemos visto hace poco cómo las máximas autoridades policiales de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires están alertando acerca de la correlación entre condiciones sociales y económicas extremas y el aumento de ciertos delitos vinculados a ellas.

Más recientemente, en Uruguay, el máximo jefe policial efectuó declaraciones en el mismo sentido en una nota periodística que se titula “Un día los marginados van a ser mayoría ¿cómo los vamos a contener?”.⁹

Y es que la marginación social es una decisión política. Una elección deliberada. Se afronta o no, en ambos casos con matices que van desde la indiferencia más absoluta, como hemos comprobado en la gestión de ocho años de Mauricio Macri como jefe de gobierno, hasta

7. Panizzi, Alejandro Javier, *Las políticas malditas del Poder Judicial*, La Plata, Librería Editora Platense, 2012.

8. Consideramos que pertenecen a un sector vulnerado de la sociedad y no de un sector vulnerable por considerar que dicha condición la padecen luego de una sucesiva puesta en marcha de políticas tendientes a generarla y no una condición natural o intrínseca del colectivo social referido.

9. Pereyra, Gabriel, “Un día los marginados van a ser mayoría ¿cómo los vamos a contener?”, en *El Observador*, 12/05/2018. Disponible en: <https://www.elobservador.com.uy/nota/-un-dia-los-marginados-van-a-ser-mayoria-como-los-vamos-a-contener--2018512500>

la actual gestión de Horacio Rodríguez Larreta, en la cual asistimos a procesos de reurbanización¹⁰ de barrios vulnerados (comúnmente denominados “villas miseria”) luego de que en su momento, él mismo calificara de “disparate”¹¹ las primeras sentencias que ordenaban que se reurbanizaran dichos barrios.

Como afirma Gabriela Massuh:

La urbanización de villas o asentamientos, tal como establece la Constitución de la ciudad autónoma, nunca fue un objetivo prioritario para el gobierno de Mauricio Macri. El PRO asumió el gobierno considerando que a las villas había que “erradicarlas”; su objetivo principal era liberar las valiosas tierras de la Villa 31-31 bis a la especulación inmobiliaria. Luego de seis meses de gestión entendió que la erradicación era prácticamente imposible en función de derechos conquistados y reconocidos en numerosas leyes. Entonces evaluó convocar a un plebiscito para que los habitantes de la Ciudad decidieran el destino de las villas. El plebiscito nunca se realizó. Una vez que desmanteló el Instituto de la Vivienda de la Ciudad, Mauricio Macri delegó la urbanización de las villas a la Unidad de Gestión de Intervención Social (UGIS) y a la Corporación Buenos Aires Sur. En vez de tomar medidas estructurales, ambos organismos se dedicaron a mantener una exigua infraestructura de servicios que se reducía a atender emergencias, y de tanto en tanto, a realizar alguna obra nueva a través de cooperativas, empresas de punteros y empresarios amigos.¹²

A principios de la década de 1990, Galbraith¹³ creó el concepto de *cultura de la satisfacción*, en la cual, según él, es más que evidente que los afortunados y los favorecidos no pueden percibir su propio bienestar a largo plazo, sino que reaccionan a estímulos inmediatos. Esto genera

10. “Llamamos procesos de reurbanización y no de urbanización a secas, por considerar que los barrios vulnerados ya han pasado por un proceso de urbanización llevado a cabo por los habitantes de los mismos a través de autogestión y autoconstrucción” (Guaimas, María Lucía, *El déficit habitacional y el mercado informal inmobiliario en las villas de la Ciudad de Buenos Aires* (inédito), 2018).

11. Rocha, Laura, “Apelan el fallo que ordena urbanizar la villa Rodrigo Bueno”, en *La Nación*, 25/03/2011. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/1360221-apelan-el-fallo-que-ordena-urbanizar-la-villa-rodrigo-bueno>

12. Massuh, Gabriela, *El robo de Buenos Aires. La trama de corrupción, ineficiencia y negocios que le arrebató la ciudad a sus habitantes*, Buenos Aires, Sudamericana, 2014, pp. 237-238.

13. Galbraith, Kenneth, *La cultura de la satisfacción*, Barcelona, Ariel, 1992.

como resultado un gobierno que se ajusta, no a la realidad o a la necesidad común, sino a las creencias de los satisfechos.

Al respecto, Maristella Svampa,¹⁴ investigadora social de la Universidad Nacional de Córdoba, dice que debe ser tenido en cuenta el hecho de que la conquista de derechos no es un proceso irreversible y trae a la memoria lo acontecido en la década de 1990, cuando se institucionalizó la precariedad laboral junto con la expulsión masiva de trabajadores del mundo del trabajo, lo que generó que gran parte de la población quedara despojada de derechos sociales y tuviera que aceptar, sin otra opción, que el contexto social, político y económico había cambiado.

Esto implica un retroceso en grado severo, a nuestro modo de ver, que la autora constata no sólo en los derechos sociales, sino también en los derechos civiles y políticos, lo cual afecta especialmente a los jóvenes de las clases populares, clases medias y bajas amenazados por la exclusión y estigmatizados, que serán vistos como la “nueva clase peligrosa”.

Otra autora, Martha Nussbaum, profesora de Ética y Derecho en la Universidad de Chicago, ha escrito *Las fronteras de la justicia*¹⁵ sobre este hecho no natural y deliberado de la exclusión social, libro en el que se describe el rol de los jueces americanos en el diseño de políticas públicas.

En igual sentido, el juez Gallardo, en la causa “Castro Vargas”,¹⁶ dijo:

Para aventar cualquier suspicacia intelectual, que el conjunto de personas involucradas en estos programas asistenciales no está conformado por sujetos antisociales, marginales autodefinidos o delincuentes... En su grandísima mayoría se trata de grupos familiares excluidos del sistema económico por la desocupación o subocupación. Familias enteras pauperizadas, muchas de ellas con buen nivel de formación educativa y todas deseosas de acceder a un trabajo que les permita “volver” a ser.

De esta forma el Papa nos recuerda que

Algunas realidades del presente, si no son bien resueltas, pueden desencadenar procesos de deshumanización difíciles de revertir más adelante [...] no podemos olvidar que la mayoría de los hombres y mujeres

14. Svampa, María Stella, *La sociedad excluyente. La Argentina bajo el signo del neoliberalismo*, Buenos Aires, Taurus, 2005.

15. Nussbaum, Martha, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona, Paidós, 2007.

16. “Castro Vargas María Esther y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. N° 20400/O, 2006.

de nuestro tiempo vive precariamente el día a día, con consecuencias funestas [...]. El miedo y la desesperación se apoderan del corazón de numerosas personas, incluso en los llamados países ricos. La alegría de vivir frecuentemente se apaga, la falta de respeto y la violencia crecen, la inequidad es cada vez más patente. Hay que luchar para vivir y, a menudo, para vivir con poca dignidad.¹⁷

En palabras del jurista Ferrajoli, la legitimidad del sistema político está condicionada a la efectividad de los derechos fundamentales, por eso es tan importante el papel de la jurisdicción y las decisiones que se tomen teniendo en cuenta la inobjetable normatividad positiva de lo que ordena la Constitución porteña y el impulso a favor de su aplicación. Esto ha sido una característica de muchos de los operadores judiciales de la Ciudad de Buenos Aires¹⁸ que provoca, indica el autor, las reacciones de disciplinamiento del caso, mediante operaciones mediáticas y jurídicas, y hasta tergiversando las funciones del Consejo de la Magistratura.

Es así entonces como el jurista italiano plantea en *Derechos y garantías, la ley del más débil* que los derechos de los débiles no han de quedar “abandonados al libre juego de la ley del más fuerte”,¹⁹ sino que esos derechos fundamentales de los débiles se constituyen en el objeto de las leyes que los protegen y tienen como destinatarios. Destaco el subtítulo, *La ley del más débil*, un concepto jurídico que los españoles denominan el “derecho de la inferioridad”, la protección necesaria de la vulnerabilidad.

El Papa nos advierte que

Así como el mandamiento de “no matar” pone un límite claro para asegurar el valor de la vida humana, hoy tenemos que decir “no a una economía de la exclusión y de la inequidad”. Esa economía mata. No puede ser que no sea noticia que muere de frío un anciano en situación de calle y que sí lo sea una caída de dos puntos en la bolsa. Eso es exclusión. No se puede tolerar más que se tire comida cuando hay gente que pasa hambre. Eso es inequidad. Hoy todo entra dentro del juego de la competitividad

17. Francisco, “Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium*”, op. cit.

18. Tanto los jueces del fuero Contencioso Administrativo, el Defensor Oficial y Asesor Tutelar ante la Segunda Instancia, Fernando Lodeiro Martínez y Gustavo Daniel Moreno, la Defensora General Adjunta Graciela Elena Christe como muchos otros operadores jurídicos en general, lo mismo ocurre con varias organizaciones no gubernamentales, verdaderamente incansables en la áspera tarea de ayudar a conseguir la concreción del derecho a una vivienda digna, todos tal vez con más entusiasmo que logros efectivos.

19. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 76.

y de la ley del más fuerte, donde el poderoso se come al más débil. Como consecuencia de esta situación, grandes masas de la población se ven excluidas y marginadas: sin trabajo, sin horizontes, sin salida. Se considera al ser humano en sí mismo como un bien de consumo, que se puede usar y tirar. Hemos dado inicio a la cultura del descarte que, además, se promueve. Ya no se trata simplemente del fenómeno de la explotación y de la opresión, sino de algo nuevo: con la exclusión queda afectada en su misma raíz la pertenencia a la sociedad en la que se vive, pues ya no se está en ella bajo, en la periferia, o sin poder, sino que se está fuera. Los excluidos no son “explotados” sino desechos, “sobrantes” (53).²⁰

En *El poder de la impotencia*, el sociólogo alemán Ulrich Beck define los derechos sociales como la dimensión humana del mercado global. Esta realidad social cuya nota principal es que:

... los agentes de la economía mundial adoptan decisiones políticas sin una legitimación político-democrática. Este vacío de legitimación es, por otro lado, una fuente de poder para los movimientos sociales [...] los consorcios internacionales disponen de un gran poder y de una escasa legitimación. Los movimientos sociales, por el contrario, sólo tienen un reducido poder pero una alta legitimación.²¹

Así a medida que los movimientos sociales mejoran su organización adquiriendo mayor capacidad de expresión, se observa el fenómeno que Beck denomina “el poder de la impotencia”. Él afirma que

... las empresas multinacionales se han convertido en “semi Estados” con una consecuencia fundamental. En tal calidad toman también decisiones semi políticas [...] no obstante la carencia crónica de legitimación torna a los mercados mundiales frágiles porque la credibilidad es un capital decisivo [...]. Los movimientos sociales se convierten en la única oposición política a tomar en serio dentro del ámbito del dominio de la economía mundial

Por lo tanto, el derecho a una vivienda digna y su correlato omisivo en viviendas indecorosas o personas en situación de calle es un derecho fuertemente vinculado a la pobreza, la exclusión, la vulnerabilidad social.

20. Francisco, “Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium*”, *op. cit.*

21. *El País*, 29/01/2001.

Los pretextos para menguar, minorar o cercenar la exigibilidad de los derechos sociales en general

Hay decisiones judiciales con relación a la eficacia del derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires que son recurrentemente cuestionadas por el gobierno en las apelaciones que tienen como eje todos o algunos de los pretextos que enunciaré a continuación y que se blanden para minorar a este derecho. Se cuestiona a los jueces porque:

1. Se entrometen en las funciones de los otros poderes del Estado (“deciden” qué debe hacer la Administración o “legislan” a su entender), y se los encuadra en el denominado “activismo judicial” conduciendo al cuestionamiento formulado por Holmes y Sunstein:

... el nivel de protección que reciben los derechos de bienestar se determina en su mayor parte en forma política y no judicial [...]. El hecho de que los derechos son financiados por los esfuerzos extractivos de las otras ramas no se condice con la imagen que la rama judicial tiene de sí misma [...]. ¿Es posible que los jueces, nominalmente independientes, estén en realidad atados a la cuerda del monedero? [...]. Los jueces como custodios en particular de valores sin precio, no deberían estar por encima de las diarias transacciones entre quienes tienen el poder y quien lo buscan?²²

2. No deben controlar el ejercicio de facultades discrecionales del Ejecutivo confundiendo el concepto jurídico con la acepción vulgar de la discrecionalidad asimilable al mero antojo.
3. Toman decisiones que tienen efectos erogatorios o impactan en los recursos presupuestarios. Por supuesto que esta objeción únicamente la hemos escuchado referida a los derechos sociales obviando que casi toda la jurisprudencia tiene esos efectos (diferencias salariales, indemnizaciones, cuestiones tributarias, y un largo etc.).

Los derechos cuestan dinero. Todos ellos, ya se trate de las libertades tradicionales a la no interferencia estatal (libertades negativas), ya de los derechos sociales, usualmente identificados como

22. Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, colección Derecho y Política, 2011, p. 128.

aquellos que exigen el despliegue de una actividad más directa por parte del Estado (libertades positivas) [...]. Los derechos sociales muestran más abiertamente esta dimensión, la necesidad de la prestación estatal que queda más oculta en el caso de las libertades negativas. Igualmente existe: ni la más negativa de las libertades negativas podría ser garantizada en ausencia de un deber estatal, y tal deber sólo merece ser tomado en serio cuando se destina parte del presupuesto tanto a satisfacerlo en forma directa como a penar su incumplimiento [...]. El costo de los derechos implica, en forma dolorosa pero realista, que las ramas políticas, que extraen y reasignan recursos públicos, afectan sustancialmente el valor, el alcance y la predictibilidad de nuestros derechos.²³

4. Que no son derechos operativos, sino expresiones de deseo, el “utopismo constituyente” al que se refiere Sagüés.
5. Que necesitan de un hacer del Estado porque son un *derecho prestación*, lo cual demuestra que precisamente nos hallamos en muchos casos ante deficientes formulaciones normativas. Dice Sagüés al respecto:

... la Constitución utiliza expresiones ambiguas o sibilinas, donde la “tarea” o el “deber” estatal se diluye en significados multívocos, algunos de ellos eventualmente apremiantes pero otros muy suaves para el obligado. Por ejemplo, el artículo 14 bis CN, declara que el Estado otorgará [...] el acceso a una vivienda digna, frase que abre un amplio abanico de posibilidades interpretativas, que parte de una hipotética misión del Estado de proporcionar una casa a cada habitante...²⁴

6. Hacen formulaciones normativas efectistas pero no efectivas. En tal sentido, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en el 2000, y en la Carta de los Derechos Fundamentales de 1989, al decir de Espada Ramos,²⁵ faltó la voluntad política para darles eficacia obligatoria. Estos documentos, al decir de la autora español-

23. Ibídem, p. 15.

24. Sagüés, Néstor P., “Estado social de Derecho y ‘derechos imposibles’”, en *Jurisprudencia Argentina*, boletín del 6 de abril de 2005, p. 4.

25. Espada Ramos, María Luisa, “Los derechos sociales en la Unión Europea: mercado o justicia”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 35, 2001, pp. 23-57.

la, nacieron carentes de todo valor jurídico obligatorio, nacieron debilitados, no pasaron a ser un acto de valor político, sino que son documentos sólo con un sentido “exhortativo” y “orientador”, por lo que concluye que los derechos sociales parecen estar condenados al simbolismo.

Las normas que confieren derechos sociales deberían siempre, simultáneamente, establecer todo el contenido pasivo, o sea: quién es el sujeto obligado, los parámetros, tal como hace el artículo 31 de la Constitución de los porteños, de lo que ese sujeto obligado debe hacer, las sanciones frente a las omisiones o indebidos cumplimientos y la afectación presupuestaria, para posibilitar:

... la estructura detrás tendiente a garantizar su satisfacción [...]. En sociedades altamente desiguales, es incierto que se puedan garantizar esos derechos sin que la intervención del Estado esté a su vez dirigida a áreas de inclusión social, como el trabajo, la educación y la vivienda. El sistema de justicia criminal no puedo lograrlo por sí solo, ni siquiera el más duro de ellos.²⁶

También se ha dado el caso de leyes contrarias a estos derechos. El Informe del Centro de Estudios Legales y Sociales (en adelante, CELS) de 2001 señaló cómo la Ley N° 25453 de julio de 2001, denominada “De déficit cero” o las leyes de precarización laboral fueron ejemplo de esto.

7. Los recortes presupuestarios. El mismo informe del CELS califica de “devastadores” los recortes efectuados por resoluciones ministeriales, no publicados en el Boletín Oficial, a los recursos destinados a estos derechos, que alcanzan un 75,59%.
8. Falta o insuficiencia de las asignaciones presupuestarias para hacer frente a las prestaciones:

En la práctica, los derechos pasan a ser algo más que meras declaraciones sólo si confieren poder a organismos cuyas decisiones sean legalmente vinculantes [...]. En general, los individuos desdichados que no viven bajo gobiernos capaces de cobrar impuestos y aportar soluciones efectivas no tienen derechos legales. La au-

26. Holmes, S. y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, op. cit., p. 18.

sencia del Estado significa ausencia de derechos. En realidad, un derecho legal sólo existe si y cuando tiene costos presupuestarios.²⁷

9. La ausencia de sujetos responsables y la no precisión acerca de las consecuencias del incumplimiento. Esta cuestión remite una vez más al legislador que genera un marco normativo general sin exponer cómo debe ser implementado, si tenemos en cuenta que los jueces no efectúan la valoración política de qué derechos y con qué dinero se afrontará su eficacia, más cuando se trata de los excluidos. Dice Francisco:

Quisiera advertir que no suele haber conciencia clara de los problemas que afectan particularmente a los excluidos. Ellos son la mayor parte del planeta, miles de millones de personas. Hoy están presentes en los debates políticos y económicos internacionales, pero frecuentemente parece que sus problemas se plantean como un apéndice, como una cuestión que se añade casi por obligación o de manera periférica, si es que no se los considera un mero daño colateral. De hecho, a la hora de la actuación concreta, quedan frecuentemente en el último lugar. Ello se debe en parte a que muchos profesionales, formadores de opinión, medios de comunicación y centros de poder están ubicados lejos de ellos, en áreas urbanas aisladas, sin tomar contacto con sus problemas. Viven y reflexionan desde la comodidad de un desarrollo y de una calidad de vida que no están al alcance de la mayoría de la población mundial.²⁸
“No hay que invertir el orden de la Justicia; mirar por los más infelices y no desampararlos sin más delito que su miseria” - Artigas 1815.

Y es que ese es el peligro máximo, según señalaba ya en el 2001 también el CELS: el círculo de retracción de los derechos sociales cierra únicamente con el actuar represivo del Estado sin más delito que la miseria.

... se ha desarrollado una globalización de la indiferencia. Casi sin advertirlo, nos volvemos incapaces de compadecernos ante los clamores de los otros, ya no lloramos ante el drama de los demás ni nos interesa cuidarlos, como si todo fuera una responsabilidad ajena que no nos incumbe. La cultura del bienestar nos anestesia y perdemos la clama si el mercado ofrece algo que todavía no hemos comprado, mientras todas esas vidas

27. *Ibíd.*, pp. 38-39.

28. Francisco, “Carta Encíclica *Laudato Si’*. Sobre el cuidado de la casa común”, *op. cit.*, párr. 49.

truncadas por falta de posibilidades nos parecen un mero espectáculo que de ninguna manera nos altera.²⁹

Con motivo de la ocupación del Parque Indoamericano en diciembre de 2010 por parte de personas integrantes del colectivo social y económicamente vulnerado³⁰ que reclamaban viviendas dignas para habitar, se suscitó rápidamente una polémica con respecto al encuadramiento jurídico de esos hechos. Hay quienes incluso en el presente, sostienen ante estos modos –digamos– *impropios* de reclamar por derechos personales legítimos y avasallados, que existe un delito, concretamente el de usurpación. Por la otra parte estamos quienes sostuvimos –y sostenemos– que no hay tal delito y que dicha visión responde al afán de criminalizar y sancionar penalmente.

Cabe señalar que en aquel episodio, no obstante la denominación de *Parque*, nos hallábamos ante un gran basural, de hecho abandonado por el Estado, y que las personas que lo ocuparon lo hacían con instalaciones por demás rudimentarias.

Resulta oportuno efectuar una disquisición con relación a la mentada existencia de un delito. El carácter de dominio público en el cual se hallaba dicho “parque”, y de otro bien del Estado, está dado por el hecho de que se trata de un bien cuyo titular, como decía el administrativista Marienhoff, es el *pueblo*:

No se trata pues de la propiedad común u ordinaria, regida por el derecho privado, sino de una propiedad de derecho público, de una propiedad pública en suma. Como acertadamente advirtió Otto Mayer, si bien en el dominio público existen diversas instituciones que se vinculan con la propiedad privada, hay que guardarse bien de confundirlas.³¹

Así, la perspectiva de criminalización de la pobreza encaja sólo si no se tiene en cuenta el cuadro social vulnerable en la que se manifiesta, y en tal sentido se expidió en marzo de 2011, la jueza penal de la Ciudad de Buenos Aires Dra. Cristina Nazar (a quien el Superior

29. Francisco, “Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium*”, *op. cit.*

30. Señalo *vulnerado* y no *vulnerable* por no considerar dicha condición intrínseca del colectivo mencionado, sino, por el contrario, una condición creada por el contexto en que estas personas deben desarrollar su vida. Así lo expongo en las sentencias que abordan la problemática en el Juzgado a mi cargo.

31. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Dominio Público*, Buenos Aires, Ed. TEA, 1960, p. 85.

Tribunal de Justicia decidió darle intervención en detrimento del fuero Contencioso Administrativo que en visión no criminalizante venía actuando en el caso del Parque Indoamericano).

Dijo la jueza penal Nazar en su decisorio del mes de marzo de 2011:

... que a poco que se examina y se avanza en el estudio de la causa [...] llevan a concluir que la cuestión traída a examen excede el marco del derecho penal y se enrola en una cuestión social que debe estudiarse y resolverse [...] a través de las instituciones previstas por la Constitución local y por los actores dispuestos a tal fin, concluyo que el derecho penal sólo puede y debe ser empleado como *ultima ratio* para la prevención de los daños sociales, y no para criminalizar conductas que tienen como norte constreñir a las autoridades pertinentes.³²

Lo que señala la Dra. Nazar se encuentra en línea con lo que indica Marina Liberatori: “desde estos discursos moralizantes se ha tendido a demonizar a las personas pobres, vinculándolas con la criminalidad, la inmoralidad y el desorden”.³³

Una anécdota no menor fue que la jueza Nazar fue denunciada ante el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires por esa decisión, que evidentemente, no fue del agrado de las autoridades. La “sensibilidad constitucional de los jueces”, como ha señalado Piero Calamandrei,³⁴ se da de bruces con la sensibilidad política.

Al respecto cabe destacar que

La incidencia de un consumo desmedido, la exhibición de una oferta de bienes que si uno no accede eso no existe, y núcleos importantes de la población que llegan a la conclusión de que no van a acceder a eso por vías legales [...]. Un individuo por fuera absolutamente del sistema [...]. Allí hay problemas en el primer nivel de socialización, que es la familia. Luego no

32. Citado en Liberatori, Elena, “El supuesto dilema de la autotutela del dominio público en los casos de derechos fundamentales vulnerados”, en *La voz judicial de la CABA. Revista del Colegio de Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la CABA*, Año 5, N° 9, septiembre de 2011.

33. Liberatori, Marina, *El mal que puede volver... Antropología de los sentidos sobre el mal, experiencias con santos populares y relaciones sociales en villa La Tela (Córdoba)*, Tesis de Doctorado en Ciencias Antropológicas, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Filosofía y Humanidades, p. 17.

34. Calamandrei, Piero, Conferencia de clausura del Curso “Procesos de Tutela de los Derechos Fundamentales”, organizado por la Embajada de España en Uruguay y el Centro de Formación de la Cooperación Española en Montevideo, 29 de julio de 2011.

van a estudiar. Tienen generaciones de familiares con antecedentes. Y allí está el mayor nivel de reproducción [...]. Mandan a la Policía al frente en vez de enviar asistentes sociales que tengan un registro histórico de esas poblaciones. Ahí es más eficiente un trabajador social que un policía.³⁵

Por su parte, Francisco abre el siguiente interrogante:

Me pregunto si somos capaces de reconocer que estas realidades destructoras responden a un sistema que se ha hecho global. ¿Reconocemos que este sistema ha impuesto la lógica de las ganancias a cualquier costo sin pensar en la exclusión social o la destrucción de la naturaleza?

Si esto es así, insisto, digámoslo sin miedo: queremos un cambio, un cambio real, un cambio de estructuras. Este sistema ya no se aguanta, no lo aguantan los campesinos, no lo aguantan los trabajadores, no lo aguantan las comunidades, no lo aguantan los Pueblos... Y tampoco lo aguanta la Tierra, la hermana Madre Tierra como decía San Francisco.³⁶

Y parte de esas “realidades destructoras”, como las denomina Francisco, es el trágico endeudamiento externo del país, que tiene impacto en todo el espectro de los derechos fundamentales de las personas en un grado devastador, y como consecuencia la respuesta gubernamental viene siendo la del actuar represivo con sus trágicas consecuencias.

Porque como lo explica Rolando Gialdino:

Con frecuencia, suele considerarse que las medidas de austeridad sólo afectan los DESC. Aun cuando ello sería *per se* suficientemente grave, es notorio que sus consecuencias también se proyectan sobre los derechos políticos y civiles. Baste recordar, a este fin, el consolidado principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos [...]. El Informe señala al respecto, *v. gr.*, los perjuicios al acceso a la justicia, al derecho a la participación, a la libertad de expresión, de reunión y de asociación; el empeoramiento de las condiciones de detención y encarcelamiento, y el aumento de suicidios. En muchos Estados los efectos de las políticas de austeridad generaron protestas y disturbios, a los que, en numerosos casos, los agentes de las fuerzas del orden han respondido haciendo un uso desproporcionado de la fuerza contra los manifestan-

35. Pereyra, Gabriel, “Después de lo que dijo (y no dijo Layera), ¿quién es el que no se anima?”, en *El Observador*, 16/05/2018. Disponible en: <https://www.elobservador.com.uy/nota/despues-de-lo-que-dijo-y-no-dijo-layera-quien-es-el-que-no-se-anima--2018516500>

36. Francisco, “Discurso del Santo Padre”, Participación en el II Encuentro Mundial de los Movimientos Populares, *op. cit.*

tes, con las consiguientes violaciones de los derechos a la participación, a la libertad de expresión, de reunión y de asociación.

La declaración “Deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto con los “Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos”, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, constituyen, dentro de un plexo normativo mayor, dos instrumentos descollantes para encarrilar a los actores de los procesos de endeudamiento y prevenir las graves y, en muchos casos, irreversibles consecuencias.³⁷

Se destaca así la valiosa herramienta jurídica que habremos de tener en cuenta quienes somos operadores judiciales, más aun cuando, como lo destaca Gialdino:

El Comité DESC resulta, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), el “intérprete más autorizado del PIDESC en el plano internacional”. Y, por el otro, que los informes de los Relatores Especiales en derechos humanos, ONU, han sido invocados por dicha Corte.³⁸

Francisco resalta que

Una economía justa debe crear las condiciones para que cada persona pueda gozar de una infancia sin carencias, desarrollar sus talentos durante la juventud, trabajar con plenos derechos durante los años de actividad y acceder a una digna jubilación en la ancianidad. Es una economía donde el ser humano en armonía con la naturaleza, estructura todo el sistema de producción y distribución para que las capacidades y las necesidades de cada uno encuentren un cauce adecuado en el ser social. Ustedes, y también otros pueblos, resumen este anhelo de una manera simple y bella: «vivir bien». Que no es lo mismo que ver pasar la vida.³⁹

37. Gialdino, Rolando, “Deuda externa, prestatarios y prestamistas, y ajustes estructurales a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista La Ley*, 16 de mayo de 2018.

38. Ídem.

39. Francisco, “Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium*”, *op. cit.*

Pese a todo, hay criterios jurisprudenciales sólidos y uniformes en relación con el derecho a la vivienda digna en la Ciudad de Buenos Aires

Francisco desentraña la naturaleza de los derechos sociales de la siguiente manera:

Como sucede en algunos casos, las comunidades bien podrían no garantizar los derechos sociales, y para criticar una situación semejante es que necesitamos estándares de justicia, unos estándares en general vinculados con la noción de que los derechos existen con relativa independencia del Estado.⁴⁰

En la justicia de la Ciudad de Buenos Aires, y a modo ejemplificativo, señalo algunos elementos a tener en cuenta: el derecho a un vivienda digna puede asegurarse de diversas maneras y no implica el derecho a obtener en propiedad un inmueble con destino a vivienda; el derecho a la vivienda es mucho más que el derecho a un espacio físico delimitado por cuatro paredes, tampoco se trata de una identificación con el derecho de propiedad o de ser propietario, si bien el objetivo final de obtener una vivienda propia y definitiva aparece como el fin más deseable.

Francisco insiste que

Uno de los principales obstáculos para alcanzar la plena efectividad del derecho a la vivienda es la persistencia de los Estados, al formular políticas y programas y hacer asignaciones presupuestarias, en considerar la vivienda una necesidad básica y no un derecho. Hay que encontrar los medios para reducir la distancia entre el reconocimiento jurídico y la práctica.⁴¹

El defensor general de la Ciudad Horacio Corti ha señalado que son cinco los aspectos que se involucran en la tutela efectiva de los derechos sociales, y por ende en el derecho a la vivienda: 1. acceso sin trabas irrazonables a la vía judicial, 2. un marco procesal de igualdad para exponer los hechos y probarlos, 3. dictado de la sentencia en tiempos

40. Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, op. cit., p. 25.

41. Juez Gallardo en "Castro Vargas", 20400/0.

razonables, 4. sentencias fundadas en derecho positivo y 5. deber de ser cumplidas en forma adecuada.

En el caso del Decreto N° 690/2006, la Administración está obligada a hacer algo más que dar un subsidio: debe tomar el compromiso de orientar a los beneficiarios de tales subsidios en la búsqueda de estrategias superadoras de su situación de carencia habitacional. Resulta inaceptable que una vez finalizado el plazo de otorgamiento del subsidio, el gobierno pretenda luego desentenderse de ellas manifestando que finalizó el plazo de otorgamiento del subsidio.

La Sala II ha dicho en la causa “Castro Vargas” que

... en la medida en que el Estado no pueda proporcionar soluciones permanentes, el subsidio debe ser la regla. Y ello porque la pobreza crítica es la situación de excepción que el constituyente ha optado por resolver progresivamente conf. el artículo 31 de la Constitución.

Un precedente insoslayable que, a nuestro modo de ver, marcó un punto de inflexión es el recurso de hecho en el caso “Q.C., S. Y. c/GCBA s/amparo” resuelto a favor de la amparista y su hijo de seis años, discapacitado, ambos en situación de calle. El Tribunal Superior de Justicia revocó a las instancias judiciales previas, lo que provocó que la defensora general adjunta Dra. Christe acudiera a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Máximo Tribunal local, mediante el voto de Lozano en el caso “Alba Quintana” de mayo de 2010, había establecido que conforme las normas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los Estados partes no están obligados a proporcionar vivienda a cualquier habitante de su país que adolezca de esa necesidad, y que en todo caso, su deber se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan, por lo que su deber es garantizar el mínimo, que consiste en brindar “abrigo” a quienes carecen de un techo.

La Corte Suprema entendió que la primera característica de este tipo de derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. Que su segundo aspecto es que esa operatividad deviene de normas que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, y que dado que las normas no consagran una operatividad directa, todos los ciudadanos

pueden solicitar la provisión de una vivienda judicialmente. Y en tercer lugar, que esos derechos están sujetos a una ponderada razonabilidad por parte del Poder Judicial para valorar si es adecuado o no el grado de protección dado al derecho y no justificar que por el costo no es exigible, al punto de catalogarlos como “derechos imposibles”.

La Corte tuvo especialmente en cuenta el carácter desesperante de la situación al haber un niño discapacitado con una madre en la calle para resolver que el GCBA debía intervenir con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el niño dispusiera de la atención y el cuidado que su estado de capacidad requiere, y que garantizar, aun en forma no definitiva, un alojamiento en condiciones edilicias adecuadas a la patología del niño.

Situaciones sociales vinculadas a la falta o insuficiencia de políticas públicas en materia de viviendas en la Ciudad de Buenos Aires

A través del “Programa interdisciplinario sobre marginaciones sociales”, la Universidad de Buenos Aires organizó en 2016 el Segundo Encuentro Participativo: Hábitat y Vivienda, cuyo documento de base releva las siguientes situaciones sociales vinculadas a la falta o insuficiencia de políticas públicas.⁴²

Sobre la base de los datos del Censo 2010, la población en la Ciudad no ha variado sustancialmente desde 1947. Cerca de 500.000 personas viven en condiciones habitacionales deficitarias por necesidades específicas de vivienda o por carencia de servicios, precariedad de las construcciones o hacinamiento (el 10,9% en hacinamiento y un 1,6% en hacinamiento crítico).

Parte de esa población vulnerada habita en el 4,8% de las viviendas de la ciudad, que está formada por hoteles, pensiones, inquilinatos, conventillos y construcciones no destinadas a vivienda, y un 6% en villas y asentamientos precarios.

42. Robertazzi, Margarita, *Estrategias Interdisciplinarias y Participativas de Comunicación y divulgación de las Problemáticas que Involucran Marginaciones Sociales. Ejes Hábitat y Trabajo*, Buenos Aires, Eudeba, 2017.

Massuh destaca que

La situación de las villas de emergencia en la ciudad es alarmante por su endeblez. Por un lado el gobierno la ignora sub ejecutando el presupuesto y desatendió mandatos judiciales específicos (como el de urbanizar la Villa Rodrigo Buenos junto a la Reserva Ecológica o la Villa 20 en Lugano)...⁴³

Recién con el cambio de gestión de fines de 2015, el actual gobierno de la Ciudad encaró procesos de reurbanización y de construcción de viviendas sociales en la Villa 20, previo episodio de ocupación de un predio en reclamo de soluciones de vivienda y hábitat.

¿Qué es “ser pobre” en esta Ciudad de Buenos Aires?, se preguntaba el papa Francisco cuando todavía era cardenal, en una homilía:

En esta ciudad de Buenos Aires están los que “caben” en este sistema y los que “no caben”, para los que no hay trabajo, ni pan, ni dignidad. Y esos que “sobran” son el material de descarte, porque también en esta ciudad se descarta a las personas y estamos llenos de “volquetes existentes” de hombres y mujeres que son despreciados.⁴⁴

La cuestión habitacional puede resumirse en un conjunto de fenómenos interrelacionados:

- El alto costo de los hoteles e inquilinatos, que en general presentan condiciones deplorables.
En el caso judicial “Q.C, S. Y” resuelto por la Corte Suprema quedaron plasmadas las condiciones edilicias de estos lugares que carecen de habitaciones o baños privados y alojan a más de una familia. En ese caso esto redundaba en un perjuicio concreto en la salud del niño, ya que al no haber más que una cocina común, y dado que el niño por su patología se expresaba en chillidos que molestaban a otras personas, la madre se veía obligada a darle de comer en la habitación únicamente papillas, por lo cual el niño no sabía masticar alimentos. Además había contraído Hepatitis A por el uso compartido de

43. Massuh, Gabriela, *El robo de Buenos Aires. La trama de corrupción, ineficiencia y negocios que le arrebató la ciudad a sus habitantes*, op. cit., p. 301.

44. Bergoglio, Jorge, “Homilía en la Plaza Constitución con para mujeres rescatadas de redes de prostitución, víctimas de la explotación laboral, cartoneros y costureras salidas de talleres clandestinos”, Buenos Aires, 4 de septiembre de 2009. Disponible en: http://aica.org/aica/documentos_files/Obispos_Argentinos/Bergoglio/2009/2009_09_04.html

baños, por lo que pasó a hacer sus necesidades fisiológicas en un tacho en la habitación.

Esta situación se ve agravada por la imposibilidad de acceder a un alquiler formal debido a la imposibilidad de obtener una garantía inmobiliaria, en un marco de total desregulación institucional y de no intervención en tal sentido.

Marta Lado sostiene que

Del lado de la demanda, hay una población que crece a una tasa mayor que la cantidad de viviendas disponibles con personas que no pueden acceder al mercado formal, por no contar con empleo fijo, ni ingresos regulares, avales, garantías y en muchos casos ni siquiera documentación legal, les resulta vedado buscar alternativas fuera de los asentamientos irregulares. Del lado de la oferta, en cambio, se da la existencia de viviendas concentradas en pocos propietarios “de facto” que, a pesar de no haber comprado los terrenos, hacen valer su mayor antigüedad en la zona, su control interno de la villa y su inversión en viviendas de material. Además no están controlados por las regulaciones del mercado formal, por lo que los contratos están sujetos a decisiones unilaterales de los “propietarios”, muchas veces organizaciones ligadas a toda clase de negocios ilegales, que controlan la construcción y el alquiler de nuevas viviendas dentro de los predios de villas y asentamientos irregulares. La prueba más concluyente sobre la situación precaria de estos inquilinos y sobre el poder desigual de negociación, está dada por las rentabilidades de alquiler que les queda a los “propietarios”. Podemos afirmar que estas situaciones de negociación ilegal llegan a obtener hasta un 50% de ganancia anual sobre el presunto valor del inmueble. Esto es, un nivel 10 veces superior al de la renta de alquiler en un barrio promedio de la Ciudad. Así, lejos de ser un mundo uniforme, el ambiente de las villas muestra una marcada estratificación. Pero tal vez la principal diferencia dentro de las villas sea la que reside entre “propietarios e inquilinos”.⁴⁵

- Una política de expulsión de los sectores con menos recursos, que habitan estos tipos habitacionales debido a la presión inmobiliaria.

45. Lado, Marta, “Vulnerabilidad habitacional en barrios vulnerados. Alquileres en las villas”, 2013 (trabajo inédito elaborado por la titular de la Secretaría Ad Hoc de Barrios Vulnerados).

- Un ejemplo es el barrio Rodrigo Bueno en la Costanera Sur, asentado al principio de la década del 80, que en el devenir del urbanismo en la ciudad quedó emplazado en uno de los más nuevos y costosos barrios.

En el año 1997, todavía liderada por George Soros, IRSA adquiere los terrenos sin prever las trabas que le impondría la nueva Constitución de la Ciudad con su Plan Urbano Ambiental y su exigencia de que las urbanizaciones fueran sometidas al parlamento de la ciudad, no tan abierto como ahora a la privatización de grandes predios urbanos [...] el proyecto fue sometido a una evaluación de impacto ambiental por etapas y se llamó a una audiencia pública consultiva. Las opiniones adversas formuladas por expertos que habían estudiado el caso se centraban en la afirmación de que el proyecto de IRSA, tal como estaba formulado, no tenía ningún beneficio público y era atentatorio contra el libre acceso al río, pulmón de esparcimiento vital para la calidad de vida de la ciudad. Los más enardecidos llegaron a hablar de una gran farsa y un gigantesco negociado.⁴⁶

- Ausencia de presupuestos institucionales frente a los desalojos masivos y la “situación de calle”, más allá de las operatorias vigentes, que se han instalado como el núcleo central de la política institucional: el subsidio habitacional, limitado a cuotas mensuales que no llegan a cubrir los costos de hoteles, pensiones e inquilinatos.

Por otra parte, tal como declarara la entonces Ministra M. Eugenia Vidal en audiencia ante la Corte, en la Ciudad “no hay un programa específico” para la gente en situación de calle, señalando que “no consideramos que quien esté en un parador esté en situación de calle”.⁴⁷

Tal como quedara asentado por la Corte Suprema en el caso ya mencionado, los refugios y albergues sólo ofrecen alojamiento nocturno, no reúnen condiciones dignas de salubridad, seguridad e higiene, y no permiten gozar de privacidad

46. Massuh, Gabriela, *El robo de Buenos Aires. La trama de corrupción, ineficiencia y negocios que le arrebató la Ciudad a sus habitantes*, op. cit., pp. 170-171.

47. “Para Vidal, ‘quien está en un parador no vive en la calle’”, en *Página/12*, 15/09/2011. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-176856-2011-09-15.html>

o aislamiento. A ello se suman circunstancias de desatención que redundan en situaciones de violencia o de hurto entre los alojados, el hecho también de que se disgrega el grupo familiar, puesto que están separados hombres de mujeres, y el hecho de que los niños según la edad también son separados de sus madres, todo lo cual hace que muchas veces las personas opten por continuar en la calle.

- Las pésimas condiciones de los dispositivos de emergencia, o sea de los paradores nocturnos y hogares como de los hoteles. Como ha quedado plasmado en el caso resuelto por la Corte ya mencionado, el hotel que albergaba a la parte actora y a su hijo pequeño, discapacitado, consistía en una habitación de alrededor tres metros por tres, sin ventanas, es decir sin luz solar, sin lugar de juegos porque no se permite a los niños jugar en los pasillos, a la cual se accede a través de un primer piso por escalera, no recomendable para un chico en esa condición. La habitación misma tiene un altillo al cual no puede acceder, y una cama matrimonial, en la cual pernoctan ambos, madre e hijo.

Al respecto, Francisco entiende que

Los planes asistenciales que atienden ciertas urgencias sólo deberían pensarse como respuestas pasajeras, coyunturales. Nunca podrán sustituir la verdadera inclusión [...]. Cuando Estado y organizaciones sociales asumen juntos la misión de “las tres T” se activan los principios de solidaridad y subsidiariedad que permiten edificar el bien común en una democracia plena y participativa.⁴⁸

Las medidas coyunturales, que son las que se adoptan en la Ciudad, son respuestas pasajeras, como dice el papa Francisco, que no revierten la situación preexistente de vulnerabilidad.

Otro mecanismo es la Ley N° 341 de créditos para vivienda bajo modalidad autogestionaria a personas individuales o conformadas en cooperativas, que requiere de requisitos que no todos pueden cumplir.

Se está llevando a cabo una política a nivel local, nacional y transnacional que se condice con una “necropolítica”, en términos de Achille

48. Francisco, “Discurso del Santo Padre”, Participación en el II Encuentro Mundial de los Movimientos Populares, *op. cit.*

Mbembe,⁴⁹ que genera las condiciones para que los miembros de los colectivos sociales vulnerados atraviesen “una muerte lenta” en términos de Lauren Berlant,⁵⁰ y también fortalece el contexto que genera una distribución desigual de la vulnerabilidad y la precariedad social, según lo conceptualizado por Judith Butler, quien sigue los preceptos de Zygmund Bauman cuando describe al colectivo de vagabundos como indeseables.

Achille Mbembe, en su libro *Necropolítica*, explica la noción de biopoder que desarrolla Michel Foucault, quien entendía que el poder había establecido su control sobre el dominio de la vida. Es decir, que segrega personas entre las que deben vivir y las que deben morir. Para la argumentación sobre su idea de necropolítica, Achille enlaza la noción foucaultiana de biopoder con los conceptos de estado de sitio y estado de excepción.

De esta manera, analiza cómo el estado de excepción y las relaciones de enemistad se han convertido en la normativa para el derecho a matar. Esto significa que el poder, no necesariamente es el estatal, todo el tiempo crea un discurso de excepción, de urgencia, y una noción ficcionada de enemigo para hacer valer e imponer sus propósitos, controlando quién debe vivir y quién debe morir.

Esto lleva a lo que Lauren Berlant señala en su artículo “Slow Death...” acerca de las apreciaciones de Foucault, donde indica que esta forma de actuar se lleva a cabo para el control de aquellas poblaciones que pueden llegar a afectar la normalidad imperante.

En la noción de muerte lenta, según la autora, el foco está en las condiciones estructurales y su articulación con la experiencia vivida, al respecto describe lo vivido por personas marcadas por el desgaste. Esta experiencia de vida no es un período de crisis en la vida de estas personas, sino que las atraviesa durante su estado ordinario, todos los días de su vida. A su vez, este estado ha sido naturalizado, forma ya parte de la conciencia ordinaria y se ha entrelazado con la vida cotidiana.

Este modo de vida ha ido tomando forma en el contexto estructural capitalista, donde la destrucción de los cuerpos dentro del contexto

49. Mbembe, Achille, *Necropolítica*, seguido de “Sobre el gobierno privado indirecto”, España, Melusina, 2011.

50. Berlant, Lauren, “Slow Death. Sovereignty, Obesity, Lateral Agency”, en Berlant, Lauren (ed.), *Critical Inquiry*, vol. 33, N° 4, verano de 2007, The University of Chicago Press, pp. 754-780.

productivo y en el resto de los aspectos de la vida se ha generalizado siguiendo los preceptos del mercado. El sujeto, dentro de la lógica del capital, ha articulado su supervivencia como una muerte lenta. La autora señala que “la destrucción de los cuerpos por el capital no es sólo una crisis del presente, sino una condición ético política de larga data”.⁵¹

Las Leyes N° 4036 y N° 4042, que a partir del año 2012 introdujeron criterios aun más restrictivos respecto del alcance de la política social del GCBA con efectos directos sobre la cuestión habitacional, así como una serie de fallos del Superior Tribunal de Justicia de la CABA basados en la normativa mencionada, inauguraron sentencias con mayores limitaciones al derecho a la vivienda.

Con relación a ello, la Ciudad tiene “paradores nocturnos” cuyas lamentables condiciones materiales y de funcionamiento también fueron objeto de una acción judicial en su momento. Además, existen hoteles que en la generalidad de los casos presentan pésimas condiciones sumados al alto costo de la estadía. Ejemplo de ello es el caso “Q.C., S. Y. c/GCBA s/ amparo”, que llevara adelante la defensora general adjunta Dra. Christie, como ya he mencionado.

También en consonancia con ello está la falta de generación de políticas públicas que aborden integralmente la problemática de las personas en situación de calle, como ha sido analizado en la causa “Donda”, donde recientemente he dictado sentencia. Del informe presentado por el defensor general de la Ciudad de Buenos Aires, Dr. Horacio Corti, en el expediente mencionado, se desprende que durante el procedimiento realizado junto a numerosas organizaciones sociales se relevaron un total de 4413 personas: 3789 adultos/as y 624 niños/as y adolescentes, datos que distan ampliamente de las poco más de 1000 personas en situación de calle que informó el GCBA para 2017.

Llaman poderosamente la atención las dimensiones relevadas por la Defensoría General de la Ciudad y numerosas organizaciones sociales, en relación con el tiempo de permanencia en la calle. Así, del total de los registros obtenidos, el 38% manifestó estar en esta situación desde hace más de 6 años, le sigue un 20% que está desde hace 3 a 6 años, y luego un 18% que está desde hace 1 a 3 años. Estas cifras no hacen más que confirmar el incumplimiento manifiesto por parte

51. Ídem. Traducción realizada por el autor.

del GCBA de sus deberes consignados en las disposiciones de la Ley N° 3706,⁵² sancionada hace más de siete años (el 13/12/2010), ya sea por una falta total de políticas públicas adecuadas, que permitan a este sector de la sociedad salir de su situación de calle, o por la deficiencias en las políticas existentes, que como ya dijimos y reiteramos. Solo ofrece políticas de emergencia creadas para paliar la situación, pero no orientadas a darle una solución definitiva al tema.

Judith Butler señala al respecto que “debemos también considerar que una forma de administrar las poblaciones es distribuyendo la vulnerabilidad desigualmente, de manera que las ‘poblaciones vulnerables’ sean establecidas dentro del discurso y las políticas”.⁵³ La autora señala que en el contexto actual de distribución de la vulnerabilidad y de la precariedad, y cuando esta conceptualización económica de distribución desigual se la traspola a la esfera social y cultural, “nos enfrentamos [...] con la desigualdad en la capacidad de las poblaciones de suscitar condolencias; en otras palabras, la idea de que algunas vidas son más dignas de conmemoración de duelo público cuando se pierden que otras”.

Cuando Butler habla de precariedad, señala que cuando esta es distribuida diferencialmente, se asignan de manera desigual las condiciones que se necesitan para vivir una vida digna de ser vivida. De esta manera, “la precarización nos permite pensar acerca de la ‘muerte lenta’, en palabras de Lauren Berlant, padecida por las poblaciones agredidas y abandonadas a los largo del tiempo y del espacio”.

Asimismo, la autora indica que el vínculo social se ha desgastado o que es irrecuperable, y que la precariedad compartida es negada. Este razonamiento lleva a justificar la vida de unos y no la de otros, es decir que considera a algunos como merecedores de ser protegidos del daño y de la muerte. Esto significa que parte de la población se considera desechable y otra no, lo que hace que esta última sea merecedora de ser llorada.

Para que esta distribución desigual de la precariedad no se siga desarrollando, Judith Butler señala que “nuestra precariedad depen-

52. Ley que tiene por objetivo proteger integralmente y operativizar los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle.

53. Butler, Judith, *Corporeal vulnerability, coalition and street policy*, Londres, Koenig Books, 2012. Traducción de Luz Hincapié disponible en: <http://nomadas.ucentral.edu.co/index.php/inicio/2296-apuestas-por-una-etica-de-la-existencia-nomadas-46/1-pensar-la-vida/906-vulnerabilidad-corporal-coalicion-y-la-politica-de-la-calle>

de en gran medida de la organización de relaciones económicas y sociales, la presencia o ausencia de una infraestructura sustentadora e instituciones sociales y políticas”. Es decir que “cuando esas instituciones son estructuradas de manera que algunas poblaciones se vuelven desechables, son interpeladas como desechables, privadas de futuro, educación, trabajo estable y satisfactorio, hasta de saber qué espacio se puede llamar hogar”.⁵⁴

Ejemplo de estas instituciones puede observarse en la implementación de la Unidad de Control del Espacio Público (UCEP), que en 2008/2009 ejecutaba operativos para liberar de manera violenta espacios públicos que estaban ocupados por personas en situación de calle. En el expediente que se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 a cargo del Dr. Gallardo, se pudo corroborar que la Unidad de Control del Espacio Público (UCEP), dependiente del Ministerio de Ambiente y Espacio Público, llevó adelante operativos mediante los que desalojó a personas de la vía pública en forma violenta, tras proferir amenazas y ataques físicos y sustraerles sus pertenencias, que terminaron compactadas en el camión recolector de basura. Este patrón de actuación se vio reflejado en las distintas zonas de la CABA y contó con información recabada por el programa Buenos Aires Presente (BAP), destinado a contener y asistir socialmente a la población en situación de vulnerabilidad, violando con su accionar la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, y su propia ley de creación. Según Bauman: “No se puede ‘curar’ la pobreza porque no es un síntoma de capitalismo enfermo. Por el contrario, es señal de vigor y buena salud, de acicate para hacer mayores esfuerzos en pos de la acumulación”.⁵⁵

Al respecto, resulta oportuno traer aquí las manifestaciones vertidas por la gobernadora de la Provincia de Buenos Aires, María Eugenia Vidal, al cuestionar el hecho de “llenar la provincia de universidades públicas, cuando todos sabemos que nadie que nace en la pobreza llega a la universidad”.⁵⁶

54. Ídem.

55. Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 106.

56. “María Eugenia Vidal dijo que no será candidata a Presidente: ‘Mauricio va a reelegir’”, en *Infobae*, 30/05/2018. Disponible en: <https://www.infobae.com/politica/2018/05/30/>

Esto está en concordancia con las manifestaciones vertidas por el actual presidente de la Nación, cuando dijo “aquel que tiene que caer en la escuela pública”⁵⁷ al comparar el rendimiento de los niños que asisten a escuela privada o a escuela pública. Marcó así una clara diferencia entre las personas que asisten al sistema de educación pública frente a las que lo hacen en el sistema de educación privado, ubicando a los primeros en un lugar rezagado de la sociedad.

Bauman se refiere al concepto de vagabundo como “los de abajo” dentro de la sociedad y describe cómo con esta lógica capitalista se les otorga un lugar excluido e indeseado dentro de la vida cotidiana:

A “los de abajo” les sucede que los echan una y otra vez del lugar que quisieran ocupar. [...] Si no se mueven, a veces les quitan el piso de bajo los pies, lo cual es otra forma de estar en movimiento. Si se lanza a la ruta, en la mayoría de los casos su destino es elegido por otros; rara vez es agradable, y el placer no es uno de los criterios de elección. Tal vez ocupen un lugar muy desagradable que abandonarían con gusto, si no fuera porque no tienen dónde ir y difícilmente los recibirían de buen grado allí donde quieren decidan instalar campamento.⁵⁸

Los “vagabundos” saben que no se quedarán mucho tiempo en un lugar por más que lo deseen, ya que no son bienvenidos en ninguna parte. [...] Los vagabundos difícilmente podrán costearse las elaboradas elecciones en las que se supone que sobresalen los consumidores; su potencial para el consumo es tan limitado como sus recursos. Este defecto es la causa de su precaria posición social. Rompen la norma y socavan el orden. Son aguafiestas por su mera presencia, no aceitan las ruedas de la sociedad de consumo, no aportan nada a la prosperidad de la economía transformada en industria turística. Son inútiles en el único concebible de la palabra “utilidad” en una sociedad de consumidores o turistas. Por ser inútiles, son indeseados. Por ser indeseados, son candidatos naturales a la marginación, a convertirse en chivos expiatorios.⁵⁹

maria-eugenia-vidal-la-ley-de-tarifas-no-va-a-mejorar-en-nada-la-situacion-de-los-argentinos/

57. “Macri habló de los que ‘caen’ en la escuela pública y fue criticado”, en *Clarín*, 22/03/2017. Disponible en: https://www.clarin.com/politica/macri-hablo-caen-escuela-publica-criticado_o_B1xsEfj2l.html

58. Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias Humanas*, op. cit., p. 115.

59. *Ibíd.*, pp. 122 y 126.

También los dichos del actual jefe de gobierno de la Ciudad respecto a mi sentencia que ordenaba la urbanización de Rodrigo Bueno, cuando señaló que dicha decisión era un disparate, como he mencionado, se condicen con la visualización de espacios como lugares donde no se debe actuar, aun siendo que allí se vive en condiciones indignas.

Adriana Clemente ha llamado a este colectivo social como de pobreza persistente, condición con la principal característica de la persistencia en el tiempo, lo cual provoca la potenciación negativa de dicha situación. En estos casos se trata, en palabras de Clemente, de personas de los centros urbanos y periurbanos, afectadas por más de una generación por condiciones de privación, que las dejan subsumidas en el campo de indigencia.

Las decisiones tomadas por una administración gubernamental dada delimitan un proceso político específico. Como señala David Harvey en su libro *Social Justice and the City*, dicho proceso político tiene gran influencia en la localización de los servicios públicos y en los efectos de los beneficios que estas obras (o su falta de realización) pueden generar.

Por lo tanto, los efectos que dichas acciones provocan, según Lucía Guaimas, son que

... los límites que se establecen son tanto territoriales y económicos como simbólicos, y se establece relación directa entre la distancia social y la configuración espacial. Se produce un fortalecimiento de relaciones sociales particulares por la reproducción de las condiciones que posibilitaron dichos límites, lo que genera segregación social a través de la reproducción de las diferencias sociales.⁶⁰

Dado que las acciones llevadas a cabo por la administración tienen incidencia directa en la realidad vivida por cada persona, se deben hacer efectivas las medidas que aseguren los derechos fundamentales de este colectivo vulnerado. Por lo tanto, deben revertirse las acciones implementadas que llevaron a este grupo social a la situación actual, en la cual se ven vulnerados todos sus derechos, especialmente el derecho a la vivienda.

Wacquant analiza cuáles fueron los elementos causantes de lo que él llama la *hiperquetificación*, basado en el rol del Estado sobre las

60. Guaimas, María Lucía, Monografía del Seminario de Antropología Urbana, Buenos Aires, FLACSO, 2012.

poblaciones pobres de EE. UU., ya no en tanto Estado de bienestar, sino desde una visión punitiva del rol que debe cumplir. Al respecto distingue tres procesos:

El cambio del gueto comunal al hipergueto puede ser gratificado de manera dinámica en términos de la interacción estructurada de tres procesos dominantes. El primero es la despacificación de la vida cotidiana, esto es, se filtra la violencia del sistema en el entramado social local. [...] Un segundo proceso implica desdiferenciación social, [...] el persistente desempleo y la aguda privación material han puesto en marcha el encogimiento de las redes sociales, mientras que la futilidad política de los negros pobres ha permitido el drástico deterioro de las instituciones públicas. Desde las escuelas públicas, las viviendas, y la salud, hasta la policía, las cortes, y el *welfare*, estos últimos operan de tal manera que acentúan la estigmatización y el aislamiento de los residentes del gueto (Wacquant, 1997). Un tercer proceso es la informalización económica. [...] Hoy la mayoría de los habitantes del South Side de Chicago encuentra su principal base de sustento en el comercio callejero y en el sector de asistencia social: el trabajo asalariado es muy escaso y muy poco confiable para ser el anclaje principal de sus estrategias de vida (Wilson, 1996).⁶¹

Frente a ello, Wacquant señala: “El hipergueto ya no es un reservorio de los trabajadores industriales disponibles, sino un mero lugar de desecho para las numerosas categorías de las cuales la sociedad circundante no hace uso político o económico alguno”.⁶²

José Luis de Imaz, en su libro *Los hundidos. Evaluación de la población marginal*, realiza un análisis de la población marginal y la identifica como un fenómeno sociocultural. Respecto a lo social, señala que esta porción de la sociedad no ejerce roles relevantes dentro de las distintas esferas de actividad, no tiene participación en la toma de decisiones y tampoco tiene acceso a los bienes y servicios que son distribuidos. Sobre el aspecto cultural, resultan marginales quienes no se integran, o sólo se integran parcialmente, dentro de lo que se conoce como “cultura prevalente”. A pesar del consenso sobre las normas y valores de la sociedad de la que forman parte, disienten con la percepción generalizada de los símbolos y sus significados, o no poseen comprensión ni

61. Wacquant, Loïc, *Parias Urbanos: marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*, Buenos Aires, Ed. Manantial, 2010, pp. 111-112.

62. Ídem.

uso de los distintos elementos instrumentales. Para poder superar la marginalidad, señala el autor, tendrían que redistribuirse de manera diferente los recursos y decisiones, lo que implicaría un cambio en las relaciones de poder imperantes.

Cabe señalar que todas las problemáticas habitacionales y de exclusión socioespacial forman parte de expedientes judiciales, lo que evidencia un contexto gubernamental omisivo.

Procesos en materia de vivienda

Es necesario alertar acerca de los procesos de valorización de la tierra y el aumento de las cargas impositivas para los habitantes de los barrios vulnerados, el día que se haya cumplido la reurbanización y que no puedan afrontar las nuevas condiciones, si es que en las leyes de urbanización no se incluyen cláusulas sociales del tipo de exenciones impositivas, subsidios, tarifas sociales, etc., medidas gubernamentales sociales que, como estamos viendo, no condicen con la realidad política del país y de un gobierno que no duda en acometer a sectores sociales vulnerables.

Asimismo, hay que destacar la importancia de la ley presupuestaria anual y la falta de normas que atribuyan responsabilidades personales a los funcionarios que no cumplieran con la ejecución presupuestaria de las partidas sociales o las subejecuten según determinados parámetros.

Al respecto, existe un proyecto legislativo en la Ciudad, de la legisladora (con mandato cumplido) María Rachid para establecer la intangibilidad de las partidas presupuestarias sociales. Obviamente no ha merecido tratamiento legislativo alguno.

Por último, ha de prestarse mucha atención a los procesos de gentrificación, la valorización de suelo y los procesos de apropiación cultural dirigidos por el mercado y con efecto sobre la atracción de clases medias en ascenso, procesos de apropiación de la renta de la tierra proveniente de esfuerzos colectivos por parte de privados.

María Lucía Guaimas sugiere que

Estas delimitaciones de la Ciudad y la expulsión de ciertas partes de la población hacia fuera de sus fronteras generan también desigualdades en los ingresos de la población afectada. Y los sectores menos favorecidos de la sociedad resultan los más perjudicados porque los cambios que

pueden llegar a darse en su modo de vida por esta segregación, pueden impactar fuertemente en el desarrollo de su vida cotidiana de un modo digno, cambios en los aspectos culturales, económicos y sociales de su desarrollo vital. Y el contar con escasos recursos económicos impide que se puedan revertir dichas condiciones de vida. Esta realidad tiene un circuito circular, tienen pocos recursos, por lo cual acceden a lugares alejados, eso dificulta el trabajo, y genera una continuidad en esos pocos recursos económicos disponibles.

El déficit habitacional en la Ciudad de Buenos Aires evidencia que este espacio urbano que es la Ciudad se está convirtiendo en un lugar para ser habitado o estar en manos del sector más pudiente de la sociedad argentina y también en manos de “inversores” extranjeros. Una muestra de esta nueva realidad es que casi un cuarto de las viviendas que hay construidas en la Ciudad están desocupadas y que aproximadamente unos 200.000 habitantes porteños (sólo considerando a los habitantes de los barrios vulnerados porteños) no están viviendo en condiciones dignas.⁶³

Estos elementos han sido abordados por Harvey, quien analiza las implicancias del urbanismo en la distribución del ingreso, entre otras cuestiones, y al respecto señala:

Ciertos grupos, particularmente aquellos con recursos financieros y educación, son capaces de adaptarse de modo más rápido a un cambio en el sistema urbano, y estas capacidades diferenciales con respecto al cambio son una importante fuente de desigualdades. La accesibilidad a las oportunidades de trabajo, a los recursos y a los servicios sociales sólo puede ser obtenida pagando un precio, y este precio es comparado, en general, al costo de la distancia que hay que salvar, al tiempo utilizado en ello, etc. Pero no es nada fácil medir el precio que la gente paga. Consideremos, por ejemplo, la dificultad de valorar de algún modo el tiempo que pierden los estudiantes en el transporte. Y existen también problemas incluso más complicados, dado que el precio social que la gente debe pagar para tener acceso a ciertos servicios es algo que puede variar desde el simple costo directo del transporte al precio psicológico y emocional impuesto a un individuo que opone una intensa resistencia a hacer algo (por ejemplo, éste es el tipo de precio que se le exige a alguien que tiene que soportar la investigación de sus recursos económicos para obtener la asistencia social).⁶⁴

63. Guaimas, María Lucía, *El déficit habitacional y el mercado informal inmobiliario en las villas de la Ciudad de Buenos Aires* (inédito), 2018, p. 109.

64. Harvey, David, *Urbanismo y desigualdad social*, Madrid, Siglo XXI, 2007.

Vinculamos con estos procesos la reciente decisión de la gobernadora de la Provincia de Buenos Aires, María Eugenia Vidal, de cerrar las escuelas públicas del Delta. Evidentemente, es una decisión que obligará a la gente que actualmente habita en las islas a dejar su lugar de vida, con lo cual se habilitará el proceso de apropiación bajo la modalidad de compra a precios de necesidad por parte de los desarrolladores inmobiliarios.

Gabriela Massuh explica que

Invitado por el partido gobernante, Elztain en persona se hizo presente en la Legislatura el 2 de noviembre de 2011 con el fin de convencer a los legisladores díscolos de las bondades de su proyecto. Como si la cifra fuera a significar un beneficio para el bienestar general, mencionó una inversión de mil millones dólares además de la promesa de “cederle” a la ciudad cuatro de las setenta hectáreas para uso público. Cuando se le preguntó cuáles eran las intenciones respecto del Barrio Rodrigo Bueno, el desarrollador dijo que ese no era un tema de su competencia, sino de la ciudad. Desde cualquier ángulo de análisis, el proyecto era escandaloso [...]. Las protestas populares en su contra se sumaban delante de la Legislatura. No muy lejos de allí, la cuadra donde se encuentran las oficinas de la empresa IRSA, sobre la calle Moreno, permanecía vallada y custodiada por la Policía Federal. Los habitantes de la villa Rodrigo Bueno, que se habían acercado para expresar su protesta, [...] fueron reprimidos con gases lacrimógenos y balas de plomo.⁶⁵

Para ese entonces, noviembre de 2011, los habitantes del barrio Rodrigo Bueno, contaban a su favor con la primera sentencia que ordenó la reurbanización de una “villa”, dictada en marzo de ese año.

Otras experiencias de gobierno en materia de hábitat y vivienda

Holanda y el derecho a la vivienda consagrado en el año 1787

En lo que hace al derecho a una vivienda digna, el arquitecto Álvaro Arrese describe en un trabajo académico la decisión de los holandeses

65. Massuh, Gabriela, *El robo de Buenos Aires. La trama de corrupción, ineficiencia y negocios que le arrebató la ciudad a sus habitantes*, op. cit., pp. 177-178.

para consagrar el derecho a la vivienda, fundado en razones de aventar la marginalidad social económicamente más cara para el Estado que la inclusión social. Así de sencillo. Arrese expone que en Holanda, las políticas de viviendas sociales comenzaron dos años de la Revolución Francesa (1787), lo que les permitió resolver el problema a fines de 1920, habiendo sido el siglo XX “un laboratorio de la vivienda social”.⁶⁶

En la actualidad, a partir de los noventa y del modo en que se halla expuesto en el trabajo, el Estado holandés se ha retirado de la construcción de las viviendas asistidas exigiendo a cambio un porcentaje de ellas en cada emprendimiento inmobiliario particular, lo cual logra revertir a cero la exclusión social y concreta la inclusión y la igualdad.

Paradójicamente, cuando los holandeses lograron que el derecho a una vivienda digna se concretara, en la Argentina recién comenzaban a preocuparse por este tema con la creación de la Comisión Nacional de Casas Baratas.

Bolivia

En Bolivia se creó hace seis años la Agencia Estatal de Vivienda, una institución pública descentralizada y especializada en reducir el déficit habitacional facilitando el derecho al acceso a una vivienda adecuada y asequible a los hogares bolivianos, y ejecutando programas integrales concurrentes, que construyen equidad social y calidad de vida. Esta agencia formula, lidera, coordina y ejecuta la política pública de vivienda social, hábitat y territorio, “en el marco de una convivencia comunitaria en armonía con la Madre Tierra para Vivir Bien”.⁶⁷

Las políticas operacionales para poblaciones vulneradas comprende el acceso a una vivienda social para personas con discapacidad, para adultos mayores y mujeres madres solas.

Para garantizar el acceso a una vivienda adecuada y asequible, prevén gestionar y consolidar sistemas de financiamiento convencional y alternativo en coordinación con entes públicos y privados del Estado Plurinacional de Bolivia. Se busca a través de ello implementar un

66. Arrese, Álvaro, “Vivienda y Ciudad en Holanda”, en *Revista Contextos*, N° 11 Vivir en la Ciudad, FADU, UBA, otoño de 2003.

67. AEVIVIENDA, “Misión y visión de la Agencia Estatal de Vivienda de Bolivia”, 2018. Disponible en: <http://www.aevivienda.gob.bo/contenido/id/4>

modelo de gestión con enfoque de calidad, mejora continua y por resultados, basado en el desarrollo y potenciamiento de los recursos humanos, físicos y tecnológicos de la AEVIVIENDA, con intervenciones a nivel intersectorial e interinstitucional. En el marco de este programa habitacional implementado a través de la Agencia Estatal de Vivienda de Bolivia, ya llevan 73.734 soluciones habitacionales entregadas en toda Bolivia entre 2012 y 2017.

La preocupación de la hora: el endeudamiento externo de la Argentina y su impacto en la eficacia del derecho a la vivienda

El endeudamiento de los Estados ha sido objeto de análisis bajo los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Al respecto Rolando Gialdino indica que

No hay dudas, para el Comité DESC, que la adopción de programas de consolidación fiscal puede ser necesaria para hacer efectivos los DESC. Sin embargo, aclara, si esos programas se aplican sin respetar plenamente las normas de derechos humanos y sin tener en cuenta las obligaciones de los Estados para con los titulares de derechos, “pueden menoscabar una serie de derechos protegidos por el PIDESC [...] entre estos, precisa los que corren “mayor peligro”, el derecho a la vivienda [...]. Es oportuna, pues, la reafirmación del Consejo de Derechos Humanos: “el ejercicio de los derechos fundamentales de la población de los países deudores a [...] la vivienda [...] no puede subordinarse a la aplicación de políticas de ajuste estructural, programas de crecimiento y reformas económicas adoptadas a raíz de la deuda.”⁶⁸

Esto también fue señalado por el papa Francisco en Bolivia, al decir que “las instituciones financieras y las empresas transnacionales se fortalecen al punto de subordinar las economías locales, sobre todo debilitando a los Estados, que aparecen cada vez más impotentes para llevar adelante proyectos de desarrollo al servicio de sus poblaciones”.

68. Gialdino, Rolando, “Deuda externa, prestatarios y prestamistas, y ajustes estructurales a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista La Ley*, 16 de mayo de 2018.

Para finalizar, agradezco la posibilidad de expresar algunas ideas en torno a este tema complejo, desesperanzado y desalentador. Dice Leopoldo Marechal: “las botellas vacías tiradas al agua las recoge el pueblo”. El derecho a la vivienda digna, como todos los derechos sociales, y más aun en la hora actual, es una botella vacía en el mar de los sargazos gubernamental. De nosotros depende levantar esta botella vacía, como lo propone el papa Francisco al habernos convocado para esta jornada que celebro y agradezco nuevamente porque hace menos solitarios nuestros esfuerzos.

Algunas reflexiones en torno al derecho a la tierra en Argentina¹

Fabiana Schafrik de Nuñez*

Si deseamos ofrecer nuestra aportación efectiva al cambio de la historia, generando un desarrollo real, es necesario que escuchemos el grito de los pobres y nos comprometamos a sacarlos de su situación de marginación.

Su Santidad, papa Francisco²

La tierra y su protección jurídica

La historia de nuestra tierra ha sido narrada y su geografía descrita a través de los tiempos, desde los ángulos más variados. Así, nos quedan relatos de nuestros pueblos originarios en la pluma y en la voz de Atahualpa Yupanqui; la descripción de Borges, que en “Al horizonte de un suburbio” nos habla de la “Pampa sufrida y macha”; en la poesía de Echeverría; en la controversial y contradictoria obra de Sarmiento; en la protesta y el dolor del *Martín Fierro*. Con reminiscencias de esos tiempos pero centrándose en los albores del siglo pasado, tenemos desde los relatos de Viñas, Borrero y Bayer, hasta la más actual novela gráfica de Dante Ginevra y Juan Carlos Kreimer.

El acceso a la tierra, su cuidado, son fundamentales para que podamos desarrollar un proyecto de vida. Sobre la tierra constituimos nuestras familias, asentamos nuestros hogares, accedemos al agua, al alimento adecuado. Se trata, pues, del acceso a la tierra para vivir con dignidad.³

* Jueza de Cámara de la CABA, profesora regular de la Universidad de Buenos Aires.

1. Agradezco la valiosa colaboración y los aportes de Belén Donzelli y la colaboración de Juan José Albornoz, Federico González y Florencia Fontana.

2. Francisco, “No amemos de palabra sino con obras”, Mensaje del Santo Padre en la I Jornada Mundial de los Pobres, Vaticano, 19 de noviembre de 2017.

3. Gilbert, Jérémie, “El derecho a la tierra como derecho humano: argumentos a favor de un derecho específico a la tierra”, en *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, N° 18, junio 2013, pp. 123-145. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32491-1.pdf>. El autor desarrolla esta idea en los siguientes términos: “el derecho a la tierra es una cuestión fundamental de derechos humanos. El mismo constituye la base para

Es por ello que el derecho a la tierra debe ser analizado de una manera holística: no es exclusivamente el acceso al agua, a la vivienda, a la alimentación, a la no discriminación, a la identidad cultural; es todos esos derechos a la vez. Además, tampoco debemos perder de vista su interrelación con otros derechos humanos.⁴

Sin embargo, a pesar de su importancia para el logro de “la igualdad y la justicia social”, tal como lo apuntara Jérémy Gilbert,⁵ no se encuentra expresamente previsto como tal en los instrumentos internacionales de derechos humanos, sino que ha sido obra de la interpretación evolutiva de los órganos de aplicación de aquellos dar vida a este derecho a partir de los ya expresamente consagrados. De esta forma se ha intentado llenar el vacío normativo existente.⁶

Desde esa perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversos casos en los que ha debido entender acerca del derecho a la propiedad ancestral de las comunidades autóctonas u originarias en América, tuvo que interpretar el artículo 21 de la Convención, “sobre el uso y goce de la propiedad privada”, para reconocer el derecho a la propiedad ancestral de estas comunidades. En ese sentido se ha afirmado que

... el artículo 21 de la Convención [...] comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal [...]. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre

el acceso a la alimentación, la vivienda y el desarrollo y, sin acceso a la tierra, muchos pueblos se encuentran en una situación de gran inseguridad económica”.

4. Ello por aplicación del principio de interrelación de los derechos humanos entre sí, y dado que no se debe perder de vista las consecuencias que trae aparejadas la falta de provisión de un lugar estable, a partir del cual plantearnos un proyecto de vida. Se trata de un enfoque instrumentalista, según el cual se reconoce el derecho humano a la tierra como un medio para la realización de otros derechos.

5. En efecto, “[e]n muchos países, el acceso a la tierra y los derechos sobre ella suelen estar estratificados y basados en un sistema jerárquico y segregado donde los más pobres y menos educados no tienen seguridad sobre la tenencia de la tierra” (Gilbert, Jérémy, *op. cit.*).

6. Pese a ello, no dejo de advertir que el silencio en el derecho internacional de los derechos humanos respecto del reconocimiento de la tierra como prerrogativa fundamental deja en una posición de vulnerabilidad a muchos seres humanos, en la medida que ello puede implicar una dificultad indirecta en la exigibilidad de este derecho. En este sentido, el informe de posición publicado por FIAN titulado “El derecho humano a la tierra” cita a modo de ejemplo el caso de las comunidades rurales no indígenas que “carecen de garantías sustanciales, pero para las que el acceso a la tierra es central para su identidad y esencial para su supervivencia” (disponible en: http://www.fian.org/fileadmin/media/publications_2017/Reports_and_Guidelines/FIAN_Position_paper_on_the_Human_Right_to_Land_esp_061117web.pdf).

una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad [...] la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra [...] no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a generaciones futuras.⁷

De esta forma, el Tribunal Interamericano ha ampliado el contenido del derecho de propiedad que encuentra reconocimiento en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos,⁸ a los efectos de no dejar al margen una perspectiva colectiva de este derecho alineado con la protección de la tierra, que a su vez se erige como el elemento determinante en la identidad y continuidad de las culturas originarias.⁹

En esa misma línea, el Comité de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre los derechos de las minorías¹⁰ a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su religión y a emplear su propio idioma, observó que

... la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley.¹¹

7. Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, sentencia del 31 de agosto de 2001, párrafos 148 y 149. Criterio que ha reiterado en los casos “Comunidad Moiwana vs. Suriname”, sentencia del 15 de junio de 2005; “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, sentencia del 17 de junio de 2005; y “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, sentencia del 29 de marzo de 2006.

8. El Artículo 21, denominado “Derecho a la Propiedad Privada”, dice en lo pertinente que “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes...”.

9. El autor Jérémie Gilbert (“Derecho a la tierra como derecho humano: argumentos a favor de un derecho específico a la tierra”, *op. cit.*), refiere en este punto que “los pueblos indígenas han reivindicado que su cultura desaparecerá si no se protege firmemente su derecho a la tierra”.

10. El artículo reza: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

11. Observación General N° 23, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos (artículo 27 “Derecho de las minorías”), 50° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183 (1994), párrafo 7.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en ocasión de sus Observaciones Generales N° 4¹² y N° 7,¹³ se refirió a la tierra vinculándola directamente con la obligación de los Estados firmantes del PIDESC de garantizar el derecho a una vivienda adecuada.¹⁴

En la Observación General N° 4, en la que se destacan los siete elementos o características que configuran el derecho a la vivienda adecuada, se hace referencia a “la seguridad jurídica en la tenencia”, sobre la que se dijo que

... aunque la seguridad de la tenencia adopta varias formas, incluyendo el alojamiento de alquiler (público y privado), la vivienda cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, también se refiere a la seguridad del derecho sobre las tierras.¹⁵

12. Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), 6° período de sesiones, U.N. Doc. E/1991/23 (1991).

13. Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 7, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos, 16° período de sesiones, U.N. Doc. E/1999/22, anexo IV (1997).

14. Derecho que a su vez sí tiene un reconocimiento explícito en varios instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, en el que se estableció que los Estados partes deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados (artículo 11, incisos 1° y 2°). En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, donde se reconoce el derecho a la vida (art. I) y se vincula de manera directa la salud con las medidas sanitarias y sociales, relativas, entre otras, a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad (art. XI). En el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. En idéntico sentido, cabe mencionar el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el art. 28 de la Convención sobre las Personas con Discapacidad y el art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

15. Gilbert destaca, con cita de la Observación General N° 4 que “los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho” (Gilbert, Jérémie, “Derecho a la tierra como derecho humano: argumentos a favor de un derecho específico a la tierra”, *op. cit.*, párrafo 8).

Otra característica de la vivienda adecuada es la asequibilidad. Sobre ella se expresó:

En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.¹⁶

La vivienda y el derecho a la tierra se vinculan además con la problemática de los desalojos forzosos, cuestión que fuera abordada por la Observación General N° 7, ya mencionada. En ese documento se afirma que “el despojo de las tierras podría calificarse como desalojo forzoso en violación directa del derecho a la vivienda”.¹⁷

El mismo Comité, en la Observación General N° 12¹⁸ referida al derecho a la alimentación adecuada, menciona el concepto de soberanía alimentaria.¹⁹ De allí emerge como idea que el acceso a la tierra constituye la clave para erradicar el hambre del mundo.

16. Observación General N° 4, *op. cit.*, párrafo 8.

17. Gilbert, Jérémie, “Derecho a la tierra como derecho humano: argumentos a favor de un derecho específico a la tierra”, *op. cit.*

18. Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 12, El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto), 12 de mayo de 1999, E/C.12/1999/5.

19. Según el Organismo Especializado de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, la definición de este concepto se funda en seis pilares: “1. Se centra en alimentos para los pueblos: a) Pone la necesidad de alimentación de las personas en el centro de las políticas. b) Insiste en que la comida es algo más que una mercancía. 2. Pone en valor a los proveedores de alimentos: a) Apoya modos de vida sostenibles. b) Respeta el trabajo de todos los proveedores de alimentos. 3. Localiza los sistemas alimentarios: a) Reduce la distancia entre proveedores y consumidores de alimentos. b) Rechaza el *dumping* y la asistencia alimentaria inapropiada. c) Resiste la dependencia de corporaciones remotas e irresponsables. 4. Sitúa el control a nivel local: a) Lugares de control están en manos de proveedores locales de alimentos. b) Reconoce la necesidad de habitar y compartir territorios. c) Rechaza la privatización de los recursos naturales. 5. Promueve el conocimiento y las habilidades: a) Se basa en los conocimientos tradicionales. b) Utiliza la investigación para apoyar y transmitir este conocimiento a generaciones futuras. c) Rechaza las tecnologías que atentan contra los sistemas alimentarios locales. 6. Es compatible con la naturaleza: a) Maximiza las contribuciones de los ecosistemas. b) Mejora la capacidad de recuperación. c) Rechaza el uso intensivo de energías de monocultivo industrializado y demás métodos destructivos” (Disponible en: <http://www.fao.org/3/a-ax736s.pdf>).

La problemática de la tierra, en cuanto al acceso y su distribución, tampoco escapó de un abordaje con perspectiva de género.²⁰ La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW, según sus siglas en inglés) es el instrumento que trata más específicamente el tema de la tierra. En efecto, en el artículo 14 inciso 2, apartado g, invita a los Estados, a garantizar el “acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento” de las mujeres de zonas rurales.

Por su parte, el Comité de aplicación de la CEDAW se ha pronunciado en la Observación General N° 34 en pos de la búsqueda de la igualdad sustantiva para las mujeres rurales. Ciertamente, esta situación no puede ser desoída por parte de los Estados.²¹

20. Por otro lado, en un reciente informe publicado por la Comisión Económica para América latina y el Caribe (CEPAL), se ha contemplado la igualdad de género específicamente referida al acceso a la tierra como un objetivo a cumplir en aras de alcanzar un mundo pacífico, próspero y sostenible. En tal sentido, una de las metas a cumplir será: “Emprender reformas que otorguen a las mujeres igualdad de derechos a los recursos económicos, así como acceso a la propiedad y al control de la tierra y otros tipos de bienes, los servicios financieros, la herencia y los recursos naturales, de conformidad con las leyes nacionales”. CEPAL, “Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe”, publicación de las Naciones Unidas, enero de 2018. Aunado a ello, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO, Food and Agriculture Organization) sostuvo en un informe que aborda este tema la importancia del acceso de la mujer a la tierra y a la vivienda. De allí se desprende, entre otras cuestiones, cómo la migración a los núcleos urbanos, operada de forma sostenida a lo largo de los años, se ha traducido en un rápido aumento del número de familias rurales encabezadas por mujeres que, a su vez, “son también quienes gozan de menor poder social [...] carecen casi por completo de poder de decisión, a menudo no tienen influencia en el gobierno de la comunidad y cada vez tienen menos seguridad individual en el marco de la legislación tradicional” (FAO, “Las cuestiones de Género y el Acceso a la Tierra”, Roma, 2003, punto 3.5).

21. En la mencionada Observación General N° 34, del 7 de marzo de 2016, el Comité se ha pronunciado sobre los derechos de las mujeres rurales, señalando que “[a] nivel mundial, y con pocas excepciones [...] las mujeres rurales se encuentran en peor situación que los hombres rurales y las mujeres y los hombres urbanos, y la pobreza y la exclusión les afectan de manera desproporcionada. Se enfrentan a una discriminación sistemática en el acceso a la tierra y los recursos naturales...” (pto. 5). Asimismo, en dicho informe se contempla la situación de mujeres rurales que además forman parte de minorías étnicas y/o religiosas y “que también pueden sufrir mayores tasas de pobreza y otras formas de exclusión. Las mujeres que trabajan en zonas rurales, incluidas las campesinas, las pastoras, las migrantes, las pescadoras y las mujeres sin tierras, también sufren desproporcionadamente formas entrecruzadas de discriminación” (pto. 14). En esa misma

Como reflexión, podemos señalar que los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados gozan de jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico nacional (art. 75, inc. 22 CN). Ellos, junto con la interpretación efectuada sobre el contenido y alcance de los derechos allí reconocidos por los órganos llamados a aplicarlos (que configuran “las condiciones de su vigencia”), forman en su conjunto parte del bloque de constitucionalidad federal,²² lo que nos permite concluir en la exigibilidad del derecho a la tierra en el sistema argentino.

Algunas notas sobre el estado del derecho a la tierra en Argentina

El papa Francisco nos interpela sobre el cuidado de la tierra en su Carta Encíclica *Laudato Si'*²³ y exhorta a defenderla bajo la afirmación de que “la casa común de todos nosotros está siendo saqueada, devastada, vejada impunemente”.²⁴

Allí, Su Santidad reflexiona sobre la importancia del cuidado del medioambiente; señala que no hay dos crisis separadas (una ambiental y una social), sino una sola gran y compleja crisis socioambiental, ante la cual propone una “[a]proximación integral para combatir la pobreza, para devolver la dignidad a los excluidos y simultáneamente para cuidar la naturaleza”.²⁵

Observación General N° 34, el Comité recomienda que los Estados parte adopten medidas especiales para acelerar el logro de la igualdad sustantiva de las mujeres rurales en todas las esferas en las que están insuficientemente representadas o en desventaja, como ocurre, por ejemplo, respecto del tema que hoy nos convoca. Sobre el particular, expresamente menciona que las mujeres “[t]ambién sufren desventaja debido a prácticas tales como la herencia de deudas ancestrales, que perpetúan los ciclos de pobreza, y a estereotipos discriminatorios y prácticas conexas que les impiden disfrutar de sus derechos sobre la tierra, el agua y los recursos naturales, como la primogenitura masculina y el arrebato de bienes a las viudas” (pto. 22).

22. Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, EDIAR, 1997, p. 276.

23. Francisco, “Carta Encíclica *Laudato Si'*. Sobre el cuidado de la casa común”, *op. cit.*

24. Francisco, “Discurso del Santo Padre”, Participación en el Encuentro Mundial de Movimientos Populares, *op. cit.*

25. Francisco, “Carta Encíclica *Laudato Si'*. Sobre el cuidado de la casa común”, *op. cit.*, párr. 139.

En el sistema argentino, quienes han sufrido esta crisis con respecto al derecho a la tierra son los trabajadores rurales y los pueblos originarios. Ilustraremos a continuación sobre algunos aspectos que dan cuenta del estado de situación para estos actores.

La titulación y la agricultura familiar

En 2013 se creó el “Programa Nacional de Titulación y Arraigo Rural”, en el ámbito del entonces Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca (en adelante, MAGyP), a través de la Resolución N° 499/2013 de dicho organismo.

Entre los fundamentos expresados en sus considerandos se hizo mención a la existencia de un número significativo de productores que no son propietarios de los campos que trabajan y que se encuentran en situaciones de tenencia, y se expresó como objetivo transitar un proceso de “reversión de la tendencia al fenómeno de la migración del campo a las grandes urbes” para fortalecer así el arraigo rural.

Para su puesta en práctica, se previó la suscripción de convenios marco entre los distintos gobiernos provinciales y municipales con el entonces MAGyP, a través de los que se podían formular los respectivos proyectos de incorporación al Programa.

De la página oficial del Programa surge, al momento que escribimos, que sólo diez provincias han suscripto convenios para su instrumentalización, a saber, Misiones, Mendoza, Chaco, La Rioja, Chubut, Catamarca, Jujuy, San Juan, Buenos Aires y Santiago del Estero (sólo tres provincias de las que integran el NOA).²⁶ El informe del jefe de gabinete de ministros de abril de este año en el Senado de la Nación da cuenta de titulaciones realizadas en este último tiempo en Misiones y La Rioja.²⁷

26. Provincia de Misiones: Convenio N° 110/2014, julio de 2014; Mendoza: Convenio N° 247/2014, septiembre de 2014; Chaco: Convenio N° 382/2014, diciembre de 2014; La Rioja: Convenio N° 384/2014, diciembre de 2014; Chubut: Convenio N° 372/2015, octubre de 2015; Catamarca: Convenio N° 373/2015, octubre de 2015; Jujuy: Convenio Marco N° 45/2016, mayo de 2016; San Juan: Convenio Marco N° 79/2016, octubre de 2016; Buenos Aires: Convenio Marco N° 54/2017, junio de 2017; Santiago del Estero: Convenio Marco N° 111/2017, agosto de 2017. Información extraída del sitio oficial del Programa Nacional de Titulación y Arraigo Rural. Disponible en: <https://www.agroindustria.gob.ar/sitio/areas/tierras/programa/>

27. Informe N° 109, presentado por el jefe de gabinete de ministros, Lic. Marcos Peña, ante la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, 25 de abril de 2018, p. 72 y ss.

En otro orden de ideas, no puede obviarse que desde 2004 existe la “Reunión Especializada de Agricultura Familiar” (REAF) en el marco del Mercosur. La REAF elaboró e implementó una definición única de agricultura familiar para Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. A partir de su página oficial se observan actividades que se llevan a cabo en este ámbito.²⁸ Se recuerda que la FAO aconseja la elaboración por país de un concepto de *agricultura familiar*.

Otro instrumento jurídico que cabe referir es la Ley N° 27118, sancionada el 17 de diciembre de 2014, que declaró “de interés público la Agricultura Familiar, Campesina e Indígena” y creó el Régimen de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar.²⁹ En sus primeros artículos se remarcó la voluntad de preservación de la biodiversidad y la soberanía alimentaria.

Entre los propósitos de esta ley, se alude a “la ocupación armónica del territorio, generando condiciones favorables para la radicación y permanencia de la familia y de los jóvenes en el campo, en materia de hábitat, ingresos y calidad de vida, equitativa e integrada con las áreas urbanas” (art. 4) y a “garantizar los derechos de acceso y a la gestión de la tierra, el agua y los recursos naturales en general, las semillas, el ganado y la biodiversidad que estén en manos de aquellos que producen los alimentos” (art. 15).

Otros atributos destacados de la norma citada son el reconocimiento explícito de las prácticas de vida de las comunidades originarias, la implementación de acciones específicas para ellos y la contemplación del derecho de acceso a la tierra desde una perspectiva de género (arts. 3, 4 y 5).

La norma de referencia prevé la suspensión por el plazo de tres años de los desalojos de agricultores familiares (art. 19) y la regularización dominial de las tierras de la agricultura familiar, campesina e indígena, creando a tal efecto una Comisión Nacional Permanente de Regularización Dominial de la Tierra Rural (art. 18).

Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_109-25-de-abril-de-2018_hsn.pdf

28. Ver: www.reafmercosul.org

29. Ley N° 27118 de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar para la Construcción de una Nueva Ruralidad en la Argentina. Publicada en el BO N° 33059 del 25 de enero de 2015, p. 1.

Asimismo, dispone la creación del Banco de Tierras Aptas para la Agricultura Familiar (art. 16) y del Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Públicas para la Agricultura Familiar (art. 12).

Ahora bien, sin perjuicio de los loables esfuerzos que supuso la sanción de esta ley, al día de hoy se encuentra huérfana de reglamentación. En efecto, en el Informe N° 109³⁰ presentado por el jefe de gabinete de ministros en abril de 2018 ante la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 101 de la Constitución Nacional, se señaló que “se está trabajando en la búsqueda de consensos [...] con el objetivo de obtener una reglamentación de la Ley que defina diferentes cuestiones de importancia para el sector de la agricultura familiar”. También sostuvo que “el MINAGRO se encuentra trabajando en los procedimientos que permitirán adjudicar las tierras rurales fiscales del Estado Nacional” y que para ello se está “trabajando en una modificación de las caracterizaciones que se dan en el marco del Registro de Agricultura Familiar, lo que nos dará mejores herramientas para precisar el universo de beneficiarios de esta política”.

La especial situación de los pueblos originarios

La situación de las comunidades autóctonas de Argentina es otra deuda pendiente de nuestro país, aun cuando a partir de la reforma parcial de la Constitución Nacional en 1994 se incorporó en el artículo 75 inciso 17³¹ el reconocimiento explícito de su preexistencia, además del derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y el de su participación en la gestión de los recursos naturales.

También cabe referir que nuestro país ha ratificado en 2000 el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

30. Informe N° 109, presentado por el jefe de gabinete de ministros, Lic. Marcos Peña, ante la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, *op. cit.*

31. Allí se establece expresamente que: “[corresponde al Congreso] Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano...”.

sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989.³² Además, en 2007 se aprobó la Declaración de los Derechos Indígenas de las Naciones Unidas³³ y, más recientemente, en el ámbito regional, la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.³⁴

Sin perjuicio de la normativa descripta, no puede obviarse la realidad de nuestras comunidades indígenas. En efecto, en 2007 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó una medida cautelar, en la causa “Defensor del Pueblo de la Nación y otros/proceso de conocimiento” para que, además de medidas de seguimiento, se proveyera de agua potable y de alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región sudeste del departamento General Güemes y noroeste del departamento Libertador General San Martín de la provincia de Chaco.³⁵ La medida cautelar dictada por nuestro más Alto Tribunal reveló la situación de extrema emergencia en la que vivían esas comunidades a causa de la insatisfacción de sus necesidades más básicas y elementales.³⁶

Por otra parte, no podemos dejar de mencionar un conflicto judicial que ha traspasado los límites nacionales para llegar al entorno interamericano. En efecto, la Comisión Interamericana elevó el pasado 1° de febrero a la Corte regional un caso de larga data, presentado por la Asociación Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat,³⁷ referido

32. Aprobado por conducto de la Ley N° 24071 de 1992, publicada en el BO N° 27371 el 20/04/1992.

33. Aprobada mediante la Resolución la Asamblea General de la ONU N° 61/295, en la 107° sesión plenaria, 13 de septiembre de 2007.

34. Aprobada mediante la Resolución de la Asamblea General de la OEA N° 2888 (XLVI-O/16), en la 2° sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.

35. CSJN, causa “Defensor del Pueblo Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento”, D. 587. XLIII, sentencia del 18 de septiembre de 2007.

36. En el caso, la CSJN valoró una serie de relevamientos presentados como prueba de la demanda, que daba cuenta de que “los aborígenes que habitan esa porción del territorio provincial se hallan afectados por una grave situación socioeconómica, a consecuencia de la cual la mayoría de la población padece de enfermedades endémicas que son producto de la extrema pobreza (desnutrición, chagas, tuberculosis, donoviosis, broncopatías, parasitosis, sarnas, etc.), carece de alimentación, de acceso al agua potable, de vivienda, de atención médica necesaria”.

37. Esta Asociación nuclea diversas comunidades, a saber: Wichi (Mataco), Iyojwaja (Chorote), Nivacklé (Chulupí), Qom (Toba) y Tapu'y (Tapiete).

a la región conocida como “el Chaco salteño”, en el departamento de Rivadavia (son cerca de siete mil pobladores de pueblos originarios).

La petición se centró en el reclamo de reconocimiento de la propiedad ancestral de unos territorios ubicados en la provincia de Salta. El CELS, como uno de los representantes de los peticionarios, explicó que

Las comunidades indígenas reclaman que el Estado delimite y demarque su territorio, les entregue un título único de propiedad y traslade a las familias criollas (en particular, sus unidades productivas) que allí se han asentado, ya que del territorio indígena depende su alimentación y, en general, su supervivencia física, social y cultural.³⁸

Es importante señalar que, en el marco del trámite ante la Comisión IDH, se inició un procedimiento de solución amistosa entre los peticionarios y el Estado de Argentina, que se desarrolló desde el 1º de noviembre de 2000 hasta el 20 de julio de 2005. En esa fecha, los peticionarios informaron a la Comisión sobre su decisión de poner fin a este procedimiento.

Durante esos casi cinco años, se celebraron numerosas audiencias y reuniones de trabajo entre las partes, tanto en Salta como en la Ciudad de Buenos Aires, sin embargo nunca se arribó a un acuerdo que diera fin al procedimiento. En ese contexto, la Comisión elevó el caso a la jurisdicción interamericana.³⁹ Se trata de un precedente importan-

38. CELS, “Territorios ancestrales: la corte IDH intervendrá en un caso de la argentina por primera vez”, 23/02/2018. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/2018/02/territorios-ancestrales-de-los-pueblos-indigenas-la-corte-idh-intervendra-en-un-caso-de-la-argentina/>

39. En el Comunicado de Prensa del 23/02/2018, la Comisión anunciaba que “en el informe de fondo sobre el caso, la CIDH concluyó la violación del derecho a la propiedad de las víctimas por no haberles provisto acceso efectivo al título de propiedad sobre su territorio ancestral, pese a que, para ese momento, habían transcurrido dos décadas desde que se presentó la solicitud inicial de titulación, en 1991. La CIDH también determinó la violación del derecho a la propiedad, por cuanto el Estado se abstuvo de materializar los derechos, legalmente reconocidos, violando así el acceso de las comunidades indígenas a la implementación efectiva de la ley. Sobre este punto, la CIDH consideró que el Estado frustró la confianza legítima que las actuaciones de las autoridades provinciales generaron en las comunidades indígenas de acceder a un título común de propiedad territorial. Igualmente, la CIDH concluyó la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, debido a la falta de provisión de un procedimiento efectivo para acceder a la propiedad del territorio ancestral; así como a las variaciones sucesivas en el procedimiento administrativo aplicable a la reclamación territorial indígena, en no menos de seis ocasiones. El caso también comprende el desconocimiento de los derechos a la

te, en el cual la Corte podría sentar su criterio respecto a los procesos de titularización de tierra de los pueblos originarios en Argentina.

Por otro lado, el fuero Contencioso Administrativo Federal resolvió recientemente un caso impulsado por la comunidad mapuche Trypay Antú, cuya pretensión era obtener la escrituración de las tierras que ancestralmente ocupan en la provincia de Río Negro.⁴⁰

En su fallo, la jueza María José Sarmiento consideró que la cláusula constitucional del artículo 75 inciso 17 resultaba operativa y que además, en atención a las particularidades del caso y de la normativa que rige la materia, el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante, PEN) tenía los medios jurídicos correspondientes para disponer la adjudicación en propiedad comunitaria a las tierras reclamadas. En consecuencia, le ordenó al PEN que en el término de 60 días transfiriera a título gratuito y en los términos del artículo 8 de la Ley N° 23302, al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (en adelante, INAI) el dominio de las tierras en cuestión, a los efectos de su adjudicación –en forma inmediata– en propiedad comunitaria a la comunidad actora.

En otro orden de ideas, cabe referir que en 2006, y por conducto de la Ley N° 26160, se declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica hubiera sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas o en el organismo provincial competente o aquellas preexistentes, por el término de cuatro años. También se suspendió, por igual plazo, la ejecución de

propiedad, al acceso a la información y al derecho a participar en los asuntos susceptibles de afectarles, en perjuicio de las comunidades indígenas al haber llevado a cabo obras públicas y otorgado concesiones para la exploración de hidrocarburos en el territorio ancestral, sin satisfacer los requisitos de adelantar procesos de expropiación; no amenazar la subsistencia de las comunidades indígenas; realizar consultas previas, libres e informadas, así como estudios de impacto social y ambiental y garantizar la participación de las comunidades indígenas en los beneficios derivados de las concesiones otorgadas. Finalmente, la Comisión determinó otra violación del derecho a la propiedad en perjuicio de las comunidades indígenas, al haber omitido emprender acciones efectivas de control de la deforestación del territorio indígena mediante la tala y extracción ilegales de madera” (Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/035.asp>).

40. Me refiero a los autos: Juzgado de primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11 de la CABA, “Comunidad Mapuche Trypay Antu c/EN-INAI s/Proceso de Conocimiento”, Expte. N° 20801/2016; sentencia del 21 de mayo de 2018. El fallo fue recurrido y actualmente la causa se encuentra radicada en la Sala III del Fuero.

sentencias, actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o la desocupación de las tierras contempladas en el artículo 1.

En respuesta a un informe presentado por la República Argentina ante el Comité para la Discriminación Racial,⁴¹ este órgano recomendó al Estado argentino que intensificara sus esfuerzos para lograr que todas las provincias implementen la Ley N° 26160.⁴² La falta de resultados hizo que esta ley fuera prorrogada en sucesivas ocasiones. En la actualidad, su vigencia se debe a la Ley N° 27400.⁴³

El estado de situación fue descripto en las observaciones y recomendaciones del dictamen de la Auditoría General de la Nación⁴⁴ relativo al INAI.⁴⁵ Más recientemente, una ONG reflexionaba sobre el grado de cumplimiento de la ley que analizamos.⁴⁶

Algunas estrategias comunes en pos de la exigibilidad de los derechos sociales

En nuestra vida diaria contemplamos la marginación a la que algunas personas quedan expuestas, y ante ese escenario no podemos

41. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 76° período de sesiones, 15 de febrero a 12 de marzo de 2010, CERD/C/ARG/CO/19-20.

42. Sancionada el 1° de noviembre de 2006.

43. Publicada en el BO N° 33757 del 23 de noviembre de 2017.

44. Ver el informe y la ficha de auditoría aprobado por Resolución AGN 83/12. Entre las observaciones que resultaron del informe, cabe destacar que a “el INAI no cuenta con un sistema de información, a nivel gerencial, que permita identificar los grados de avance o niveles de cumplimiento planificados para el período bajo examen, respecto de las previsiones emergentes de los objetivos esenciales del programa auditado”. Además, se observó la ausencia de mecanismos de registro, seguimiento y control de las obras ejecutadas, lo que motivó la imposibilidad de “ponderar la razonabilidad de la asignación de recursos humanos a las áreas que interactúan en cumplimiento de Programa 16: Atención y Desarrollo de Poblaciones Indígenas [...]. El INAI no evalúa los desvíos de la producción, ni sus razones ni la correspondencia entre las acciones realizadas y los recursos (humanos y materiales) aplicados”.

45. Constituye el organismo del Estado nacional que tiene la responsabilidad de crear canales interculturales para la implementación de los pueblos indígenas consagrados en la Constitución Nacional. Fue creado en 1985 a partir de la sanción de la Ley N° 23302, como entidad descentralizada en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social y reglamentada mediante el Decreto N° 155/1989.

46. Ver: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/09/Pr%C3%B3rroga-Emergencia-Territorial.pdf>

permanecer inactivos. Todos estamos llamados a colaborar, cada cual desde sus propios espacios.

Esta cuestión ya había sido señalada, en oportunidad del 40° aniversario de la Encíclica *Rerum Novarum*, por Pío XI, quien sostuvo que

... conviene que las instituciones públicas y toda la vida social estén imbuidas de esa justicia [social y de caridad social], y sobre todo es necesario que sea suficiente, esto es, que constituya un orden social y jurídico, con que quede como informada toda la economía. Y la caridad social debe ser como el alma de dicho orden, a cuya eficaz tutela y defensa deberá atender solícitamente la autoridad pública, a lo que podrá dedicarse con mucha mayor facilidad si se descarga de esos cometidos que, como antes dijimos, no son de su incumbencia.⁴⁷

El mismo pontífice señaló en otra oportunidad que “El campo político abarca los intereses de la sociedad entera; y en este sentido, es el campo de la más vasta caridad, de la caridad política, de la caridad de la sociedad”.⁴⁸ Francisco también destaca el rol de la política como una de las formas más elevadas del amor, de la caridad, porque permite la realización del bien común.⁴⁹

Ante el contexto normativo e interpretativo en el plano internacional y nacional (basta referir al Preámbulo, o al art. 75 incs. 2, 8, 18, 19 y 23 de la Constitución Nacional), son las autoridades políticas las que debieran proponer la realización de programas integrales para saldar la deuda que como nación tenemos con el sector rural y con los pueblos originarios.

En este sentido, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo, a través de sus decisiones –que se traducen en normas– permiten efectivizar los derechos. Las políticas públicas deben ser adecuadas para el cumplimiento de los fines constitucionales y requieren de la asignación de recursos adecuados para atenderlas.⁵⁰

47. Pío XI, “Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*. Sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica”, *op. cit.*, párr. 88.

48. Pío XI, “Discurso a los dirigentes de la Federazione Universitari Cattolici Italiani”, 18 de diciembre de 1927.

49. Entrevista concedida a Henrique Cymerman y publicada en *La Vanguardia* el 13 de junio de 2014.

50. Así lo reconoció la doctrina. Ver, por caso: Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, *op. cit.* También la jurisprudencia nacional, en el fallo de la CSJN en el caso “Q.C.S.Y. c/ GCBA s/ amparo”, Fallos: 335:452 del 24 de abril de 2012.

Podemos avizorar la existencia de un ciclo de efectivización de los derechos. En primer lugar, es necesario que sean reconocidos en la propia carta fundamental. Luego, será importante contar con una reglamentación adecuada para precisar su implementación. También resulta imprescindible la asignación presupuestaria para su concreción. En esa línea, considero que debe trazarse un plan de cumplimiento de los derechos humanos y desde esta perspectiva elaborar el presupuesto.

Ahora bien, en la situación actual, en la que muchos países ya cuentan con una regla constitucional de estabilidad presupuestaria o, como el nuestro, tienen compromisos –tales como el Compromiso Federal,⁵¹ el Compromiso Federal para el Crecimiento y Disciplina Fiscal⁵² en lo que resultan vigentes, o el más reciente Consenso Fiscal,⁵³ entre otras leyes que disponen el descenso del gasto público–,⁵⁴ debemos señalar que esas reducciones no pueden ignorar el gasto relativo a los derechos humanos, por lo que debe trazarse un umbral como gasto rígido en el presupuesto para su cumplimiento, además de garantizar el incremento progresivo y sostenido de los recursos destinados a fortalecerlos.

Año tras año, el presupuesto aprobado visibiliza sólo aquellos derechos que las autoridades intervinientes en su elaboración encontraron el consenso para incorporar a la ley, pero otros derechos quedan ocultos. No existe una formulación que guíe la elaboración del presupuesto asumiendo una perspectiva explícita de derechos humanos, pese a que nuestra Constitución Nacional manda que la elaboración anual del presupuesto observe las pautas de equidad y solidaridad (conf. art. 75, incs. 2 y 8).

En este contexto, cobran especial relevancia la actuación de la Auditoría General de la Nación, cuyo fin constitucional es realizar el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos (art. 85 de la CN) y también el seguimiento que haga luego la Comisión Parlamentaria Mixta Revi-

51. Ratificado por Ley N° 25235.

52. Ratificado por Ley N° 25400.

53. Ratificado por Ley N° 27429.

54. Tales como las Leyes N° 24629 (Normas Complementarias para la Ejecución del Presupuesto de la Administración Nacional) N° 25152 (conocida como Ley de Solvencia Fiscal) y N° 25917 (Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal, modificado por la Ley N° 27428).

sora de Cuentas, cuyo actuar se encuentra contemplado en las Leyes N° 23847⁵⁵ y N° 24156.⁵⁶

En referencia inmediata con la satisfacción de los derechos económicos sociales y culturales, no es posible perder de vista el impacto directo de la corrupción. Cuando la política deja de ser la herramienta de organización comunitaria que propende al bien común, muchas son las consecuencias negativas que de ello se siguen. El sumo pontífice ha advertido que frente al virus social de la corrupción, los pobres y la madre tierra son los principales afectados.⁵⁷

Así fue señalado, también, por los propios órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos,⁵⁸ que han descripto cómo este virus social “debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de derecho y exacerba la desigualdad”.

Sin embargo, otro aspecto de esta realidad es la responsabilidad que le cabe a la ciudadanía al momento de declarar sus impuestos e ingresar sus pagos. La evasión fiscal impide la recaudación tributaria y esto tiene una repercusión negativa para la satisfacción de los derechos, si se tiene en consideración que dicho ingreso permite afrontar el gasto público.⁵⁹

Esta breve descripción del ciclo de efectivización de los derechos y el análisis de los problemas estructurales que dificultan su cumpli-

55. Ley de Administración Pública Nacional, 23/09/1990.

56. Ley de Administración Financiera, 30 de septiembre de 1992. En especial, ver arts. 128 y 129.

57. En ocasión de su visita al presidente Pedro Pablo Kuczynski y autoridades peruanas en el Palacio de Gobierno.

58. Un ejemplo de ello es la reciente Resolución N° 1/2018 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominada “Corrupción de Derechos Humanos”, la cual –valga aclarar– no es la primera ni la única.

59. Nuestro país ha tenido tradicionalmente un alto índice de evasión impositiva. Entre los tributos más significativos para la recaudación nacional se encuentran el impuesto sobre el valor agregado (IVA) y el impuesto a las ganancias (o impuesto sobre la renta). Según un informe publicado en 2017 por CEPAL, durante 2007 el porcentaje estimado de evasión para el IVA era del 19,8%, mientras que el porcentaje de evasión en 2005 al impuesto sobre la renta ascendía al 49,7%. El panorama descripto se agrava cuando se comparan estos porcentajes con el PIB. Así, de dicho informe se desprende que, para 2015, el país dejó de recaudar aproximadamente 12,7 miles de millones de dólares debido a la evasión del IVA.

miento permite entrever la dificultad de su concreción. Aun así, esta invisibilidad no los torna inexistentes; en ese caso, la acción judicial es la vía para satisfacerlos.⁶⁰ Sin perjuicio de advertir que la población más desaventajada es la que encuentra mayores obstáculos para llegar a la justicia para su planteamiento.

Conclusiones

En el marco de los tres Encuentros Mundiales con los Movimientos Populares, Francisco nos invitó a pensar y actuar en términos de comunidad, a priorizar la vida de todos por sobre la apropiación de los bienes por algunos pocos. Los encuentros giraron en torno a un eje tripartito: tierra, techo y trabajo, como derechos operativos que deberían estar al alcance de todos.⁶¹

En este breve trabajo intentamos, sin ánimos de agotar esta temática, referir algunos datos de la realidad que dan cuenta del estado de situación sobre la tierra. En el contexto de pobreza que hoy la región –si no la humanidad toda– enfrenta, las ciudades y sus periferias son una dolorosa representación diaria de la ausencia de justicia social y la inequidad en la distribución de la riqueza. Ello se traduce, en lo que aquí importa, en la falta de acceso formal a la tierra (por consiguiente, a la vivienda y al alimento, como hemos visto), lo que en definitiva conlleva que las personas de bajos recursos habiten y/o utilicen tierras marginales, inadecuadas, incluso sin infraestructura ni servicios.⁶²

En tal sentido, los pobres son los que más sufren por las condiciones de habitabilidad inadecuada e irregular de las tierras que están a su alcance. Francisco nos llama a reflexionar sobre esta problemática.

60. Ello partiendo de la base de que la *exigibilidad judicial* de los DESC ya es una discusión zanjada.

61. Francisco, “Discurso del Santo Padre”, Participación en el Encuentro Mundial de Movimientos Populares, *op. cit.*

62. En efecto, “[e]n muchos países, el acceso a la tierra y los derechos sobre ella suelen estar estratificados y basados en un sistema jerárquico y segregado donde los más pobres y menos educados no tienen seguridad sobre la tenencia de la tierra” (Gilbert, Jérémie, “Derecho a la tierra como derecho humano: argumentos a favor de un derecho específico a la tierra”, *op. cit.*).

Es bajo este escenario que cabe recordar un pensamiento trazado en el diario *Le Monde diplomatique*:

... [e]l suelo reafirma su condición de mercancía: el espacio se vende y se compra, reorganizándose según las exigencias de la acumulación capitalista. Por supuesto, estos cambios producen ganadores y perdedores y, a menudo, profundizan la brecha de la desigualdad...⁶³

El Sumo Pontífice advirtió que esta situación tiene una matriz global, por lo que ningún Estado será capaz de resolverla por sí mismo. Ello toda vez que, según sus palabras, las exclusiones que marginan y acentúan la pobreza existente no son cuestiones aisladas, sino que se encuentran íntimamente relacionadas entre sí en un mismo hecho generador: el sistema económico-político en el que nos encontramos inmersos ha impuesto la lógica de las ganancias a cualquier costo, sin pensar en la exclusión social o la destrucción de la naturaleza. En esa línea, sostuvo que: “se están produciendo daños tal vez irreversibles en el ecosistema. Se está castigando a la Tierra, a los pueblos y a las personas de un modo casi salvaje”.

Como seres humanos, desde cada uno de los diferentes roles sociales que ocupamos, no podemos ignorar esta realidad. Debemos pensar en aquellos que sufren el flagelo de la pobreza:

... [e]stamos llamados, por lo tanto, a tender la mano a los pobres, a encontrarlos, a mirarlos a los ojos, a abrazarlos, para hacerles sentir el calor del amor que rompe el círculo de soledad. Su mano extendida hacia nosotros es también una llamada a salir de nuestras certezas y comodidades, y a reconocer el valor que tiene la pobreza en sí misma.⁶⁴

Es imprescindible que la economía quede al servicio de los pueblos a fin de que las personas que sufren la crisis socioambiental de la que nos habla Francisco recuperen su dignidad. Bregamos por que el reconocimiento del acceso a la tierra como derecho no sea una ilusión sino una realidad de nuestro país.

63. Castro, Nazaret, “El urbanismo bajo la lógica del capital”, en *Le Monde diplomatique*, 4 de junio de 2016.

64. Francisco, “No amemos de palabra sino con obras”, Mensaje del Santo Padre en la I Jornada Mundial de los Pobres, *op. cit.*

El trabajo, la exclusión social y la cultura del descarte

Horacio Corti*

Sociedad salarial y Estado de bienestar

Hasta la década del 70 del siglo pasado, el trabajo era un factor central de integración social.¹ Con él no sólo se forma parte de un colectivo (el movimiento obrero), sino que a partir de la obtención de un empleo formal, se accede a una diversidad de servicios, así el caso de la salud, por medio del sistema de obras sociales.

El trabajo, además, tiene una protección jurídica especial, a nivel constitucional y a través de una rama específica del derecho (con tribunales especializados), donde se protege de forma singular al trabajador, dada la desigualdad de poder en las relaciones laborales. La negociación colectiva de las condiciones, la organización sindical y la constitucionalización del derecho de huelga son algunos elementos salientes de la organización jurídica del trabajo. También, a través de aportes y contribuciones se financia el sistema de la seguridad social, que será en el futuro utilizado por el trabajador actual.

Dicho estatus fue adquirido luego de más de un siglo de luchas y reivindicaciones de los trabajadores mediante su acción colectiva, un largo proceso por medio del cual se intenta reducir el carácter de mercancía del trabajo y poner en primer plano la dignidad de la persona, titular de derechos. En términos jurídicos muy generales, esto significa que el mercado de trabajo deviene una institución, donde se conjugan una serie de derechos y obligaciones que organizan el juego económico de la oferta y la demanda, que en su “espontaneidad” se encuentra atravesado por relaciones desiguales de poder.

* Defensor General de la CABA. Profesor regular de la UBA.

1. Ver: Castel, Robert, *La transformación de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Buenos Aires, Paidós, 1997.

Tal como señaló Karl Polanyi al analizar la sociedad de fines del siglo XIX, un mercado, si se desenvuelve libremente, es destructivo de la naturaleza, tanto exterior como humana.²

Este proceso es paralelo a la configuración de un tipo peculiar de Estado, el Estado de bienestar, encarnado en múltiples modelos sociales pero todos sostenidos en un acuerdo de clases. En la tradición política argentina, ese acuerdo está sintetizado en la expresión “humanización del capital”.

Indudablemente, dicho Estado albergaba en sí mismo una pluralidad de problemas y conflictos, agudizados en las sociedades del sur, como la argentina (de ahí el uso de la expresión “Estado de bienestar a la criolla”).

Pero con sus luces y sus sombras, se trataba de una organización social donde el pleno empleo, el salario digno, la movilidad social ascendente, el discurso de la igualdad y una serie de protecciones estatales formaban parte de las prioridades (y expectativas) político-culturales de la época.³

Dicho esquema (sociedad salarial más Estado de bienestar) es el que entró en crisis en la década del 70 del siglo pasado, dando lugar a una sociedad muy diferente. Y dicha crisis no es propia de nuestro país, sino que tiene un indudable carácter global.⁴

Exclusión social y cultura del descarte

Cada una de dichas piezas fue paulatinamente erosionada o desmontada. La flexibilización laboral, las reformas de los sistemas de

2. Ver: Polanyi, Karl, *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

3. Entre sus sombras, en la experiencia argentina, es preciso destacar la inestabilidad y fragilidad de la democracia, los sucesivos golpes militares y la naturalización de la violencia como recurso político.

4. En la década de 1970, la crisis se tematizó de diferentes formas: crisis de legitimación del capitalismo tardío (Jürgen Habermas), crisis fiscal del Estado (James O'Connor), crisis de gobernabilidad (Samuel Huntington). La crisis ha dado lugar, para decirlo a través de una expresión simplificada, a la reestructuración neoliberal de las sociedades (donde *neoliberalismo* no sólo alude a una visión económica, sino, como exploró Michel Foucault en sus últimos seminarios –en particular en *Nacimiento de la biopolítica*–, a una forma de gubernamentalidad).

seguridad social, la desregulación de los mercados (en particular financieros), las privatizaciones de empresas y servicios públicos, y la preeminencia otorgada a las libertades económicas son algunos de los hechos más obvios y destacables.

El resultado, hoy claramente a la vista, es la construcción de una sociedad basada en la ruptura de los acuerdos de clases, la reversión de los procesos de igualación social, la consiguiente profundización de las desigualdades extremas y, en fin, la exclusión. Expresado en los términos más asépticos del vocabulario económico, la prioridad ya no es el pleno empleo, sino la competitividad del sistema.

En tales condiciones, se advierten dos fenómenos concomitantes. Por un lado, dadas las nuevas características de la regulación económica, ya no hay más trabajo para todos o, en todo caso, para avanzar hacia el ideal del pleno empleo, se hace necesario reducir indefinidamente el valor del trabajo.⁵ De ahí las críticas que el consenso actual le dispensa a la protección jurídica del trabajo: haber devenido en una estructura rígida, que no permite la rápida disminución del valor del trabajo. El derecho del trabajo, la justicia especializada, la negociación colectiva y la organización sindical son responsabilizadas por no permitir que la libertad laboral reduzca el salario y se alcance idealmente, por esa vía, el pleno empleo. Salario digno y pleno empleo se convierten, hoy, en términos antinómicos.

Por otro lado, el sistema público de protección social (que aporta el llamado salario indirecto, que complementa por diversos medios institucionales el salario directo) es cada vez más endeble, como consecuencia de las sucesivas y cada vez más profundas reformas del Estado.

En sociedades de desarrollo económico relativo, como la nuestro país, el impacto de la reestructuración ha sido muy profundo, lo cual produjo una nueva forma social basada en la exclusión.

La conjunción de un mercado de trabajo que no garantiza trabajo para todos y la desactivación de los sistemas estatales de protección dan lugar a una exclusión de carácter estructural (resistente a su modificación, aun cuando momentáneamente el índice de desempleo disminuya) y persistente (continúa en el tiempo). La faz complemen-

5. Esto a pesar de la clara letra del art. 23.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que se refiere al derecho a una remuneración equitativa que asegure una existencia conforme a la dignidad humana.

taria de la exclusión es la alta concentración de la riqueza en cada vez menos sujetos, en particular corporaciones transnacionales.

Esta caracterización de la sociedad es destacada con claridad por el papa Francisco en diversos documentos, donde califica la exclusión como una nueva y extrema modalidad de explotación social.⁶ Para enfatizar que no sólo es una cuestión económica, sino que se encuentra en la raíz de nuestras sociedades, utiliza la expresión “cultura del descarte”.

Los dos términos son significativos. Por un lado *cultura*, es decir, un conjunto de valores, reglas y símbolos que dan sentido (y a la vez sinsentido) a la vida contemporánea. Los proyectos políticos y económicos están insertos en formaciones culturales que los incluyen y engloban. De ahí que el debate actual sea, ante todo, cultural; es decir, sobre qué formas de vida consideramos que deben articularse nuestras sociedades. Por otro lado, el *descarte*. Hay personas y comunidades que sobran, que están demás, que ya no son útiles y que están abandonadas a su propia suerte, salvo como objeto de contención social, a fin de que no perturben la seguridad.⁷

Las paradojas del derecho contemporáneo

El derecho contemporáneo es un lugar privilegiado de encuentro de estos procesos históricos. Y ese encuentro muchas veces está signado por la paradoja.

Un ejemplo. La reforma constitucional argentina de 1994 ha sido un hito histórico en lo referido a la consagración de derechos. Mantuvo, ante todo, los derechos ya postulados, entre ellos los derechos sociales resumidos en el artículo 14 bis. A ello le sumó nuevos derechos y garantías, entre ellos el derecho a un ambiente sano. Además, como es sabido, constitucionalizó los tratados internacionales derechos hu-

6. Ver Francisco, “Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium*”, *op. cit.* Y más recientemente: Francisco, “*Oeconomicae et pecuniariae quaestiones*. Consideraciones para un discernimiento ético sobre algunos aspectos del actual sistema económico y financiero”, Roma, 6 de enero de 2018. Disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20180106_oeconomicae-et-pecuniariae_sp.html

7. Respecto a este último aspecto, puede observarse que la disminución de las capacidades del Estado de bienestar son compensadas por el incremento de los dispositivos estatales de seguridad (aspecto destacado por las investigaciones de Lois Waicquant).

manos, hecho que ha significado la apertura del derecho interno a una práctica jurídica internacional. De acuerdo a una consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema, dichos tratados deben interpretarse de acuerdo a la lectura realizada por los diferentes órganos internacionales de aplicación, remisión que abre la puerta a una fuerte doctrina sobre los derechos (por ejemplo, superando la distinción entre obligaciones negativas y positivas, a través de renovadas clasificaciones de las obligaciones de los Estados, tanto negativas como positivas).⁸

Ahora bien, esa reforma, con todo ese bagaje de reconocimiento de derechos, ocurrió de forma simultánea con la pretensión (en muchos aspectos lograda) de dismantelar el Estado de bienestar que, con todos sus defectos, aseguraba la integración social.⁹ Y ese Estado de bienestar es justamente la condición institucional para poder garantizar los derechos que se consagran al nivel constitucional.

Se ve la paradoja. Hay una simultaneidad entre la aplicación de políticas neoliberales (calificadas de ineludibles, frente al fenómeno de la globalización) y la profundización del sistema de derechos, fundamentalmente derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.¹⁰

Esta paradoja también es visible al nivel del derecho internacional, caracterizado, según la terminología de Martti Koskenniemi, por la fragmentación.¹¹ También aquí confluyen dos fenómenos antitéticos

8. Esta perspectiva cabe complementarla, hoy en día, con el control de convencionalidad, que es deber de las autoridades públicas ejercer sus funciones conforme la doctrina que viene desarrollando la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver: "Control de Convencionalidad", en *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*, N° 7 (versión actualizada 2017). Sobre las diversas propuestas para clasificar las obligaciones estatales en el derecho internacional de los derechos humanos, ver: Sepúlveda Carmona, Ma. Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Países Bajos, Intersentia, 2003.

9. El proceso se inició, en esa época, con el dictado de las Leyes N° 23696 (de reforma del Estado) y N° 23697 (de emergencia económica), de agosto y septiembre de 1989 respectivamente.

10. Un mayor desarrollo de los diferentes procesos jurídicos actuales los esboqué en "Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad: una perspectiva jurídica sobre el urbanismo en la Ciudad de Buenos Aires", en Borja, Jordi y Corti, Horacio, *Derecho a la ciudad: conquista política y renovación jurídica*, Buenos Aires, Editorial Jusbairens, 2018.

11. Ver el Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Koskenniemi, Martti, *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, A/CN.4/L.682.

(señalados por ejemplo por Samuel Moyn en trabajos recientes). Por un lado, el desarrollo, luego de concluida la Segunda Guerra Mundial, del derecho internacional de los derechos humanos con la Declaración de Derechos Humanos de 1948 como hito simbólico inicial. Su clave, inédita, consiste en la protección de la persona humana. Los Estados acuerdan entre sí otorgarles derechos a las personas, que devienen sujetos protegidos por el derecho internacional.

Por otro lado, el desarrollo de un derecho internacional económico, cuyo objeto es otorgarles protecciones adicionales a los agentes económicos. Tratados de protección recíproca de inversiones, tratados de libre comercio, solución arbitral de los conflictos, condicionales en los préstamos otorgados por los organismos multilaterales financieros, prórrogas de jurisdicción en materia de crédito público y tratados de integración basados en libertades económicas son algunos ejemplos de este segundo desarrollo.

Las fricciones entre ambos desenvolvimientos surgen aquí y allá: conflictos entre los derechos de los inversores y los derechos de los pueblos indígenas (destacados por ejemplo por Bartolomé Clavero); o conflictos entre los derechos sociales y los planes de austeridad, tal como lo ha puesto de manifiesto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en diversos documentos recientes (por ejemplo en observaciones a los informes finales de los Estados, así como en una carta abierta de su presidencia).¹²

Reformulando los derechos clásicos

Estas circunstancias, aquí muy brevemente mencionadas, plantean desafíos a la cultura jurídica de la que formamos parte. Es preciso movilizar toda la imaginación jurídica a fin de repensar nuestras instituciones y hacer frente a las nuevas realidades sociales que vivimos. Doy aquí sólo algunas indicaciones para trabajar en conjunto. De

12. Ver Clavero, Bartolomé, *Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014. Ver, asimismo, la “Carta dirigida a los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el Presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 16 de mayo de 2012, ONU, HRC/NONE/2012/76, Comité DESC.

forma general, hay que profundizar y reelaborar nuestro sistema de derechos constitucionales.

Tal como ha señalado Claude Lefort, la democracia se caracteriza por la expansividad de los derechos.¹³ En la lucha por los derechos surgen nuevos contenidos (nuevos alcances normativos), pero también nuevos derechos. Son nuevos derechos en un sentido relativo, pues ellos pueden construirse a partir de los materiales textuales positivos existentes. Se trata de reinterpretaciones de los textos fundamentales (constituciones, tratados internacionales de derechos humanos), práctica que es habitual cuando se trata de la lectura de los textos de valor constitucional.¹⁴

En primer lugar, ya hay textos jurídicos contemporáneos que reconocen de forma expresa la exclusión social. Ya no se trata sólo de un concepto político o sociológico, sino que ha sido convertido en un concepto jurídico. Así lo hace la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 34.3),¹⁵ pero también la propia Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (art. 17).¹⁶

A partir de aquí puede construirse un “macro derecho” a la inclusión social. Por un lado, todos los habitantes tienen un derecho a la inclusión social, es decir, a formar parte de la sociedad en iguales condiciones que los demás. Por otro lado, se trata de un macro derecho porque incluye y potencia los derechos (civiles, políticos, sociales) ya existentes, renovados en su lectura a la luz de la situación estructural de exclusión.

Esta lectura tiene consecuencias al momento de interpretar y aplicar los derechos allí comprendidos. Quiero decir, ante un caso

13. Ver Lefort, Claude, “Derechos del hombre y política”, en *La invención democrática*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1990.

14. Cabe destacar que los órganos internacionales de aplicación de los tratados (así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana) consideran el documento que interpretan como un texto viviente y aplican los métodos de interpretación constitucional de los ámbitos domésticos.

15. Dice: “Seguridad social y ayuda social. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

16. Establece: “La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”.

judicial donde está en juego el derecho a la vivienda (por ejemplo, en aquella situación extrema de privación que testimonian las personas que viven en situación de calle), no sólo se trata de hacer cesar dicha lesión específica, sino que en el caso fundamentalmente está en juego la inclusión social. Las personas no sólo están privadas de vivienda, sino que están insertas en una estructura de exclusión, donde la falta extrema de vivienda es sólo un aspecto de la situación en la que viven. Esto significa, a mi entender, la manifiesta insuficiencia de un sistema (además modesto) de subsidios, que no da una solución estructural a la privación de derechos desde la óptica de la inclusión social.

Lo mismo sucede cuando están en juego otros derechos en situaciones límites, como el derecho a la alimentación adecuada, a la educación o a la salud. O cuando se dan situaciones de interseccionalidad, al conjugarse diversos planos de discriminación (por género, por el carácter de migrante, por edad).¹⁷

Ciertamente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que los derechos no deben interpretarse de forma estrecha (por ejemplo en la Observación General N° 4 sobre el derecho a la vivienda), de modo que su contenido normativo es de por sí profundo. Pero aquí se trata de dar un paso más repensando dicho contenido a la luz de las sociedades de exclusión social.

En segundo lugar, considero que hay un amplio camino para recorrer a partir del reconocimiento del derecho a la ciudad.¹⁸ Es este otro macroderecho, que permite repensar los derechos existentes a la luz de la problemática urbana (punto de vista decisivo, dado el crecimiento continuo de la población urbana). No es este el lugar para desarrollar el tema, sólo destaco que la exclusión se inscribe en el ámbito material de las ciudades, bajo la forma de segregación urbana.

En el ámbito de nuestra ciudad, esta lectura surge de la visión conjunta de los capítulos referidos al hábitat (art. 31, donde se recono-

17. Sobre la interseccionalidad remito a observaciones generales del Comité DESC y a recomendaciones generales del Comité CEDAW, que receptan el concepto para explicar el contenido del principio de igualdad y no discriminación.

18. El derecho a la ciudad, reconocido en Constituciones (la de Ecuador y la Ciudad de México, que ha dictado recientemente su Constitución) y sistemas legales (en Brasil, la Carta del Derecho a la Ciudad), también se ha tenido en cuenta recientemente por las Naciones Unidas en la Nueva Agenda Urbana, aprobada por la Conferencia Hábitat III (ver: res. 71/256) y por el Comité de Derechos Humanos (ver: Res. 35/24).

ce el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado) y al ambiente (arts. 26 y 27, donde se afirma que el ambiente es patrimonio común y el deber del Estado de instrumentar un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente).¹⁹

En este camino, resulta claro que hay que profundizar nuestra comprensión del derecho a un medioambiente sano. La naturaleza no es una pura objetividad que está ahí para ser puramente explotada, sino, como ha señalado el papa Francisco en *Laudato Si'*, nuestro hogar, la casa en la que vivimos. Debemos asumir la visión tan característica de los pueblos andinos, según la cual vivimos en la naturaleza, no frente a ella para sólo dominarla.²⁰

De tantos aspectos a destacar, hay que poner de manifiesto la dimensión social del derecho al ambiente. Esta cuestión se ve claramente en la dificultosa implementación del caso “Mendoza”.²¹ La Corte Suprema ha reconocido la existencia de una situación de riesgo ambiental. Entre otras consecuencias de la decisión, se encuentra la de relocalizar a las familias que viven en dichas zonas. Y ya a diez años del dictado de la sentencia, la realidad de esta relocalización es aún ínfima. Más aun, las personas y comunidades afectadas todavía no han sido consideradas como partes procesales genuinas en el expediente, síntoma del valor que se le asigna a la voz de las personas. De ahí un lema muy sencillo que hemos adoptado desde la defensa pública, pero que es necesario afirmar: las personas no son cosas. O como dicen las propias comunidades: somos parte de la solución, no del problema.²²

En tercer lugar, es preciso repensar la protección constitucional del trabajo. Aquí también los desafíos son enormes. Una de las vías para

19. Sobre el derecho a la ciudad, ver Corti, Horacio y Borja, Jordi, *Derecho a la ciudad: conquista política y renovación jurídica*, op. cit. Ver también “Derecho a la ciudad. Sin justicia social urbana no hay ciudadanía”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública*, N° 10, 2016.

20. Ver Francisco, “Carta Encíclica *Laudato Si'*. Sobre el cuidado de la casa común”, op. cit. La Encíclica es referencia en los estudios actuales sobre ecología, entre otros: Latour, Bruno, *Face a Gaia. Huit conférences sur le nouveau régime climatique*, La découverte, 2015. Ver, también, los Preámbulos de las Constituciones de Bolivia y Ecuador.

21. Ver CSJN, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 331:1622.

22. Ver: “La causa ‘Mendoza’: la relocalización de las familias y el derecho a una vida digna. Las personas no son cosas”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Año 4, N° 6, diciembre de 2014.

realizar esta tarea consiste en tomar nota (aspecto sobre el cual los juristas estamos en falta) de esa nueva realidad que ha surgido lentamente en los intersticios de la exclusión social, que es la economía popular.

No se trata exactamente de la economía informal, sino de las estrategias económicas llevadas a cabo por los sectores populares ante la ausencia de trabajo (formal o informal). Son vías novedosas, confusas, complejas, a través de las cuales las personas y comunidades buscan formas de obtención del sustento cotidiano. El trabajo de los cartoneeros es el más notorio, pero las realidades de la economía de subsistencia son múltiples.

Esta realidad (así como la de las organizaciones representativas) ya ha sido reconocida jurídicamente por el Estado de diversas maneras.²³ Así, el artículo 2 de la Ley N° 27345 establece que

... la presente ley tiene por objeto promover y defender los derechos de los trabajadores y trabajadoras que se desempeñan en la economía popular, en todo el territorio nacional, con miras a garantizarles alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, cobertura médica, transporte y esparcimiento, vacaciones y protección previsional, con fundamento en las garantías otorgadas al “trabajo en sus diversas formas” por el artículo 14 bis y al mandato de procurar “el progreso económico con justicia social” establecido en el artículo 75, inciso 19, ambos de la Constitución Nacional.

La ley, para cumplir dicho objetivo, crea el Consejo de la Economía Popular y el Salario Social Complementario y el Registro Nacional de la Economía Popular.²⁴

En términos conceptuales, la ley es clave pues incluye la categoría de “salario social complementario”. Los planes sociales deben convertirse en salario social complementario, asegurando de esa forma el derecho a una remuneración digna de los trabajadores de la economía popular.

En cuarto lugar, hay que repensar el derecho a la manifestación pública. La sociedad de la exclusión genera nuevas formas de manifestación. Las personas y comunidades excluidas se hacen visibles

23. Ver Grabois, Juan, *La personería social*, Buenos Aires, CETEP, 2016.

24. De forma complementaria, hay que tener en cuenta la Resolución 32/2016 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; las Leyes N° 25865 y N° 26565 y normas complementarias –entre otras la Resolución 18.847/2015 de la Secretaría de Coordinación y Monitoreo Institucional–.

cuando se manifiestan en el espacio público. La realidad tiende a naturalizar las situaciones y la exclusión social forma parte de un paisaje natural, cuya legitimidad ya no se cuestiona. Para hacer escuchar su voz se produce la manifestación, la movilización, es decir, la protesta social. Y ello ocurre en el espacio público. Pues, en definitiva, ¿dónde más podría ocurrir?, ¿de qué otra forma se harían presentes ante la sociedad los descartados por la propia sociedad?

Por tanto, la expresión de las comunidades excluidas debe tener una protección singular. Lejos de ser objeto de regulaciones punitivas (contravencionales o penales), la manifestación en el espacio público debe ser garantizada y protegida por el propio Estado.²⁵

Dignidad y fraternidad

Estas muy sumarias reflexiones nos llevan, luego, a otro nivel de análisis: a los principios y valores que subyacen a los textos constitucionales. Destaco dos de ellos. En primer lugar, la dignidad. Una de las características singulares de las declaraciones de derechos contemporáneas consiste en sus referencias últimas a la dignidad de la persona.²⁶ Concepto central en la historia del cristianismo, no fue sin embargo un término central de las declaraciones de derechos clásicas.²⁷ Su aparición es relativamente reciente: surgió en las Constituciones y tratados de derechos humanos posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Los derechos protegen, ante todo, la dignidad de la persona: su valor. En los clásicos términos kantianos, las personas tienen valor (dignidad), no un precio.

25. Ver: "Protesta Social", en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Año 7, N° 13, noviembre de 2017.

26. La bibliografía actual es abundante y creciente. Ver, entre otros: Hennette-Vauchez, Stéphanie y Roman, Diane, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, París, Dalloz, 2017, en particular p. 98: "Droits de l'Homme et dignité de la personne humaine: éléments d'une filiation conceptuelle". Carozza, Paolo G., *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013. Mc Cruden, Christopher (ed.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, Oxford University Press, 2013. Waldron, Jeremy, *Dignity, Rank, & Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015. Sangiovanni, Andrea, *Humanity without dignity*, Cambridge, Harvard University Press, 2017.

27. Habermas sostiene, en cambio, que se trata de un concepto implícito en las declaraciones clásicas. Ver Habermas, Jürgen, *La constitución de Europa*, Madrid, Trotta, 2012.

La dignidad se encuentra en estrecha vinculación con la igualdad. Dada la igual dignidad, todas las personas merecen igual consideración y respeto. Y esa dignidad es la que está en cuestión. Tal vez siempre estuvo en cuestión, en la medida en que todas las organizaciones sociales (que involucran lo económico) han tomado y toman a las personas como medios para otros fines que se suponen más valiosos. Actualmente, ya no se trata del bien del Estado o de la totalidad, sino del crecimiento económico o la competitividad.

La apuesta de la cultura del derecho (el derecho como cultura) consiste en afirmar la dignidad, más allá de cualquier arreglo económico o social (o de cualquier ideología o proyecto político). Cada vez que un fin se propone como de mayor valor que las personas que forman una sociedad, la dignidad establece un límite. Y hoy en día esa dignidad se encuentra concretizada en derechos plasmados en textos jurídicos positivos.

Ciertamente, parte del derecho contemporáneo se proyecta en otra dirección. De ahí que el derecho sea en sí mismo, en su propia textura, un campo polémico, que reclama la asunción de un punto de vista.²⁸ Tarea de desciframiento y de análisis continuo: detectar todo aquello que en nuestro derecho contradice la dignidad.

En segundo lugar, la fraternidad. Es el principio menos desarrollado del tríptico de la Revolución Francesa: libertad, igualdad y fraternidad. Sin embargo, él se encuentra inscripto en nuestros textos jurídicos, así en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que se refiere al trato fraterno.

Hay toda una historia de la fraternidad, pero también de un concepto afín, la solidaridad, presente también en los textos jurídicos, así en la actual Constitución argentina (art. 75).

La fraternidad y la solidaridad profundizan y complejizan el principio de igualdad. No sólo cada persona vale tanto como otra, ni más ni menos, sino que aquellos que se encuentran, por diversas circunstancias, en condiciones de ventaja tienen el deber jurídico de actuar fraternamente con quienes se encuentran en situaciones desventajosas.

28. Sobre el carácter polémico del derecho, ver: Corti, Horacio, "La verdad en la doctrina constitucional", en *Derecho y Verdad III. Concepciones*, Tirant lo Blanch (en prensa).

En la historia jurídica moderna, la fraternidad y la solidaridad han jugado un rol relevante para justificar diversas instituciones y técnicas, así el derecho al trabajo, la distribución de recursos financieros entre diversas entidades de los estados federales, o los tributos progresivos.²⁹

Se trata, entonces, de dos conceptos y principios para desarrollar y, a partir de ellos, reinterpretar las instituciones jurídicas.

29. Ver, entre otros, el documentado texto de Borgetto, Michel, *La notion de fraternité en droit public français*, París, LGDJ, 1993. Ver, también, Paugan, Serge, *Repenser la solidarité*, París, PUF, 2011; Hecquard-Therón, Maryvonne (comp.), *Solidarité(s) Perspectives Juridiques*, París, LGDJ, 2008; y Begun, Jean-Claude Patrick y Laidié Charlot, Yan (comp.), *La solidarité en Droit Public*, París, L'Harmattan, 2005.

Medioambiente y el cuidado de la casa común

Introducción de las ponencias

Francisco Ferrer*

Una propuesta dirigida a atravesar discursos

El panel que me toca presentar discurre sobre medioambiente. La curiosa e interesante propuesta de los organizadores es cruzar aquí un discurso, la Encíclica *Laudato Si'*, con otros discursos. El primero, exteriorizado por un religioso pero con pretensión de alcanzar a toda la sociedad. Los segundos, provenientes de destacados juristas vinculados con una práctica particular: la magistratura.

¿Cómo entender el vínculo entre la Encíclica *Laudato Si'* y la práctica del derecho en torno al medioambiente? Quiero tomar una idea que desarrolló Piglia reflexionando acerca del arte que practicaba, pero que también circula por otros saberes y que nuestro sentido común ha terminado por aceptar: “El Estado construye ficción y no se puede gobernar sin construir ficciones”. En este sentido, señalaba: “Es necesario gobernar con la creencia. Una de las funciones básicas del Estado es hacer creer y las estrategias de hacer creer tienen mucho que ver con la construcción de ficciones”.¹

Para Piglia, la literatura disputa con ese mismo espacio porque está construyendo un universo alternativo a ese universo de ficciones estatales. En este sentido, existe siempre una tensión entre novela y Estado.

Puede establecerse también un paralelo entre la situación descripta y la que se produce entre los discursos que se encuentran en el panel que me toca presentar. *Laudato Si'*, naturalmente, no tiene la pretensión ni podría ser considerada fuente de derecho. En este sentido, su texto exige en forma expresa el dictado de nuevas normas.

Existe en ella una vocación constante de crear un universo alternativo al que nuestros Estados sostienen, toleran o soportan en materia ambiental. Ahora bien, los Estados sufren algo equiparable a un

* Juez de la CABA.

1. Piglia, Ricardo, *Crítica y ficción*, Buenos Aires, De Bolsillo, 2014.

trastorno de personalidad múltiple: existen en su interior varias y complejas voces, cada una con su propio patrón de percibir el ambiente. La antes señalada función de hacer creer se practica, entre otras, desde la voz del Poder Judicial.

Los discursos enfrentados en el panel

La propuesta de *Laudato Si'*

En dicho contexto, el discurso contenido en la Encíclica propone una mirada atenta a la íntima relación entre los pobres y la fragilidad del planeta, señala la convicción de que el mundo está todo conectado, critica el nuevo paradigma y las formas de poder que derivan de la tecnología e invita a buscar otros modos de entender la economía y el progreso. Existe, puede advertirse, la propuesta de un nuevo estilo de vida.

Creo humildemente que lo mejor de la Carta se encuentra en los riesgos que decide correr. Lejos de dirigirse al universo de los creyentes católicos, o de ampliarlo a los cristianos, busca a “todos los hombres de buena voluntad”. Ello produce un efecto notable sobre el modo de organizar el razonamiento.

Cuando en la primera parte analiza las causas de la crisis ecológica, debe utilizar fuentes científicas y estar dispuesto a equivocarse, incluso a admitir dudas. Como en nuestra mejor tradición, el *Facundo* de Sarmiento, la Encíclica utiliza diversas técnicas y tiene tensiones internas notables.

Existen en la segunda parte, centrada en la tradición judeocristiana, algunos elementos que alejan del propósito originario de abarcar a “todos”. El más importante: considerar que la creencia en Dios es, en términos prácticos, útil para un mejor cuidado de la casa común. Ello a partir de sostener que quienes se entienden regidos por el azar o los ciclos nietzscheanos, estarán naturalmente tentados de abusar de la casa. Iván Karamazov² sintetiza este tradicional razonamiento cuando dice: “Si Dios no existe, todo está permitido”.

La Carta, sin embargo, no se detiene allí. En la tercera parte, sobre la “raíz humana de la crisis ecológica”, se recupera nuevamente la

2. Modelo de héroe propuesto por Fiodor Dostoievski en *Los hermanos Karamazov*.

estrategia de discurso capaz de universalizarse. Se destaca allí cómo la ficción que nos llevó entender la vida humana bajo el denominado “paradigma tecnocrático dominante” condujo al deterioro de la casa común y a la destrucción de sus habitantes más humildes.

Resulta necesario ahora señalar con qué parte de *Laudato Si'* han decidido enfrentar sus discursos los integrantes del panel.

La propuesta de los disertantes

Todos los integrantes del panel ofrecen miradas y voces que se entrecruzan con la tercera parte de *Laudato Si'*. En sus intervenciones podremos advertir la puesta en crisis de una forma de entender la racionalidad y del propio espacio al que denominamos casa común. Las diferencias llegan en los acentos que cada uno coloca a la hora de establecer la tarea necesaria para que el cuidado de la casa sea posible y la vida, digna para todos sus ocupantes.

Siguiendo la estrategia descripta, el Dr. Carlos Balbín propone una relectura del mito de Caín, en la que la pregunta del hermano asesino se transforma en una pregunta urgente dirigida al derecho. Siguiéndola, su voz propone la transformación de la racionalidad como única alternativa disponible para asegurar que el cuidado de la casa común sea posible.

Por su parte, la Dra. Alejandra Petrella eligió como propuesta “El desarrollo sostenible como modo de paliar la economía de exclusión”. Con tan buena guía, tendremos oportunidad de explorar cómo superar el círculo que lleva de mayor degradación ambiental a más excluidos.

Vinculado también con este eje de la temática, la Dra. Mariana Pucciarello nos hablará sobre “La Encíclica *Laudato Si'* y sus proyecciones jurídicas: el caso de litigios sobre DESC”. En su caso, el discurso se concentra en la experiencia local en materia de litigios sobre DESC como una guía para una posible hermenéutica que supere los casos de exclusión a nivel global.

Conclusiones del panel

Tal como habrán advertido, más allá de las tensiones naturales entre quienes proponen un universo alternativo al que los Estados sostienen,

toleran o soportan, y los representantes de uno de sus poderes, el diálogo ha permitido mostrar una de las funciones claves del Poder Judicial.

Para cumplir su función de generar creencias, en los términos utilizados en la introducción, los jueces deben ser, tal como lo señaló la Dra. Pucciarello, “imparciales pero no neutrales pues el correcto cumplimiento de sus funciones implica un fuerte compromiso con el cumplimiento de estos derechos que constituyen la garantía de una convivencia social pacífica y justa”.

Como concepto y estrategia, la imparcialidad pero no neutralidad guarda relación con algunas de las propuestas de *Laudato Si'*. Si en la última se propone asegurar que todos puedan vivir de acuerdo con la dignidad humana, para Pucciarello esa es también la guía hermenéutica que debe guiar las decisiones de los magistrados.

Siguiendo una larga tradición discursiva que culmina en Dworkin, es posible afirmar que

... [d]ebemos, en consecuencia, esforzarnos al máximo, dentro de las limitaciones de la interpretación, para hacer de la ley fundamental [...] lo que nuestro sentido de la justicia aprobaría, no porque debamos a veces comprometer el derecho con la moral, sino porque eso es exactamente lo que el derecho mismo, entendido como es debido, requiere.³

El universo alternativo que es necesario crear para que el cuidado de la casa común sea todavía posible, parte, siguiendo la enseñanza de la Dra. Petrella, de escuchar el clamor de los pobres y de la tierra a idéntico tiempo. Para la autora, el Estado huye de su deber de establecer una política en materia ambiental que merezca ser calificada de “política de Estado” y ello conduce a la tragedia humanitaria, cuando el diseño urbanístico se torna irracional y los excluidos son condenados a una vida en calidad de descarte.

La precisión efectuada nos conduce a un nuevo problema. Una vez aceptado el desplazamiento del eje a partir del cual pensamos y, en consecuencia, establecemos el marco para regular el uso de la casa común, debemos admitir que el sujeto al que consideramos titular de derechos humanos también ha cambiado.

3. Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 503.

Resulta oportuno traer aquí la voz de Butler.⁴ En la línea que nos trajo hasta aquí, el Estado ha dado por supuesto un campo de verdades para comprender o describir al otro, al sujeto, a la identidad. En dicho contexto, el marco de los derechos humanos estaría dando por supuestos unos tipos de sujetos específicos que no siempre corresponden a los modos de vida de nuestro tiempo.

Bajo tales parámetros:

... [c]omparecer ante la ley significa que uno ha accedido al ámbito de la apariencia o que está posicionado para ser introducido allí, lo que significa, a su vez, que existen normas que condicionan y orquestan al sujeto que puede comparecer, y de hecho, comparece.⁵

Para avanzar con la propuesta que emerge de los discursos de *Laudato Si'* y de la Dra. Petrella, deberíamos ser capaces de contestar cómo el poder forma el campo en el que los sujetos se vuelven posibles o imposibles. Los sujetos que se vuelven imposibles, aquellos para quienes no se ha establecido un ámbito de apariencia que les permita “comparecer ante la ley” son los excluidos.

Aquello que nos interpela es la necesidad de lograr cuestionar el marco “que silencia la pregunta de quién cuenta como ‘quien’. En otras palabras, la acción forzosa de la norma en cuanto a circunscribir una vida digna de ser llorada”.⁶ La pregunta respecto a quién merece ser llorado nos conduce al último discurso del panel.

Hemos adelantado que el Dr. Carlos Balbín propone una relectura del mito de Caín en la cual la pregunta del hermano asesino se transforma en una pregunta urgente dirigida al derecho. Aquí la propuesta también es radical y urgente: sin cambio en la propia matriz que establece lo que entendemos como racionalidad, no existe salvación posible para los excluidos que pueda ser ofrecida por el derecho. Finalmente, sin salvación para los excluidos, la casa común seguirá su destino trágico.

La única estrategia disponible, en consecuencia, es la de seguir el difícil arte de construir discursos capaces de crear un universo alternativo en que el cuidado de la casa común resulte todavía posible.

4. Butler, Judith, *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*, Buenos Aires, Paidós, 2010. En particular, el capítulo dedicado a “El no pensamiento en nombre de lo normativo,” pp. 191-226.

5. Ídem.

6. Ídem.

El derecho a tener derechos

Carlos Balbín*

Introducción

Creemos que es posible sintetizar el mensaje del papa Francisco en su Encíclica *Laudato Si'* en el texto del Génesis y, particularmente, en el diálogo entre Dios y Abel, tras el asesinato de su hermano Caín. Es en ese contexto que Dios le pregunta a Caín: “¿Dónde está tu hermano?”.

Este pasaje del Antiguo Testamento no es sólo una interpelación personal, sino también un cuestionamiento social sobre el paradero y, básicamente, el destino de nuestros hermanos.

Curiosamente, la respuesta de Abel es la nuestra y la del mundo contemporáneo. Primero, la negación de toda responsabilidad (“No lo sé”), y luego, una pregunta que contiene una aseveración: “¿Acaso yo soy el guardián de mi hermano?” (Génesis 4: 1-16).

Una y otra vez repetimos en el lenguaje, pero sobre todo en nuestras acciones y particularmente en nuestras omisiones, el pensamiento de Caín: ¿acaso yo soy el guardián de mi hermano? En el texto bíblico la respuesta es clara: sí. Y las consecuencias de su negación son igualmente claras: la tierra –nuestra casa común como hermanos– se está volviendo hostil.¹

Es posible trabajar con la Encíclica papal reemplazando el concepto de ambiente por el de derecho, y así reconstruir el pensamiento crítico y cuestionador sobre nuestro conocimiento. La crisis y la degradación del ambiente son semejantes a las crisis, déficits y contaminación del derecho, pues este es incapaz de contribuir significativamente a solucionar las desigualdades estructurales y, particularmente, rescatar a los hermanos excluidos.²

* Presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la CABA, profesor regular de la UBA.

1. “Cuando lo cultives, no te dará más su fruto, y andarás por la tierra errante y vagabundo” (Génesis 4, 11-12).

2. Francisco, “Carta Encíclica *Laudato Si'*. Sobre el cuidado de la casa común”, *op. cit.*

Antes de abandonar esta breve introducción quisiera señalar, con el objeto de contextualizar estas reflexiones, que –según mi criterio– la raíz más profunda de los problemas en Latinoamérica es la desigualdad y su daño consecuente en el ambiente y, sobre todo, en los hombres y mujeres desplazados y olvidados.

¿Qué es el derecho y cuál es el sentido de este concepto cultural?

No nos vamos a detener aquí en las definiciones teóricas sobre el derecho, sino en el sentido y básicamente el carácter útil de nuestro conocimiento en relación con los desafíos actuales que nos plantea el texto papal. Es decir, ¿qué hace el derecho por erradicar la pobreza y la exclusión? Evidentemente, el derecho es sólo una pieza en este entramado, pero cabe preguntarse si es un eslabón constructivo o disruptivo en el cumplimiento de este mandato.

En efecto, nos preguntamos cuál es la respuesta del derecho ante el abandono del otro y su exclusión de nuestro mundo. Y, especialmente, ¿cuál es el aporte del derecho con el propósito de incluir a las personas excluidas y crear un espacio común e integrador, es decir, un ambiente sano?

Por un lado, es posible hurgar y descubrir innumerables textos normativos con infinidad de derechos –casi incontables– y, asimismo, técnicas capaces de garantizar, proteger y reparar esos mismos derechos en caso de que fuesen vulnerados. Es más, si no encontrásemos el derecho de que se trate en los textos expresos, es posible deducirlo y construirlo desde los principios jurídicos como derechos implícitos. Así, pues, la Constitución Nacional y, en particular, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires son ejemplos elocuentes en este sentido. Baste repasar el texto de la Constitución Nacional, los tratados internacionales incorporados desde 1994, y el derecho que nace de las recomendaciones y sentencias en el marco internacional, entre otros instrumentos jurídicos.

Este escenario debe completarse con sentencias, igualmente innumerables, que refuerzan esos derechos garantizándolos e incluso ampliándolos. Por ejemplo, el precedente “Quisberth Castro”, en el que los tribunales argentinos han reconocido el derecho de acceso a la vivienda;

en particular, debemos rescatar entre sus fundamentos el concepto de umbral mínimo de los derechos de todos que el Estado debe necesariamente garantizar. En sentido concordante, el fallo “Halabi”, sobre el alcance de los procesos colectivos como instrumento más eficiente en el control judicial sobre las violaciones a los derechos fundamentales.

Es así como construimos, con muchas dificultades y esfuerzos, el mundo ideal del derecho: leyes perfectas y sentencias impecables. Sin embargo, y por otro lado, ese escenario no coincide con el mundo real. En tal sentido, es posible caminar por las ciudades o consultar las estadísticas. Así, por ejemplo, según el Instituto de Estadísticas y Censos (INDEC), el índice de pobres en nuestro país es del 25,7% (segundo semestre de 2017). De igual modo, el Observatorio de la Deuda Social Argentina (UCA) señala que “el 63% de los hogares urbanos en la Argentina presenta al menos una carencia en alguna dimensión de derechos sociales, mientras que cerca de 1 de cada 3 hogares padece 3 o más de estas carencias”.³

Y cabe resaltar que el alcance de la exclusión no es sólo material, sino social y emocional. Las personas no sólo están excluidas, sino que se perciben y, a su vez, son percibidas por los otros como excluidos.

El contraste es evidente y el mundo jurídico parece derrumbarse por el desborde arrollador del mundo real. En cualquier caso, es posible refugiarse en las Facultades de Derecho o en los tribunales, y evitar así los ruidos molestos y los paisajes esquivos. Al fin y al cabo, siempre es posible encontrar leyes y sentencias en las que podamos cobijarnos.

Es cierto, y cabe reconocerlo, que el mundo jurídico (leyes y sentencias) contribuye fuertemente a crear mejores condiciones de igualdad y, por tanto, más justas; pero es incapaz de romper los límites externos y rescatar a los marginados en su dignidad.

¿Por qué no es posible unir esos dos mundos? ¿Cuál es la razón de ese contraste? ¿Por qué esas leyes perfectas y sus sentencias impecables no son capaces de cobijarnos y cubrirnos a todos por igual? ¿Por qué el derecho y su mundo ideal –capaz de abrazarlo todo en su derrotero teórico– no ha sido capaz de transformar e incluir en su lado más profundo?

Es evidente que el mundo sigue dividido en dos partes. Por un lado, el país de los incluidos; y por el otro, el de los excluidos. Es

3. Observatorio de la Deuda Social Argentina (UCA), Informe sobre “Condiciones materiales de vida. Hábitat, pobreza y desigualdad en los hogares urbanos de la Argentina 2010/2017”, Capítulo III.

igualmente evidente que el derecho no resolvió el conflicto, y tal vez el punto más grave sea que no contribuyó fuertemente en ese sentido.

Entonces, nos preguntamos ¿cuál es el nudo jurídico casi imposible de desatar? Cabe recordar que nuestro derecho ha construido innumerables respuestas. Por caso, el mayor acceso al Poder Judicial y a los tribunales internacionales. En tal sentido, es posible rescatar avances sumamente significativos en el derecho como instrumento más eficiente en el acceso ante los jueces, en su condición de garantes de los derechos. Así, por ejemplo, crear e incorporar procesos judiciales colectivos y, especialmente, procesos estructurales cuyo objeto es proteger los derechos, no ya parcialmente (derecho por derecho) sino integralmente, asegurando a las personas su inclusión en el mundo social, cultural y económico.

Pensemos en el caso de un migrante. ¿Es suficiente si el Estado le garantiza su derecho a trabajar? Ello es necesario, pero sin perjuicio de reconocerle ese derecho, el Estado debe garantizarle el derecho a educarse, entre otros derechos, pues sólo así es posible incluirlo en el mundo real y no sólo en el mundo ideal del derecho.

Sin embargo, estos intentos –si bien han mejorado las situaciones de desigualdad– no han dado respuestas suficientes y, por tanto, satisfactorias. Pues bien, ¿cuáles son, entonces, los mayores déficits del modelo? Quizás el carácter parcial y sesgado del derecho que hemos construido en estos tiempos. En efecto, en los hechos, esas leyes excelentes y esas sentencias impecables sólo se aplican a unos pocos y, a su vez, tampoco son capaces de incluirlos estructuralmente sino sólo de reparar hechos singulares y con alcance limitado.

De todos modos, es posible continuar ahondando en las técnicas antes descriptas y, quizás, descubrir otras más eficaces. En este punto cabe, entonces, volver a preguntarse si en este escenario hipotético es posible reconciliar esos mundos.

El derecho en el marco de la razón instrumental. La raíz cultural en la crisis del derecho

¿Por qué el derecho no es capaz de dar respuestas más radicales a los desafíos de nuestro tiempo? Por nuestro lado, entendemos que no es capaz porque ha sido construido y sigue construyéndose desde

el molde propio de la modernidad y, por tanto, está sujeto inevitablemente a la crisis de este modelo cultural.

La modernidad –especialmente el iluminismo, el racionalismo, el positivismo y el mito del progreso ilimitado– transformó nuestro modo de pensar e impactó en el contenido y el alcance del derecho.

La tradición de discurso de la modernidad convirtió a la razón –el pensamiento– en un mero instrumento de dominio. Es, pues, una razón instrumental que dejó de expresar el sentido de la vida y del ser, y se convirtió así en un método para la organización de los materiales al servicio de la producción y el consumo. Estos materiales son todo cuanto existe, incluidos la naturaleza y las personas.

La razón instrumental se traduce básicamente en el progreso indefinido, el individualismo, el consumismo y el mercado sin reglas. En este sentido, Max Horkheimer advirtió que “al tornarse más complejas y más reificadas (es decir, cosificadas) la producción material y la organización social, se hace cada vez más difícil reconocer los medios como tales, ya que adoptan la apariencia de entidades autónomas”.⁴

Así, la naturaleza es concebida como una herramienta para los fines de producción y consumo. Pero es importante remarcar que el pensamiento instrumental también ha convertido al ser humano en herramienta. Las personas participamos –junto con la naturaleza– del destino común de medios instrumentales.

Y así, el individuo aislado se hace simple objeto en el contexto de la producción y el consumo y tiene un único sentido, un solo valor: ser funcional (es decir, ser útil). Ahora bien, en las cada vez más cambiantes y complejas relaciones sociales contemporáneas, el hecho de ser funcional implica necesariamente la constante adaptación a las necesidades del mercado.

Cuando el individuo no es capaz de adaptarse, surge la exclusión. Así, el papa Francisco advierte: “estos problemas están íntimamente ligados a la cultura del descarte, que afecta tanto a los seres humanos excluidos como a las cosas que rápidamente se convierten en basura”.⁵ El ser humano y la naturaleza son objetos a usar y dominar en el sentido más extremo.

4. Horkheimer, Max, *Crítica a la razón instrumental*, Buenos Aires, Sur, 2° ed., 1973, p. 94.

5. Francisco, “Carta Encíclica *Laudato Si'*. Sobre el cuidado de la casa común”, *op. cit.*

La modernidad, tan confiada en sí misma, nos revela ahora su otro lado, el lado oculto, a saber: hay masas humanas sobrantes y, por tanto, desechables. El mundo actual es el de la producción, el consumo y las finanzas. Su cultura subyacente es el descarte. Es así como “el hábito de gastar y tirar alcanza niveles inauditos”, dice Francisco, y ejemplifica: “suele encontrarse una ciudad bella y llena de espacios verdes bien cuidados en algunas áreas seguras, pero no tanto en zonas menos visibles, donde viven los descartables de la sociedad”.⁶

Esta crisis alcanza al derecho y, en tal contexto, cabe preguntarse si el derecho, construido en esta matriz cultural, es capaz de contribuir a crear verdaderas condiciones de inclusión en el mundo de los derechos.

El derecho y el hombre descartable

En esta instancia intentaré ensayar la idea del hombre descartable apoyándome en el pensamiento de Arendt y Agamben, a través de los conceptos del apátrida y del *homo sacer*, y su relación –quizás forzada, o no– con el derecho actual.

Arendt describió, tras los sucesos de la Primera Guerra Mundial y que luego, como es sabido, se prolongaron en el tiempo, la aparición de masas ingentes de seres humanos que –al desaparecer sus respectivos Estados– vagaban por Europa sin ninguna clase de protección. El título del capítulo del libro *Sobre los orígenes del totalitarismo* en el que desarrolla esta temática es suficientemente significativo y claro: “La decadencia del Estado-nación y el fin de los derechos humanos”. Esas personas no gozaban de ningún derecho, y en este contexto nace un sujeto que no es ciudadano, sino simplemente un hombre sin más atributos que su propia humanidad. El derecho, por su parte se mostró impotente para protegerlo.

El ser humano está expuesto al abandono y estas ideas tienen relación con las tesis de Horkheimer y Adorno sobre la razón instrumental. Según Arendt:

... la concepción de los derechos humanos, basada en la supuesta existencia de un ser humano como tal, se quebró en el momento en que quienes

6. Ídem.

afirmaban creer en ella se enfrentaron por primera vez con personas que habían perdido todas las demás cualidades y relaciones específicas, excepto las que seguían siendo seres humanos. El mundo no halló nada sagrado en la abstracta desnudez del ser humano.⁷

En definitiva, Arendt entiende que sin una verdadera política –pues la modernidad la fue corroyendo y reemplazando por la economía y la administración general de las cosas y las personas– estas se hacen vulnerables y desechables. Es necesario, por tanto, crear otros modos de política y, según nuestro criterio de derecho, alejados de la cultura de la razón instrumental.

Por su parte, muchos años después, Agamben continuó con las investigaciones de Arendt y recurrió, en tal sentido, al derecho romano arcaico y, en particular, a la figura del *homo sacer*. Este era una persona que cualquiera podía matar impunemente.⁸

Agamben observa que esto es lo que ocurrió en los campos de exterminio y también en el caso de las personas condenadas a la exclusión de los bienes básicos. El excluido es el abandonado, dice Agamben. En la actual cultura todos somos *homo sacer*, según su pensamiento, pues sólo aquello que es funcional y sirve tiene un lugar.

Estas ideas nos ayudan a preguntarnos e intentar responder si el derecho actual no consiente –por omisión– la figura del *homo sacer*, es decir, aquellos que están excluidos y olvidados, en el mundo de las realidades.

Los excluidos, los sin techo, sin trabajo o sin tierra están expuestos a situaciones de abandono por el cuerpo social. Y así pueden ser desechables, superfluos y, finalmente, olvidados.

El derecho y el mercado

Quizás el mayor inconveniente es que el derecho –en el contexto de la razón instrumental– se ha mercantilizado; es decir, está sujeto a la economía y a las finanzas. Por eso, como dice el papa: “se vuelve indispensable crear un sistema normativo que incluya límites infranqueables”. Asimismo, advierte que es necesario evitar una concepción mágica del mercado.

7. Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Alianza, T. 2, p. 434.

8. Agamben, Giorgio, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Madrid, Pre-textos, 1998.

La cuestión central a resolver es quién dicta las reglas y, por tanto, construye el derecho. ¿Es el mercado o el Estado? El mercado distribuye derechos según los criterios de propiedad y beneficio, no según los derechos sociales y, menos aun, los derechos de los sectores excluidos.

Es evidente, entonces, que los derechos sociales no pueden definirse por los mecanismos del mercado y que el derecho no puede construirse desde el cálculo presupuestario de costos-beneficios.

Las nuevas miradas sobre el derecho y su posible reconstrucción

Es cierto que, en los últimos tiempos, el derecho ha comenzado a explorar vías alternativas con el objeto de repensarse y reformularse en un sentido más profundo. Es decir, no sólo con la incorporación de herramientas o institutos procesales, sino con cambios más estructurales.

En tal sentido, cabe mencionar –a título de ejemplo– el reemplazo del derecho público por el derecho privado; la introducción del análisis económico del derecho; y la incorporación de las herramientas informáticas y la inteligencia artificial, entre otros.

Sin embargo, este cambio –según nuestro criterio– no controversia las raíces más profundas e incluso, en ciertos casos, puede crear mayores desigualdades. Analicemos brevemente cada supuesto.

La desacreditación y sustitución del derecho público

Se cree que el derecho administrativo es ineficiente y burocrático, pues –entre otras razones– vulneró uno de los pilares básicos del modelo constitucional liberal, a saber, el derecho de propiedad. Por eso, se propone reemplazarlo por el derecho privado, más igualitario, pujante y renovado.

Sin embargo, es importante advertir las características y los mayores déficits del derecho privado –en términos comparativos con el público–, a saber: a) la ausencia de terceros en el armado de las relaciones jurídicas (no es posible visibilizar el interés de terceros, sino sólo el de las partes que intervienen y traban el vínculo); b) el carácter asimétrico de la información disponible entre las partes por razones extrajurídicas; y c) el mayor riesgo de la captura regulatoria por la parte con más poder o

interés, pues el Estado carece de herramientas más fuertes en el diálogo, negociación y decisión de las relaciones (derechos y obligaciones).

Asimismo, el uso indiscriminado del derecho privado nos reconduce al mercado como el actor más relevante en la construcción de las reglas jurídicas (cuyo mundo se nutre de desigualdades estructurales, asimetrías de información y externalidades), relegando así el papel del Estado como regulador (constructor del derecho) y, eventualmente, armador del bienestar social (Estado de bienestar).

Así, es posible ir a un modelo de reemplazo de las leyes y reglamentos (regulación estatal) por reglas creadas por los propios actores (autorregulación) o por consenso entre estos y el Estado (regulaciones consensuadas). Ello supone trasladar parcialmente los principios propios del mercado al mundo del derecho, a saber: elecciones racionales, costos y beneficios, y equilibrio por autorregulación, entre otros.

El dilema entre un derecho administrativo supuestamente decimonónico y un derecho privado igualitario, pujante y renovado, debe ser resuelto por la creación de un nuevo derecho público capaz de incorporar nuevas herramientas, pero fundado en el reconocimiento y extensión de los derechos, propios y de terceros, de modo igualitario.

El análisis económico del derecho

En primer lugar, cabe advertir que el análisis económico del derecho se construye desde la optimización del beneficio individual y los costos/beneficios, según el criterio de racionalidad.

En segundo lugar, creemos que el análisis económico de las regulaciones, según el criterio neoclásico, es inaplicable al derecho administrativo por las siguientes razones: por un lado, el derecho administrativo se apoya en el respeto y distribución de bienes públicos, en cuyo caso es impensado aplicar las reglas del mercado perfecto (criterio de autorregulación). Por el otro, las relaciones jurídicas –más allá de los sujetos directamente involucrados (Estado y particular)– recaen sobre terceros en su carácter de titulares de derechos (derechos individuales y, particularmente, sociales). Ello es así pues cualquier situación jurídica en que el Estado es parte repercute sobre los recursos públicos y los derechos individuales y sociales que el propio Estado debe reconocer y satisfacer a todo el cuerpo social.

En tercer lugar, los derechos sociales son bienes públicos y estos deben ser provistos por el Estado. Cabe recordar que los bienes públicos son aquellos que todos podemos consumir, sin posibilidad de que nadie pueda impedírnoslo, y sin alterar el consumo de los otros. El inconveniente, entonces, es la escasez de ofertas de tales bienes, pues ninguno está dispuesto a pagar por estos, de ahí la dificultad o imposibilidad de dejarlo librado al mercado.

En cuarto y último lugar, nos preguntamos cómo es posible medir en términos de costos/beneficios el valor de un pobre, de un discapacitado o de un excluido.

Las nuevas tecnologías

Por último, respecto de las nuevas tecnologías, el papa afirma que “el paradigma tecnocrático se ha vuelto tan dominante que es muy difícil prescindir de sus recursos, y más difícil todavía es utilizarlos sin ser dominados por su lógica”. Estas tecnologías son simplemente herramientas, útiles y necesarias, pero son incapaces de explicar cuál es el sentido del derecho.

En definitiva, estos caminos alternativos (privatización del derecho, análisis económico y nuevas tecnologías) nos reconducen al mercado y refuerzan la matriz cultural de la razón instrumental.

La necesidad de pensar y construir otra mirada

Creemos que el inconveniente que impide crear o recrear un derecho útil en términos de protección de los derechos y, en particular, el derecho a tener derechos es su raíz o matriz de construcción. Por eso, no es suficiente con la incorporación de instituciones más eficientes e independientes, o nuevas herramientas procesales, o tribunales más ágiles y modernos, sino que debemos hundirnos en las raíces culturales del derecho.

Es cierto que esos pasos son valiosos, e incluso importantes, pero no alcanzan para resolver el problema central. Así, pues, se puede pensar que dentro de esta matriz cultural es imposible romper y recrear otro modelo, porque su propio juego y razonamiento impiden hacerlo.

En efecto, es necesario preguntarnos si nuestras teorizaciones y propuestas acerca del derecho logran romper la lógica de la razón ins-

trumental. Quizás, y paradójicamente, sea posible que reafirmen y consoliden este criterio, e impidan así la capacidad real de hacer justicia.

Al fin y al cabo, proponemos teorías, métodos y técnicas que garanticen efectivamente a las personas sus derechos y a la naturaleza su integridad. Pero nos sentimos impotentes porque –ante el despliegue global de la razón instrumental– el derecho se ha convertido en otro instrumento que, aun con las mejores intenciones, sirve finalmente a intereses “ciegos o demasiado conscientes”.⁹

Quizás el mayor inconveniente es que la razón instrumental posee una lógica propia que impide su ruptura y, por tanto, quedamos atrapados en sus estructuras y modos de razonamiento y resolución de los conflictos.

Como muchas disciplinas y miradas, el derecho debe sacudirse de sus herencias indeseadas, de aquello que erosionó también a la política y a la cultura: la ya criticada visión moderna, tal como la hemos descripto.

Es necesario repensar los fundamentos mismos de nuestro conocimiento y crear un nuevo derecho. Pero, ¿en qué consiste, entonces, ese nuevo derecho? Proponemos algunos puntos de introducción al debate.

El derecho construido sobre bases éticas y filosóficas

Creemos que con el propósito de alcanzar transformaciones concretas, necesarias y urgentes de esta realidad, debemos hundir nuestro pensamiento en los pilares éticos y filosóficos.

En este sentido, el papa afirma que “los progresos científicos más extraordinarios, las proezas técnicas más sorprendentes, el crecimiento económico más prodigioso, si no van acompañados por un auténtico progreso social y moral, se vuelven en definitiva contra el hombre”.

El derecho de propiedad justificado en el beneficio de todos

Por un lado, el derecho de propiedad no debe ser el pivote central de construcción del derecho, sino que debe armonizarse con los otros derechos en beneficio e interés de todos. Así, pues, la matriz del modelo jurídico no debe limitarse al derecho de propiedad y los contratos.

9. Horkheimer, Max y Adorno, Theodor, *Dialéctica del Iluminismo*, Buenos Aires, Terramar, 2012.

Dice el papa que

... la tierra es esencialmente una herencia común, cuyos frutos deben beneficiar a todos [...]. El principio de la subordinación de la propiedad privada al destino universal de los bienes y, por tanto, el derecho universal a su uso [...] y el primer principio de todo el ordenamiento ético-social.

Y añade que “si la Tierra nos es donada, ya no podemos pensar sólo desde un criterio utilitarista de eficiencia y productividad para el beneficio individual”.

El *statu quo*, los grupos de interés y el desinterés de los otros

El derecho debe desarrollar técnicas capaces no sólo de regular y limitar el poder de los grupos más fuertes, sino también de incentivar la participación y el interés de todos en los asuntos públicos. Se trata de crear mecanismos participativos, pero sobre todo de motivar y alentar la participación, particularmente, de los que están fuera del modelo.

Por ejemplo, cabe preguntarse: ¿quién representa a los excluidos?, ¿cuántas personas excluidas han podido estudiar Derecho y ocupar espacios representativos en su construcción?

La mirada del otro

¿Quién es el mejor juez, aquel que es capaz de cumplir con normas de calidad en el desempeño de su trabajo o, quizás, aquel que es capaz de situarse en el lugar del otro? Uno debe ser capaz de convertir el sufrimiento del otro en sufrimiento propio.

El derecho nos exige ponernos en el lugar del otro. Es básicamente situarse en las necesidades del otro, sus frustraciones, sus angustias, sus expectativas: el derecho está allí y sólo ocasionalmente en los códigos. En el otro está el derecho en sus raíces más profundas y certeras, sobre todo en el más desfavorecido.

Sin embargo, el papa advierte que la solidaridad no puede ser reemplazada por las emociones artificiales, pues “nos impiden tomar contacto directo con la angustia, con el temblor, con la alegría del otro y con la complejidad de su experiencia personal”.

Es imposible reflexionar “desde la comodidad de un desarrollo y de una calidad de vida que no están al alcance de la mayoría de la población...”. En este sentido, la falta de contacto físico y de encuentro

“ayuda a cauterizar la conciencia y a ignorar parte de la realidad en análisis sesgado”.

Entonces Francisco concluye que

... en las condiciones actuales de la sociedad mundial, donde hay tantas inequidades y cada vez son más las personas descartables, privadas de derechos humanos básicos, el principio del bien común se convierte inmediatamente, como lógica e ineludible consecuencia, en un llamado a la solidaridad y en una opción preferencial por los más pobres. Esta opción implica sacar las consecuencias del destino común de los bienes de la tierra.¹⁰

Las propuestas creativas y su carácter local

Es importante desarrollar la creatividad en el estudio y construcción del derecho, y esta creatividad debe apoyarse en el contexto local. En efecto, el trasplante de soluciones jurídicas de otros países, y particularmente de otras regiones, es negativo pues parten de otros problemas o –quizás– de problemas similares pero con otros contenidos y alcances. Esto supone no sólo encontrar soluciones más razonables y eficientes, sino también preservar la riqueza cultural de la sociedad.

Así, según el papa, “pretender resolver todas las dificultades a través de normativas uniformes o de intervenciones técnicas lleva a desatender la complejidad de las problemáticas locales [...] deben partir de la misma cultura local”.¹¹

El Estado y el derecho como factores de construcción del modelo social

Quizás, en estos tiempos, el conflicto esté planteado entre el Estado de bienestar y el Estado regulador. Es decir, el Estado con capacidad y decisión de conformar el modelo social (Estado de bienestar) y el Estado simplemente como dador y aplicador de las reglas (Estado regulador).

Por su parte, el derecho no sólo debe evitar malas prácticas, sino alentar aquellas que entiende mejores. El derecho debe ser parte de la construcción de un modelo social inclusivo.

10. Francisco, “Carta Encíclica *Laudato Si'*. Sobre el cuidado de la casa común”, *op. cit.*

11. Ídem.

El derecho como parte de la solución

Es obvio que el derecho no puede por sí sólo encontrar soluciones a los problemas sociales, menos cuando se trate de cuestiones tan complejas y difíciles de resolver, pero sí debe contribuir, junto con otros conocimientos científicos, a construir respuestas satisfactorias.

Es necesario preguntarse si nuestro derecho contribuye a construir las respuestas jurídicas del Estado o simplemente es usado con el propósito de explicar y justificar las decisiones ya adoptadas por él. Esto es, si el derecho es parte de la construcción de las decisiones estatales o es simplemente el modo de justificar (o intentar justificar) tardíamente tales decisiones.

Otro aspecto relevante es hasta dónde puede estirarse el derecho con el propósito de justificar las decisiones de poder. El papa dice que “un factor que actúa como moderador ejecutivo es el derecho, que establece las reglas para las conductas admitidas a la luz del bien común”.

El derecho –desde sus raíces éticas y filosóficas– debe ser un eslabón importante en las decisiones públicas, que coadyuve y condicione, y no constituirse simplemente como un ropaje capaz de justificar posteriormente cualquier acto de gobierno. Así, por ejemplo, según el papa: “un estudio del impacto ambiental (...) tiene que insertarse desde el principio y elaborarse de modo interdisciplinario, transparente e independiente de toda presión económica o política”.

Conclusiones

En conclusión, debemos interpelar al derecho en los siguientes términos. Allí, en el mundo del derecho: ¿dónde está el pobre? y ¿dónde está el excluido?

Pues bien, si no cambiamos la mirada desde las raíces más profundas de nuestro conocimiento y construimos otros paradigmas, sólo seremos capaces de crear nuevos laberintos y no verdaderos caminos alternativos en la búsqueda de una sociedad más igualitaria. Y, si así fuese, volveremos a contestar: ¿acaso el derecho es el guardián del pobre? ¿Acaso el derecho es el guardián del excluido?

El desarrollo sostenible como modo de paliar la economía de exclusión.

Una mirada sistémica desde los derechos sociales

Alejandra Petrella*

Ante todo, quiero agradecer a los organizadores esta invitación. Es un desafío hablar de los nuevos paradigmas del derecho ambiental en un país federal en que el abordaje de la problemática refiere a temas tan diversos como la explotación de los recursos naturales (por caso, la minería a cielo abierto, las emanaciones tóxicas vinculadas al petróleo, la contaminación de los ríos) y la temática urbana (la polución sonora, aérea, el crecimiento desmedido y desordenado de las ciudades, la construcción indiscriminada y sus consecuencias).

Esto importa una mirada multifactorial pero abreva en un eje común –a mi entender– y es que el análisis de la cuestión ambiental está directamente vinculado (como dice el papa Francisco) al deterioro de la calidad de vida humana y la degradación social. Las urbanizaciones “ecológicas” al servicio de unos pocos, los efectos laborales de ciertas innovaciones tecnológicas, la inequidad en la disponibilidad y el consumo de la energía y el agua sólo generan fragmentación social y crecimiento de la violencia.

Por ende claramente estos signos son, al mismo tiempo que problemas ambientales, síntomas de una verdadera degradación social, una ruptura de lazos de integración y comunicación social, tal como sostiene el papa. El modo de paliar estas consecuencias que es la toma de posición respecto a cómo tratar la cuestión ambiental a fin de evitar que tales consecuencias deriven en una economía de exclusión. Cualquier otra mirada sería sesgada y respondería a intereses sectoriales.

* Jueza de la CABA.

Introducción

Desde una perspectiva jurídica, mi análisis de la cuestión ambiental se basa en tres ejes principales:

La inserción del derecho a un ambiente sano dentro del marco de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)

En el sistema de derechos sociales, cada uno se interrelaciona con los otros, y el ambiente los atraviesa a todos (salud, vivienda, educación, trabajo). No podemos evaluar la cuestión ambiental con independencia de las políticas sociales. Ello importa incluir el derecho a un ambiente sano como uno de los derechos de tercera generación, pero absolutamente relacionado con otros derechos básicos, como el derecho a la salud, a la vivienda, al trabajo y, fundamentalmente, a la dignidad de la vida. O sea, incluir el tema en el marco del constitucionalismo social.¹

Cabe preguntarse cómo se inserta en esta a noción el derecho a un ambiente sano. Este movimiento nace como un modo de transformar la realidad. Así, surgen de manera previa los derechos sociales o de segunda generación, que imponen un Estado activo y que se vinculan con la pobreza. Luego aparecen los derechos de tercera generación (a un ambiente sano, entre otros). Esto genera una tensión por la puja entre intereses económicos, jurídicos, políticos que puede implicar resignar la operatividad de ambas clases de derechos. Sin embargo podría afirmarse que, en términos constitucionales, existe una clara relación entre medioambiente y desarrollo humano, entre cultura y medioambiente, entre pueblos y medioambiente.

El derecho ambiental tiene un carácter poliédrico por cuanto se irradia al resto de los derechos sociales, ello así en tanto constituye un “derecho vital”, tal como lo califica Luigi Ferrajoli,² quien sostiene que

... [L]a historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del S. XVIII, al derecho de

1. Álvarez, Fernando, “Medio ambiente y Constitución”, en *El Derecho*, Suplemento de Derecho Ambiental, 18/11/2002, pp. 11-13.

2. ¿Hay algo más vital que el medioambiente?

huelga y a los derechos sociales en las constituciones del SXX, hasta los nuevos derechos a la paz, *al ambiente* a la información y similares hoy en día reivindicados y todavía no todos constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguna de las diversas generaciones de derechos ha caído del cielo, sino que todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y revuelta: primero liberales, luego socialistas, feministas, ecologistas y pacifistas.³

Francisco sostiene que las consecuencias del deterioro ambiental han generado ciudades insalubres para vivir.

Todo ello importa una necesaria ponderación entre los distintos bienes jurídicos como un modo de armonizar todos los derechos. En nuestro país, todavía deben equilibrarse economía y ecología, y articularse mecanismos para que los derechos de segunda y tercera generación se tornen operativos. En ello deben intervenir todos los actores del sistema.

Entiendo que resulta peligroso plantear el problema del derecho ambiental limitándolo al daño a la naturaleza, a la capa de ozono o al ecosistema, relegando a un segundo plano la centralidad del ser humano. Cuando el artículo 41 de la Constitución Nacional (y el art. 26 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires) habla de “ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano”, acepta la noción de que el ser humano forma parte del balance de la naturaleza en una relación de cooperación. No debe protegerse a la naturaleza en sí misma, sino a la salud ambiental en general. El hábitat humano (y obsérvese que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires protege concretamente este derecho) debe ser entendido como el entorno del sistema social donde el hombre vive y se desarrolla.⁴

El derecho al ambiente como derecho de tercera generación es consecuencia de la interrelación de derechos humanos básicos que le dan nacimiento y derechos de incidencia colectiva que priorizan la solidaridad humana. Esta visión sistémica del derecho ambiental dentro del nuevo orden constitucional ya ha sido recogida por la jurisprudencia española.

3. Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales” (trad. por Miguel Carbonell, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, UNAM, N° 15, jul/dic. 2006, p. 116.

4. Risso, Guido, “El peligro autoritario de cierto discurso ambiental”, *LL actualidad*, 12/02/2008.

Así, debemos interpretar de manera sistémica el plexo normativo ambiental dado por:

Los tratados internacionales

- a. El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales,⁵ en su artículo 12.2.c, establece que los Estados parte reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, debiendo adoptar medidas que aseguren la plena efectividad de ese derecho, entre ellas las necesarias para el mejoramiento en todos sus aspectos del medioambiente. También alude a ello la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre.
- b. Cabe también incluir los tratados en cuanto se refieren a los principios de la tutela judicial efectiva (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, arts. 11 y 18; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 8 y 25.1; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 5.1 y 8.1).
- c. La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 29 inciso e, establece que deberá educarse al niño inculcándole el respeto al medioambiente natural.

En este punto, y por conducto de la internalización de los pactos a nuestro derecho (art. 75 inc. 22 de la CN), hoy resulta obligación del Estado nacional y de los Estados provinciales garantizar la protección ambiental. Este criterio fue receptado por nuestra Carta Magna nacional y profundizado incluso por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El texto constitucional de 1994

Resulta difícil definir ambiente sano, pero existe consenso en que ello hace referencia al equilibrio ecológico, que es la disposición de las propias fuerzas de la naturaleza. Cada habitante tiene derecho a que otros no alteren significativamente el ambiente en perjuicio de su salud o del equilibrio ecológico reseñado. El ambiente debe ser apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan

5. Incorporado a nuestra normativa por Ley N° 23313.

las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras: esta es la definición de lo que se ha dado en llamar “desarrollo sustentable”. Parte de la idea de reconocer un derecho natural del hombre a desarrollarse individual y socialmente y a disponer para ello de los recursos naturales.

El ambiente en el texto constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La Constitución de Buenos Aires trata el tema en su “Capítulo Cuarto: Ambiente”. El artículo 26 afirma que: “El ambiente es patrimonio común”. Los posteriores establecen la necesidad de realización de audiencias públicas y la evaluación de impacto ambiental como obligatoria.

Con las normas locales acontece lo mismo que con las nacionales, existe una copiosa legislación, aunque tal abundancia de normas no se asocia a su eficacia, y resulta poco sistemática y parcial.

Ecosistema, tal como sostiene Francisco, implica una visión sistémica de la cuestión ambiental.

Ambiente sano y el derecho a la dignidad humana

Este andamiaje jurídico, en consonancia con la realidad, implica que la violación al derecho a un ambiente sano podría importar la violación al derecho a la dignidad humana. Este concepto está inserto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN).

La dignidad humana, tomada como soporte del derecho internacional de los derechos humanos, imprime una inequívoca preferencia por la protección de las personas en situación de marginalidad, vulnerabilidad, desventaja, exclusión y pobreza, entre otras expresiones, como la de minorías, siempre insuficientes, desde que –como lo ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– la extrema pobreza y la exclusión constituyen una violación de la dignidad humana.

El concepto actual de dignidad humana no niega la existencia de desigualdades entre los individuos. Lo que sí niega es que esas desigualdades naturales y sociales sean la justificación de un tratamiento desigual por parte de las instituciones o de un trato degradante entre los individuos. Cada uno merece respeto por el mero hecho de ser humano.

Tal afirmación recuerda la base de la definición moderna de la dignidad que aparece en Kant:

... la humanidad misma es dignidad: porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad) en virtud de la cual se eleva sobre todas las cosas...⁶

El criterio de abordaje de la dignidad humana se funda en tres caracteres: es un concepto integral, es una variable –ya que depende del contexto económico, político y socioambiental, que varía según cada época determinada– y puede sostenerse que el concepto está en ampliación permanente. Además es operativo, dado que su atribución legal fundamental es la responsabilidad del Estado y la garantía de las personas. Es un concepto pluridimensional cuya definición, alcance y precisión jurídica varían de un Estado al otro en diversas dimensiones, pero no hay duda acerca de su carácter relacional, ya que la dignidad de la persona humana debe ser interpretada como el reconocimiento de una naturaleza determinada, merecedora de una consideración y un respeto específicos y distintos de los que pudiera recibir cualquier otra entidad existente, por su carácter troncal respecto de los demás derechos y libertades.

En este sentido sostiene el papa Francisco que la ecología humana es inseparable de la noción de bien común, un principio que cumple un rol central y unificador en la ética social. Tanto la experiencia común de la vida ordinaria como la investigación científica, demuestran que los más graves efectos de las agresiones ambientales los sufre la gente más pobre (por caso, el agotamiento de los recursos ictícolas hace que quienes viven de la pesca artesanal no tengan con qué reemplazarla; o la contaminación del agua, que no puedan comprarla quienes menos tienen), lo cual genera una verdadera economía de exclusión en violación a la dignidad humana, especialmente de los más vulnerables.

Por ello el Estado debe tener presencia, y de allí el tercer eje de mi análisis.

6. Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres* (traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho), Madrid, Tecnos, 1989, p. 335.

La necesidad de integrar la cuestión ambiental a la agenda pública

Hoy, lamentablemente, quizás porque en países como el nuestro las cuestiones estructurales quedan postergadas a la luz de las coyunturales, los temas ambientales no integran las políticas públicas. Sería deseable que el tema del cuidado ambiental constituyera una política de Estado, dado que por conducto constitucional el Estado debe ser el garante del derecho a un ambiente sano (art. 43 de la CN) y por lo tanto deberían diseñarse políticas que persiguieran tal fin.

En tal sentido, hablar de las obligaciones estatales implica remitirse al segundo párrafo del artículo que estipula las funciones estatales en la administración de los bienes comunes y conforme los distintos niveles estatales (nación, provincia, municipio). El Estado debe proveer a la protección del derecho y lo conducente al ordenamiento ambiental.

Así, la conservación del equilibrio ambiental es una responsabilidad intransferible de los poderes públicos. Desde esta perspectiva –sabemos que clásicamente el Estado es quien ostenta el monopolio del uso de la fuerza– existe un monopolio público de la tutela ambiental. No deben tomarse como norte –vaya el paradigma– aquellos países desarrollados que imponen una opinión pública de fuerte carácter proteccionista en cuanto al ambiente pero que asientan sus procesos de producción en otros, donde el costo ambiental es bajo o poco significativo.

En este orden de ideas, se podría enunciar una suerte de categórico que dijera: “actúa de tal modo que los efectos de tu acción no destruyan la posibilidad futura de vida” (el derecho ambiental como derecho intergeneracional).

Ya hace años, la Corte Suprema de Justicia, en la causa “Subterráneos de Buenos Aires c/Propietario de la Estación de Servicio Shell”,⁷ ha sostenido que existe un orden público ambiental indisponible, inalienable, en el que se encuentran involucrados derechos y garantías biológicas y sociales. Los derechos de tercera generación son consecuencia de la interrelación de los derechos personales humanos y razones de solidaridad que le dan nacimiento.

7. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, sentencia del 01/10/1999.

La relación entre el derecho ambiental y los intereses públicos –razón por la que entiendo que el tema debe integrar la agenda de los gobiernos, con políticas públicas dictadas en consecuencia y con fundamento en el claro mandato constitucional– remite al orden público ambiental, que se traduce en:

1. La prevalencia de los intereses públicos: la primacía del aspecto *iuspublicista* constituye uno de los caracteres del derecho ambiental, dado que apunta a la defensa de bienes de interés general no susceptibles de negociación o renuncia entre las personas.
2. La cuestión vinculada a los derechos de incidencia colectiva en la medida en que estos constituyen aquellos que, más allá del interés individual o social, tienen como portadores o centros de referencia a todos los sujetos de una comunidad o una serie indeterminada de individuos. Ello encuentra vinculación, pero va más allá del derecho subjetivo y el interés legítimo tutelado por el derecho administrativo.
3. Poder de policía ambiental: dado que el principal deber del Estado es cuidar el entorno humano, las herramientas que utiliza para ese cometido consisten en el ejercicio del poder de policía y de la función de policía. Ambas se encuentran presentes cuando se regulan, fiscalizan y sancionan las conductas real o potencialmente causantes de la degradación ambiental. El poder de policía, dada su característica actividad fiscalizadora y eventualmente sancionadora, constituye un marco adecuado para cuidar la vigencia de uno de los principios rectores del derecho ambiental: el precautorio. Considerando que el ambiente es un valor constitucional, su protección estará dada por el poder de policía (en cuanto a la producción normativa) y por la función de policía (en cuanto a la tutela de ese bien jurídico por conducto del poder administrador. Los medios de ejercicio del poder de policía ambiental son las clásicas obligaciones de: no hacer (por ejemplo, cuando se prohíben los incineradores domésticos en edificios), de tolerar (por ejemplo, cuando particulares son atravesados por desagües cloacales o canales) o de hacer (por ejemplo, cuando la autoridad ambiental exige la colocación de compactadores de residuos). También la aplicación de sanciones a quienes

desconozcan las disposiciones, tales como multa, decomiso, revocación de la autorización, clausura.

4. Noción de patrimonio común: esta noción vinculada a los bienes históricos, culturales y ambientales se encuentra estrechamente vinculada con lo expuesto. Es una variable de derechos públicos que el propio artículo 26 CCABA dispone en su encabezamiento, al establecer que “el ambiente es patrimonio común”.
5. Regulación de obras y servicios públicos: otro punto de contacto entre ambas disciplinas lo constituye la cuestión medioambiental como factor prioritario, en virtud de la facultades reglamentarias de los entes de control y la internalización de las externalidades ambientales.

Sin embargo, como sostiene la Encíclica *Laudato Si'*, pese a la muerte de muchos pobres en conflictos generados por falta de recursos, la problemática no tiene espacio suficiente en las agendas del mundo.

Desarrollo sostenible y economías inclusivas

Lo dicho hasta acá importa una ecología integral, que incorpore las dimensiones humana y social, justamente porque “medioambiente” indica particularmente la relación existente entre la naturaleza y la sociedad que la habita.⁸

Los análisis económicos –que permitan un desarrollo sustentable real– deben basarse en nuestro continente en tres componentes básicos: social, ambiental y económico. Compartimos la visión del papa Francisco sobre que nuestra respuesta al cambio climático y la degradación ambiental no puede estar exclusivamente definida por la ciencia, la tecnología o la economía, sino que se trata también de un imperativo moral.

No podemos dejar de lado a los más pobres del planeta, ni a los más vulnerables, que son quienes más están sufriendo los cambios que vemos que se están produciendo. La protección del medioambiente debe hacerse teniendo en cuenta los intereses de las generaciones presentes

8. Conforme Francisco, “Carta Encíclica *Laudato Si'*. Sobre el cuidado de la casa común”, *op. cit.*, p. 118.

y las futuras. Por otro lado, el criterio del desarrollo sostenible que surge del texto constitucional nacional, y expresamente de la Constitución local, implica la armonización entre dos términos: economía y ecología.

Tal criterio, además, deriva del *Informe Brundtland*. La principal causa de las preocupaciones ambientales radica en la disociación entre los dos conceptos que integran el de desarrollo sostenible. La falta de convergencia entre economía y ecología, y la estrategia represiva y reparadora (que circulan por cauces netamente jurídicos) implican dificultades para los aplicadores del derecho. El problema es que ni los economistas ni los ecologistas son capaces de medir la importancia de una agresión al ambiente y trasladar tal estimación a unidades monetarias. La armonización entre los conceptos es lo que hace al desarrollo sostenible.

Tal como sostiene Francisco, se impone la necesidad de una ecología económica capaz de obligar a considerar la realidad de manera más amplia, porque la protección del medioambiente debe constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no considerarse en forma aislada. Al mismo tiempo, se vuelva actual el enfoque desde un humanismo que convoca a los distintos saberes hacia una mirada integral e integradora inseparable de los contextos humanos. En definitiva para evitar la exclusión social, el papa propone una ecología económica y social pero también cultural y de la vida cotidiana.

Conclusiones

Según lo hasta aquí expuesto, existen instrumentos que permiten ejercer adecuadamente el cuidado del ambiente, sin embargo, no existe una política de Estado en materia ambiental. Las grandes urbes, como la Ciudad de Buenos Aires, enfrentan problemas propios en la materia: los residuos urbanos, la polución ambiental, el diseño urbanístico racional según las zonas y las necesidades, entre otros.

Garantizar el efectivo goce de los derechos personalísimos –como son la vida y la salud del ser humano– reconocidos por nuestra Carta Magna, así como los tratados internacionales, es obligación de las autoridades. En ello, es deber del Poder Judicial preservar estos derechos y velar por su cumplimiento. Así, por ejemplo, los jueces de la Ciudad de Buenos Aires tienen un compromiso con el cuidado del ambiente

por cuanto así lo exige la autonomía en pos de la cual han sido designados. Creo que los jueces de la Ciudad han asumido ese claro compromiso. Sin embargo, llegar a la judicialización del problema ambiental implica que a pesar de las miles de normas ambientales existentes, ellas son infringidas. Tengo para mí que la manda constitucional estará cumplida cuando los jueces no tengamos que ocuparnos de obligar a nadie a cumplir con la preservación ambiental. Suena imposible, pero me enrolo entre los que piensan que las cosas pueden cambiar.

Voy a cerrar con una frase de Francisco en la Encíclica *Laudato Si'* que para mí refleja lo que quise decir hasta acá:

... hoy no podemos dejar de reconocer que un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social, que debe integrar la justicia en las discusiones sobre el ambiente, para escuchar tanto el clamor de la tierra como el clamor de los pobres.

La Encíclica *Laudato Si'* y sus proyecciones jurídicas: el caso de litigios sobre derechos económicos, sociales y culturales

Mariana Pucciarello*

La Encíclica

Las encíclicas son cartas públicas y formales, escritas por el papa, con contenido doctrinal, originalmente dirigidas a la comunidad católica. Sin embargo, cuando poseen connotaciones sociales, económicas o políticas, es sabido que llegan a un público más amplio. Estas cartas también denotan la importancia dada por el papa a ciertos temas.

Aunque no están concebidas como documentos con efectos jurídicos directos, lo cierto es que su influencia en este campo existe y no es nueva. Un buen ejemplo es la Encíclica *Rerum Novarum* de 1891, a partir de la cual se viene consolidando una doctrina social cuyas repercusiones en el campo de los derechos sociales, particularmente en el derecho del trabajo, es evidente.¹

La Encíclica *Laudato Si'* está claramente inscripta en la continuación de esta doctrina y sus derivaciones políticas y jurídicas son claras. Describe dos realidades profundamente interconectadas entre sí: el sufrimiento de los pobres y el sufrimiento de la Tierra como ecosistema global. El documento se propone mostrar la incompatibilidad entre lo verdaderamente humano y el modelo social y económico imperante, con el cual relaciona a esas dos realidades. En uno de sus pasajes más significativos, el documento consigna que

Existen formas de contaminación que afectan cotidianamente a las personas. La exposición a los contaminantes atmosféricos produce un amplio

* Abogada (UBA), Doctora en Derecho (UCLM, España), Defensora ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA.

1. Álvarez de la Rosa, Manuel, "La Encíclica *Rerum Novarum* y el catolicismo social ante el contrato de trabajo", en Rojas Rivero, Gloria (coord.), *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Bomarzo, 2012, pp. 11-33, entre muchos otros.

espectro de efectos sobre la salud, especialmente de los más pobres, provocando millones de muertes prematuras [...]. Estos problemas están íntimamente ligados a la cultura del descarte, que afecta tanto a los seres humanos excluidos como a las cosas que rápidamente se convierten en basura.

Desde el punto de vista jurídico, cabe preguntarse cómo puede ser que la cultura del descarte de seres humanos sea una realidad en el siglo XXI, luego de varias oleadas de constitucionalismo, que terminaron por reconocer la existencia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC) y de otros derechos de tercera y cuarta generación.

Consagración de los derechos económicos, sociales y culturales y la situación actual

Hay que recordar que la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la derrota de los fascismos hizo resurgir el modelo democrático que permitió recuperar algunos de los elementos más avanzados del constitucionalismo social y democrático de la primera posguerra. En virtud del nuevo escenario, las fuerzas capitalistas aceptaban distribuir parte de los excedentes obtenidos a través de políticas fiscales razonables y un cierto nivel de derechos sociales, y se comprometían a aceptar la existencia de libertades sindicales y políticas relativamente amplias. A cambio de ello, las fuerzas del trabajo mayoritarias renunciaban a plantear, en términos democráticos, la superación de la lógica capitalista. Ello suponía, fundamentalmente, moderar la conflictividad y respetar la intangibilidad de la propiedad privada de los grandes recursos productivos y de intercambio.

Esto fue plasmado en el derecho internacional de los derechos humanos y en las Constituciones modernas. Así como el derecho del trabajo buscó dar respuesta al problema de la cuestión social derivado de la Revolución Industrial, la consagración de los derechos humanos busca dar un estatuto de ciudadanía social a cada ser humano.

Sin embargo, como señala Pisarello, esta primavera democratizadora duró poco.² En la actualidad se asiste a un proceso que Ferrajoli

2. Pisarello, Gerardo, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011, p. 139.

llama *desconstitucionalización*,³ que aunque aparece muchas veces consentido por mayorías populares, constituye un rechazo del paradigma de Estado constitucional de derecho como sistema de vínculos legales impuestos a cualquier poder. Para su conjura, propone cuatro órdenes de garantías como remedio a las crisis que pueden ser afrontadas en el plano político y cultural, y para los que hace falta un fuerte compromiso de pedagogía civil, dirigido a dar un nuevo fundamento en el sentido común a los valores del constitucionalismo democrático, es decir: el pluralismo político, la separación de poderes, el principio de igualdad y la dignidad de las personas, y el papel de defensa de los derechos y de los intereses generales, que además del político y cultural, deben ser afrontados en el plano jurídico. Dentro de este plano, menciona una revitalización de las instituciones representativas, un sistema eficiente de separación de poderes de gobierno y entre poderes políticos y económicos, libertad de información, etcétera.

También Boaventura De Sousa Santos⁴ postula la necesidad de volver a compartir ciertos valores y el papel fundamental que quienes han accedido a niveles superiores de formación tienen en esa tarea.

Reflexiones para los operadores jurídicos

En mi opinión, la lucha contra la cultura del descarte interpela seriamente a los operadores jurídicos. Esta interpelación se debe dar particularmente en los tribunales provinciales y de la CABA, pues es ante ellos que se sustanciarán los litigios en los que debatan los DESC conforme la distribución constitucional de competencias. Por ello, estos tribunales serán los escenarios naturales sobre efectividad de los DESC.

La situación privilegiada de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respecto del resto de las jurisdicciones locales en cuanto al presupuesto,

3. Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 83-84.

4. El autor reformula la tesis once de Marx con el siguiente contenido: "Los filósofos, filósofas, cientistas sociales y humanistas deben colaborar con todos aquellos y aquellas que luchan contra la dominación en el sentido de crear formas de comprensión del mundo que hagan posibles prácticas de transformación que liberen conjuntamente al mundo humano y al mundo no humano". Concluye señalando que esta redacción es menos elegante que la original, pero que tal vez resulte más útil. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/96589-la-nueva-tesis-once>

capital humano y recursos disponibles de todo tipo también apareja una mayor responsabilidad en el cumplimiento de estos derechos, la cual es extensiva a sus tribunales. De hecho, estos deberían funcionar como un interesante laboratorio en el que se compruebe la efectividad de los DESC y las dificultades de su aplicación. En algún momento este esquema pareció funcionar, no sólo en materia de derecho a la vivienda, sino también en muchos otros aspectos, como salud reproductiva, educación y derecho a la información. En el presente, el esquema no se presenta tan auspicioso.

Algunos componentes de la efectivización de los DESC no han sido debidamente metabolizados por los tribunales. Es necesario que ello ocurra rápidamente pues los tribunales constituyen la frontera última para evitar la responsabilidad internacional del Estado por su incumplimiento.

Algunos ejemplos de ajustes requeridos en los procesos sobre los derechos económicos, sociales y culturales y otras consideraciones a tener en cuenta

La situación de vulnerabilidad que frecuentemente presentan quienes recurren a los tribunales para hacer valer sus DESC genera situaciones no contempladas en los ordenamientos procesales, o bien la necesidad de ajustes en los aspectos regulados.

Una situación recurrente es la de las personas con padecimientos mentales que no tienen el apoyo necesario, sea familiar o jurídico, para hacer valer sus derechos. Es el caso, por ejemplo, de las personas que no reconocen tener este tipo de enfermedades y se niegan a realizarse pericias médicas, o bien una vez hechas y constatada la enfermedad, no habilitan al defensor a presentarlas. Son litigios en los que la presentación de esas pericias equivale a obtener un pronunciamiento favorable, por ejemplo en materia de asistencia habitacional, porque por la gravedad del padecimiento resulta aplicable la doctrina “K., M.P.”, es decir la que reconoce asistencia de vivienda a las personas con discapacidad (con mayor amplitud que en otros casos). Muchas veces estas pruebas pueden presentarse fuera de la etapa procesal oportuna, pero deberían ser consideradas en virtud del principio de la búsqueda de la verdad material y a la situación de vulnerabilidad de estas personas.

Otra circunstancia común de las personas con padecimientos mentales es que necesiten un acompañante para realizar numerosas actividades de la vida cotidiana. Sin este servicio, muchas veces no pueden ejercer ningún derecho y es importante que se disponga como condena complementaria, aunque no figure dentro del objeto.

También ocurre que las personas en situación de vulnerabilidad económica presentan desconfianza frente a los poderes públicos (probablemente producto de la falta de respuestas oportunas) y no brindan información que es importante para iniciar una acción judicial, pero a lo largo del proceso puede ser que esa situación cambie. O bien que no sepan que ciertas circunstancias son importantes para ganar un proceso y omitan cierto tipo de datos que aparecen luego de trabada la litis y que, por ello, su incorporación al proceso resulte extemporánea en términos formales.

En los casos de litigios sobre derecho a la vivienda, hay que plantearse que si el gobierno de la CABA está condenado a dar una solución habitacional, no hay inconveniente en que se incorpore en el pleito otro ente, como el Instituto de Vivienda o el Banco Ciudad, aunque no hayan sido demandados, pues están en la órbita del gobierno, quien puede impartirles órdenes mediante los representantes que posee en sus directorios.

Es pertinente recordar que el programa habitacional del Decreto N° 690/06 no capta a todas las personas que están en situación de calle efectiva en la CABA. Ello se debe fundamentalmente a que uno de los requisitos para acceder al beneficio es ser residente de la CABA con una antigüedad mínima de dos años, lo cual no se tiene por acreditado por el mero hecho de estar en la calle en la ciudad.⁵ La coincidencia del signo político de los gobiernos de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires no ha servido como flexibilizador de ese requisito, al menos hasta ahora.

5. El artículo 11 del Decreto N° 690/06 tiene el siguiente texto: "Para la obtención del subsidio creado por el presente decreto se requiere: a) encontrarse en 'situación de calle' de conformidad con lo establecido en el artículo 4°; b) ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de dos (2) años; c) poseer ingresos menores a la línea de pobreza fijada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), u organismo local competente que se establezca; d) presentar la documentación exigida por las normas reglamentarias del presente decreto, a fin de acreditar los requisitos necesarios para acceder al Programa; e) estar inscriptos en el Registro Único de Beneficiarios".

En consecuencia, una gran cantidad de personas en situación de calle quedan fuera del beneficio debido a que han nacido fuera de la ciudad o poseen en sus documentos de identidad un domicilio fuera de la ciudad. Además, quienes acceden reciben un tipo de ayuda limitada, no exenta de problemas de ejecución. Cabe recordar que el otorgamiento de un subsidio habitacional regulado por el Decreto N° 690/06 y modificatorios consiste en la entrega de un monto mensual (actualmente hasta \$4000), que únicamente puede utilizarse en hoteles que claramente distan de ser un hogar ni un lugar apto para vivir de manera permanente o para tener una familia.

Un paliativo a esta situación sería que el Banco Ciudad de Buenos Aires otorgara complementariamente seguros de caución y asegurara así su propia obligación. Desde el Ministerio Público de la Defensa de la CABA, se han hecho varias gestiones extrajudiciales de ese tipo sin resultado favorable, lo cual es lamentable porque una solución de este tipo también aportaría como beneficio adicional la baja en los montos de los alquileres, particularmente de los más caros, como en los casos de familias numerosas (alquilar dos habitaciones en un hotel es más caro que alquilar un departamento de tres ambientes).

Estos programas también adolecen de la falta de asistencia para superar la condición de vulnerabilidad. Se entrega el monto y se libra a la persona a su suerte. Esto no es activismo, es simplemente entender que la imparcialidad no es neutralidad en materia de compromiso con el cumplimiento de estos derechos.

¿Cómo es el tratamiento judicial de un derecho social? El caso del derecho a la vivienda en los tribunales penales y no penales

a) Estándares fijados por los tribunales de Primera Instancia y la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (CAyT)

Como ya hemos señalado en otras oportunidades,⁶ los casos relativos a vivienda y a personas en situación de emergencia habitacional

6. Pucciarello, Mariana, “El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires” (columna de opinión), *Thompson Reuters*, 4 de septiembre de 2012. Disponible en:

comenzaron a presentarse en el fuero como un problema típicamente administrativo: la falta de condiciones de habitabilidad de los hoteles que habían realizado convenios con la CABA a fin de proporcionar alojamiento a las personas en riesgo por falta de viviendas y la consiguiente imputación de falta de control administrativo. La importancia de la actuación del fuero consistió en el uso de todas las posibilidades probatorias que el código procesal aplicable permitía, en particular la realización de inspecciones oculares en los lugares de alojamiento, actividad que contribuyó notablemente a formar una adecuada convicción de los magistrados y evitar la producción de pruebas innecesarias o inconducentes.

Mediante prueba de informes, también se intentó obtener datos sobre la forma de gestionar los planes, estrategias de seguimiento y de egreso de los lugares de alojamiento, grado de cumplimiento de los objetivos planteados en las normas reglamentarias, entre otros temas, aunque sin resultado favorable.⁷ Con la variación de los programas de emergencia habitacional también se fueron modificando los contenidos de los casos.⁸ En la actualidad se orientan, más bien, a lograr la

<http://thomsonreuterslatam.com/2012/09/04/doctrina-del-dia-el-derecho-a-la-vivienda-en-la-ciudad-de-buenos-aires/>

7. En la causa N° 2963 del Juzgado CAyT N° 3, cuyo objeto era similar al caso “C.” más abajo citado, la Fiscalía CAyT N° 1 –en aquel momento a cargo de quien suscribe este artículo– solicitó a la CABA información sobre los siguientes puntos: presupuesto asignado a cada programa habitacional, detalle del personal asignado para la ejecución de cada programa, informe sobre la modalidad de selección del personal, nivel de capacitación y condiciones de la contratación, medios materiales asignados a cada programa, constancias de las evaluaciones de los casos ingresados a los programas, circunstancias meritadas para el ingreso y registro de la evolución, modalidad de egreso de los planes y registro de los casos egresados, evaluación de los programas y nivel de cumplimiento de los objetivos, informe sobre la articulación de los distintos programas del área de Promoción Social y acciones y propuestas llevadas a cabo a raíz de la diagnosis y pronosis de la problemática abordada por los programas (Dictamen N° 1884 del 23/08/2001). Este pedido de informes se realizó en muchos de los expedientes relacionados con el tema, en todos los casos sin resultado.

8. Algunos ejemplos de casos de aquel momento son los siguientes. Caso “C., J. y otro s/amparo”: los actores reclamaban por la intempestiva decisión de la CABA de poner fin a los programas sociales en los que se encontraban incluidos, sin atender las condiciones de elevado riesgo social en que alegaban encontrarse. Solicitaban, en concreto, permanecer dentro de los planes de emergencia hasta lograr el cumplimiento de los objetivos de los programas. Asimismo reclamaban el cumplimiento de las normas en materia de habilitación comercial del hotel en que se encontraban alojados, al que le imputaban graves deficiencias edilicias. Señalaban además que desde el punto de vista del gasto público, la gestión de los programas era deficiente. El fallo hace hincapié

continuidad de los subsidios habitacionales que se otorgan por un tiempo limitado, mientras subsistan las condiciones de emergencia o de riesgo. Otro tema relacionado con la vivienda que se planteó en numerosos casos del fuero CAyT fue el relativo a la desocupación de los bienes del dominio privado del Estado. En estos casos, el encuadre se vinculaba con el debido proceso durante el proceso judicial de desalojo.⁹

En este momento, la actualidad de estos juicios en el fuero CAyT pasa por la aplicación en instancias inferiores del fallo del Tribunal Superior de Justicia relativo al cercenamiento del número de beneficiarios en función de la edad, grupo familiar y estado de salud. Abordaremos este tema en el acápite c) de este punto.

en la efectividad de los derechos sociales, excluyéndolos de las normas programáticas. Señala que si bien el derecho a la vivienda no se traduce en posibilidad de exigir una vivienda en propiedad, reputa “inaceptable” que una vez incluidas las personas en un determinado programa, el poder administrador pueda desentenderse de ellas con la simple manifestación de que no resultan obligaciones exigibles. Destaca que los planes de emergencia habitacional constituyen normas jurídicas que, como tales, deben ser cumplidas (Causa N° 3006/o, sentencia del 09/04/2003, Juzgado CAyT N° 3). Caso “B. P., A. s/amparo”: La actora solicitó la extensión temporal del subsidio por vivienda, atento hallarse imposibilitada de insertarse en el mercado laboral por padecer glaucoma y trastorno bipolar, además de tener un hijo a cargo. Si bien los hechos no difieren de muchos de los casos planteados ante el fuero CAyT, el fallo es interesante por la exhaustividad con la que repasa la normativa nacional e internacional aplicable, además de profundizar en la función social de la propiedad y en cuestiones presupuestarias (Causa N° 41.471 del Juzgado CAyT, sentencia del 05/10/2011).

9. “Comisión Municipal de la Vivienda c/F., M. I. s/desalojo”: la actora solicitó el desalojo de un bien de su propiedad en el marco del artículo 463 del CCAyT. Este artículo regula el trámite de los bienes del dominio privado del Estado mediante una intimación a los ocupantes, con la carga de restituir el bien dentro del término de diez días corridos. En caso de incumplimiento, se prevé que la autoridad administrativa requiera judicialmente el desalojo. El tribunal deberá verificar el cumplimiento de los recaudos previstos en el primer párrafo del artículo y, “sin más trámite” ordenar el lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública. Debido a que en el inmueble vivían niños, en la causa actuó el asesor tutelar del fuero, quien solicitó la inconstitucionalidad del artículo en cuestión por violar el derecho de defensa en juicio (entre otros argumentos). El tribunal admitió la legitimación del citado magistrado y declaró la inconstitucionalidad del artículo 463 CCAyT en la parte pertinente, y en forma previa al lanzamiento allí previsto, se ordenó correr traslado de la demanda (causa N° 3812/o del Juzgado CAyT N° 12, sentencia del 30/04/2002, confirmada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero en fecha 11/10/2002 –no obstante el dictamen en sentido contrario de la Fiscalía de Cámara de fecha 17/07/2002–. Este fallo también fue confirmado por el Tribunal Superior de Justicia en fecha 29/04/2003.

b) Abordaje del fuero Penal, Contravencional y de Faltas (PCyF). La tutela del espacio público: la tradicional figura de la usurpación y la “novedosa” imputación a personas en situación de calle por violación de domicilio y por daño

Desde el fuero PCyF, el abordaje del derecho a la vivienda de personas en riesgo habitacional es muy diferente. Como es obvio, ello se debe a que la tutela de la propiedad pública y privada transforma en delinquentes a quienes se sirven de bienes públicos¹⁰ o

10. Caso “P. O., D.” (Juzgado PCyF N° 26 y Sala I Cámara de Apelaciones PCyF): se trata de la ocupación de un predio del dominio público de la CABA denominado “Parque Indoamericano”. Los ocupantes refieren haber hecho ocupación del predio como protesta en reclamo por viviendas, mientras que el fiscal determinó *prima facie* la existencia del delito de usurpación previsto por el artículo 181 del Código Penal de la Nación. La jueza PCyF interviniente hace lugar al desalojo solicitado por el fiscal actuante (en fecha diciembre de 2010) y, posteriormente (en fecha marzo de 2011), declara la “inexistencia de delito”, rechaza el pedido de allanamiento realizado por los fiscales que se incorporaron a la causa a fin de reforzar la actuación del que actuó en primer término y solicita el archivo de la causa. La decisión se basó, fundamentalmente, en la falta de encuadramiento dentro del derecho penal de las conductas denunciadas. En concreto, la sentencia destaca que por tratarse de un predio de carácter público, no es pasible de apropiación por ningún medio, ni tampoco los imputados “podrían haber privado del dominio a nadie de su posesión”. Cabe hacer notar que la decisión difiere del criterio del Tribunal Superior de Justicia, que había otorgado competencia a la justicia PCyF para intervenir en la cuestión ante el planteo de un conflicto negativo de competencia trabado con el fuero CAyT. A raíz de esta actuación, la jueza interviniente fue apartada del caso y denunciada penalmente (aunque finalmente fue sobreseída). La actuación de la magistrada fue objeto de numerosas referencias en los medios de comunicación, hecho que contrastó con la escasa atención que estos brindaron a la llevada a cabo por el Ministerio Público Fiscal. En julio de 2011, de conformidad con lo solicitado por el fiscal de Cámara, la Sala I de la Cámara PCyF revocó la decisión de la jueza de grado (ver “Solución habitacional macrista”, en *Página/12* del 17/04/2012). Las consideraciones tenidas en cuenta por el fallo destacan que la propiedad de los bienes públicos está acompañada de posesión y que, como tal, se encuentra tutelada por la figura de la usurpación prevista por el artículo 181 del CP. Esta norma, en definitiva, tutela “todo derecho patrimonial que se ejerza sobre un inmueble” (párrafo b del fallo mencionado). El juicio continúa en trámite actualmente. Hay que recordar que en el código de procedimiento penal de la CABA, es el Ministerio Público Fiscal quien ejercerá “la acción pública y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran” (art. 4, Ley N° 2303). El fiscal que solicitó el desalojo del predio contra más de doscientas familias que dejó un saldo de dos muertos (según figura en la nota del 11/12/2010 publicada en el diario *Clarín* sobre la violencia en Villa Soldati, “Paso a paso”) no era titular, sino que se trataba de un subrogante designado según el procedimiento de la Resolución General FG N° 178/07. Allí se prevé la realización de

privados¹¹ sin autorización. No llama la atención que el derecho penal tutele el derecho de propiedad pero sí que no existan mecanismos tendientes a evitar la penalización de personas sin techo. En efecto, muchas de estas situaciones tienen origen en el abandono de estas personas por parte de los poderes públicos, aspecto que no es generalmente considerado en los procesos penales.

Más recientemente, se han producido casos en que las personas sin techo, por el mero hecho de dormir dentro del recinto donde funcionan los cajeros automáticos, han sido imputadas por los fiscales por la comisión del delito de violación de domicilio y de daño.¹² Afortu-

un concurso *ad hoc* realizado en el seno de la Fiscalía General, mediante un jurado designado por el fiscal general y por los magistrados que figuran en la resolución. Es decir que se trata de funcionarios subrogantes que ejercen el cargo de fiscal sin haber pasado por el exigente procedimiento diseñado por la Constitución local para designar magistrados en la CABA. El mecanismo de designación tampoco ha sido objeto de regulación legal, como ocurre a nivel nacional. La Resolución se apoya en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Rosza”. Sin embargo, de hecho, la situación de la justicia penal nacional dista notablemente de la situación de la local. Es sencillo verificar si la Resolución presenta una adecuada relación entre medios y fines a partir de la consulta de las estadísticas del fuero PCyF disponibles en el sitio *web*. La omisión del procedimiento constitucional se traduce en la ausencia de las garantías de intangibilidad de la remuneración y de estabilidad, garantías que acompañan la necesaria independencia requerida para el ejercicio del cargo. En el caso mencionado, la actuación del fiscal subrogante fue “reforzada” con la actuación de dos fiscales designados por concurso, con posterioridad a los graves hechos acontecidos luego de la judicialización del caso. Otro caso de usurpación fue “Inc. de apelación en autos NN (Av. Riestra y Portela) s/infr. art. 181 inc. 1 CP”.

11. Caso “Legajo de juicio en V.; J.A. y otros s/ infracción art. 181, usurpación” (Causa N° 0057516-02-00/09 del Juzgado PCyF Nro. 20), sentencia del 12/12/10 revocada por la Sala II del fuero en fecha 7/12/10 (elDial.com-AA688B, publicado el 24/2/11). Una persona que se presenta como propietaria de un inmueble ubicado en el barrio de San Telmo formula una denuncia contra un intruso, quien tiempo atrás había ocupado la vivienda de manera legítima por permiso del denunciante. Cuando se libra la orden de allanamiento a fin de identificar y notificar a los ocupantes del predio, se constata que el mismo era ocupado por al menos 4 familias con niños compuestas por personas diferentes de la denunciada. En primera instancia se tiene por probado el despojo sufrido por el propietario. En la causa fue permitida la intervención de la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) en calidad de “amicus curiae”. En 2da. Instancia se revoca el fallo por no haberse acreditado que los ocupantes del inmueble hayan sido quienes despojaron al propietario de su derecho al uso y goce del inmueble.

12. Causa MPF N° 119099 caratulada “F., S. s/ art. 183 CP”, (Fiscalía PCyF N° 38, Juzgado PCyF N° 22), en el que una persona fue imputada por daño por romper la puerta de blindex de un cajero automático de un banco, en cuyo recinto pernoctaba. Esta persona había tenido un subsidio habitacional durante el año 2010 y tiene necesidad de renovarlo, por

nadamente algunos fallos dan cuenta de la situación extrema de estas personas y encuadran los casos que involucran a personas indigentes en la figura del estado de necesidad justificante (art. 34, inc. 3, CP).¹³

c) Intervención del Tribunal Superior de Justicia de la CABA en expedientes del fuero CAyT

El Tribunal inicialmente propició un criterio restringido¹⁴ del derecho a la vivienda. Este criterio fue modificado con la sanción de las

lo que en sede judicial se lo asesoró sobre la posibilidad de judicializar el pedido, causa “V, F.J. s/ arts. 180 y 183 CP (Fiscalía PCyF N° 38, Juzgado PCyF N° 22) también imputado por daño y violación de domicilio una persona por irrumpir en un cajero automático violentamente. Cuando llegó la autoridad policial, la persona estaba durmiendo. Se trataba de una persona de 29 años con escuela primaria incompleta, probablemente intoxicado.

13. Causa N° 23911-01-00-05, caratulada “N.N.”, Sala III Cámara de Apelaciones PCyF, sentencia del 14-07-16 en la que los jueces tienen en cuenta que la prueba filmica agregada en autos sólo permite sostener que los impugnados, menores de edad, ingresaron al local de autos aproximadamente a la madrugada descalzos, llevando consigo mantas para cubrirse del frío extremo que azotaba a la ciudad en esos momentos, siendo demorados por personal policial cuando ya se hallaban fuera del referido inmueble teniendo consigo solamente el abrigo mencionado. En tales condiciones, la afirmación del Fiscal consistente en que los menores ingresaron a una propiedad ajena al sólo efecto de resguardarse del frío extremo existente, descalzos, sin ninguna otra intención más que la de darse refugio y salvaguardar su integridad física claramente expuesta a un serio riesgo de vida encuadra en el estado de necesidad justificante previsto en el artículo 34, inciso 3 del Código Penal, se halla plenamente fundada, tanto en la ley como en las constancias de la causa.

14. Caso “P., A.R. c/GCBA s/amparo”: se trata de una persona que solicita la inclusión –junto con su pareja– en alguno de los programas de emergencia habitacional de acuerdo con sus necesidades. La sentencia de cámara –que revocó la de grado– acogió la demanda. El TSJ dejó sin efecto esa sentencia. El fundamento de la decisión fue la falta de precisión de la obligación a cumplir, que la condena violentaba el derecho de defensa de la demandada y haberla obligado a “ejercer una función propia de un órgano político”. El voto del juez Lozano destaca que los jueces no pueden ordenar el cumplimiento de funciones discrecionales de la administración. Concluye señalando que la evaluación sobre si el Estado incumplió su obligación mínima “debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican en el país de que se trata” y que el fallo recurrido no ha tenido en miras ninguna de estas premisas. Los jueces Casás y Conde votaron en sentido coincidente. La jueza Alicia Ruiz votó en sentido contrario y quedó en minoría. Caso “A. Q., P. c/GCBA s/amparo”: el actor solicitó la extensión temporal del subsidio habitacional del que había gozado por el período reglamentariamente previsto, a fin de poder alquilar una habitación en un hotel. Alegó encontrarse desocupado y con padecimientos cardíacos, lo cual le permitía realizar sólo “changas” eventuales, sin posibilidad de cubrir la totalidad de sus costos de subsistencia. En primera y segunda instancia, se ordenó la continuidad del beneficio otorgado mientras durase la situación de vulnerabilidad. El

Leyes N° 3706 (Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle) y N° 4036 (Protección Integral de los Derechos Sociales). Como quedó dicho en un acápite anterior, estas leyes establecen una asistencia de tipo económico, cuyo objetivo será la superación de la situación de calle o del riesgo de estar en dicha situación, y asimismo definen con amplitud la situación de vulnerabilidad social.

Recientemente el Tribunal ha producido dos pronunciamientos que interfieren con la plena realización del derecho a la vivienda, aunque por motivos diversos.¹⁵ Por un lado, en el caso “K, M.P.”,¹⁶ en que se fija como doctrina un criterio restrictivo, mediante el cual se deja fuera del beneficio habitacional a las personas adultas, de entre 18 y 60 años, sin hijos menores a cargo ni enfermedades invalidantes. La idea que subyace en el fallo es que la exclusión de los adultos sanos se hace porque estos se encuentran en condiciones de trabajar. Esta es una idea que remite al pasado.

Tribunal Superior repasó la normativa aplicable y concluyó que la obligación del Estado no es proveer una vivienda, sino fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, conforme el aprovechamiento máximo de sus recursos disponibles, por ende el principal obligado es el Poder Legislativo. Respecto del Poder Ejecutivo, destacó que no corresponde apartarse de los montos ofrecidos en calidad de subsidio pues no se garantiza un importe que *per se* permita acceder a una vivienda digna. En cuanto a la actuación de los jueces de grado, la descalifica, al señalar que no revisaron el criterio de asignación de los recursos disponibles, sino que directamente afectaron esos recursos. Precisa que la progresividad no se evalúa en función de los beneficiarios individuales, sino que “se mide en relación con las normas aplicables” (consid. 14). El caso concluye que quienes queden fuera del universo de los subsidios pero aún en situación que requiera asistencia del poder estatal, sólo tienen derecho al “abrigo” en calidad de “expresión mínima del derecho a la vivienda” (consid. 15). Este abrigo está dado por los paradores nocturnos y hogares habilitados al efecto (consid. 7, voto del juez Casás). La jueza Alicia Ruiz votó en contra de este criterio y propició confirmar el pronunciamiento recurrido.

15. No es difícil imaginar las consecuencias prácticas de estos fallos, en un contexto de suba de la desocupación y de aumento de la pobreza, según datos que proporcionan, entre otros, el Observatorio de Derecho Social de la CTA, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos y el Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina. Este último ha presentado el informe correspondiente al período 2010-2016 del Barómetro de la Deuda Social Argentina, donde se informa que “La estrategia adoptada para normalizar en parte las variables macroeconómicas habría generado más de un millón de nuevos pobres, fundamentalmente segmentos provenientes del sector informal y de las clases medias bajas”, *op. cit.*, p. 21.

16. “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: B., A.E. c/GCBA y otros s/amparo”, expte. N° 9205/12 del 21/03/2014.

En efecto, las ideas mercantilistas pusieron el acento en “forzar a los pobres sanos a entrar en el mercado laboral”,¹⁷ a diferencia de la caridad medieval, que daba más importancia a la salvación del que daba de la conducta de quien recibe la ayuda. Así, “a medida que el poder real se afirma, se multiplican las directivas para poner a trabajar al conjunto de los pobres a la fuerza”.¹⁸

El liberalismo evoluciona hacia la idea de que la situación de quien no trabaja es producto de una libre elección del actor –potencial trabajador– realizada con un propósito maximizador. Se postula así que “el trabajador enfrenta en el mercado una gama amplia de opciones alternativas (incluida la de no trabajar) y elige libremente entre ellas con miras a maximizar su bienestar”.

Esta premisa ha sido denominada como la “de soberanía del trabajador”, por analogía a la conocida como “de soberanía del consumidor”.¹⁹ Hoy en día

... se considera al problema del desempleo como algo distinto del problema de la pobreza, pero, sin embargo durante el siglo XIX se asociaba el cuidado de los desempleados al cuidado de los pobres. Hasta las últimas décadas del siglo XIX no apareció la idea de que el desempleo era un problema social y que no se podía explicar en términos de incapacidad personal para trabajar.²⁰

17. Hepple, Bob, “La legislación del bienestar y el trabajo asalariado”, en *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 152.

18. Castel, Robert, *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 60. El autor cita en la misma página una carta de Colbert de 1667 a los intendentes del reino, en la que señalaba que “En tanto que la abundancia procede siempre del trabajo y la miseria de la ociosidad, vuestra principal preocupación debe ser encontrar los medios de encerrar a los pobres y darles una ocupación para ganarse la vida, sobre lo cual deberéis cuanto antes tomar buenas resoluciones”. Concluye que “la creación de manufacturas reales, hospitales generales, depósitos de mendicidad y talleres de caridad corresponde a la preocupación por sacar partido de ese ‘prodigioso trabajo’ que representan, como dice el abad de Saint Pierre, los pobres desempleados. En consecuencia, la utilidad social del trabajo es reconocida mucho antes que la dignidad del trabajador”.

19. Monza, Alfredo, *Una discusión comparada de distintos enfoques teóricos sobre la determinación del empleo y del salario*, Buenos Aires, Fundación OSDE/CIEPP, 2002. Disponible en: <http://www.fundacionosde.com.ar/pdf/biblioteca/monza-los%20dilemas.pdf>

20. Vogel Polsky, Eliane, “El problema del desempleo”, en *La formación del Derecho del Trabajo...*, op. cit., p. 194.

Los fundamentos del fallo prescinden por completo de estas consideraciones.²¹ Por el contrario, el Tribunal ha mostrado mayor amplitud respecto de la situación de violencia doméstica atravesada por una persona que solicitaba un subsidio habitacional, y ordenó revocar la sentencia que denegaba el beneficio.²²

d) Estándar fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso del fuero CAyT

La Corte Suprema de Justicia trató recientemente un caso relativo al alcance del derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires, vinculado con los derechos por discapacidad, a la salud y de la infancia.²³

El caso fue planteado por una mujer²⁴ cuyo hijo menor de edad padece una encefalopatía crónica no evolutiva –a causa de la cual presenta una discapacidad severa– a fin de que se le proporcionaran alternativas para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba.

En la causa se encontraba acreditado que el niño había sufrido “graves afectaciones en su salud y su desarrollo evolutivo como consecuencia de haberse alojado en hoteles con baños y cocinas comunes”, debido a la especial atención que su salud demandaba²⁵ (consid. 13).

21. Pucciarello, Mariana, “Subsidios habitacionales y desempleo: la jurisprudencia que retorna al pasado”, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 74, Buenos Aires, 2016.

22. Caso “S., E.”, expte. N° 9814/13, sentencia del 15/04/2014. En ese caso –como ocurre con tantos otros relativos a las personas en situación de calle– se detectó durante el transcurso del proceso que además de la situación de violencia, la actora tenía un padecimiento mental. Los peritos intervinientes aconsejaron que no se la separara de sus mascotas, con quienes no podía vivir en un hotel porque estos no las aceptan. Por ello, en la etapa de ejecución de la sentencia, se logró alquilar una vivienda. El caso fue llevado en segunda instancia por la Defensoría a mi cargo, por lo que la actora mantiene una relación personal con nuestro equipo. Actualmente no sólo vive sola y se hace cargo de sus mascotas, sino que realiza terapia psicológica regularmente y estudia computación. Es notable la mejoría en su salud y su estado general.

23. Recurso de hecho “Q. C.; S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, sentencia del 24 de abril de 2012.

24. Patrocinada por el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad de Buenos Aires y, posteriormente, ante el Alto Tribunal, por el Ministerio Público de la Defensa de la Nación. El caso tramitó en el Juzgado CAyT N° 12 y en la Sala II de la Cámara de Apelaciones CAyT.

25. El mismo considerando precisa, con relación al niño, que “hasta hace poco J. no podía masticar, y esto no se debía a su enfermedad. Se debía a que la madre no cuenta

El Alto Tribunal puntualizó las normas nacionales e internacionales aplicables al caso y las relacionó con las particularidades que este presentaba y con las defensas opuestas por la Procuración de la Ciudad de Buenos Aires.

Cabe destacar que la tramitación del caso en la Corte incluyó la realización de una audiencia pública, celebrada el 15 de septiembre de 2011, en la cual los ministros interrogaron largamente a las partes. En esa ocasión, hicieron uso de la palabra miembros del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad de Buenos Aires y de la Nación, el procurador general de la CABA y la ministra de Desarrollo Social de la CABA.

La posición de la demandada Ciudad de Buenos Aires se centró –como tantas otras veces– en la “inelasticidad” del presupuesto, en la inexistencia de un programa de vivienda definitiva para el sector de la población que se encuentra en situación de calle (el único programa es el ya citado, que se limita la asistencia con un subsidio en dinero durante diez meses) y en el cumplimiento de su obligación de proveer de “abrigo” a este sector mediante la provisión de paradores.

La sentencia dictada en este caso se ubica –sin duda– entre los fallos más significativos que la Corte Suprema en su actual composición ha dictado en materia de derechos sociales. La importancia del caso radica en el pormenorizado abordaje de la relación entre el derecho a la vivienda y los derechos de las personas con discapacidad, en particular los niños. Pero además, en materia de derecho a la vivienda en general, avanza sobre circunstancias concretas que los poderes públicos deben acreditar para poder desobligarse. Los puntos más relevantes del pronunciamiento –someramente enunciados– son los siguientes:²⁶

- a. del sistema de fuentes aplicable se colige la existencia de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de

con una cocina donde pueda elaborar los alimentos. Entonces, le tenía que dar papilla. La cocina es común y J. molestaba con sus chillidos, que son su forma de comunicarse, y entonces le tenía que dar papilla, y a los seis años no sabía masticar, pese a tener toda la dentadura completa [...]. En anteriores alojamientos no tenía un baño propio y por compartirlo, contrajo hepatitis A. Entonces ha tenido que hacer sus necesidades en un tacho en la habitación”.

26. Clérico, Laura, “Sobre la insuficiencia desde el prisma de la igualdad real: pistas para evaluar una violación del derecho a la vivienda”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thompson Reuters, 24/4/2012. La autora realiza un exhaustivo análisis del fallo en este trabajo.

- protección de sectores especialmente vulnerables (consid. 9). Esos derechos no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad (consid. 10);
- b. sin embargo, la operatividad de esas normas no es directa en el sentido de permitir a los ciudadanos solicitar la provisión de una vivienda por vía judicial (consid. 11). Esa operatividad derivada está sujeta al control de razonabilidad del Poder Judicial (consid. 12);
 - c. existe una garantía mínima del derecho fundamental, que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Esta se torna operativa con la acreditación de una amenaza grave para la existencia misma de la persona (consid. 12);
 - d. el esfuerzo estatal realizado en el caso a fin de garantizar los derechos sociales en juego no fue suficiente o adecuado, pues no atiende las mínimas necesidades del grupo familiar demandante (consid. 13). Se recuerda que en el caso no sólo se ha vulnerado el derecho a la vivienda, sino también los derechos derivados de la discapacidad y los intereses del niño (consid. 15);
 - e. la normativa local pone en cabeza de la administración el deber de articular la intervención de los distintos programas públicos que correspondan, a fin de superar el especial grado de vulnerabilidad y el deber de asesorar a la parte en la búsqueda de estrategias integrales (consid. 15);
 - f. la inversión estatal no debe ser valorada en función del monto que representa, sino de la idoneidad del gasto para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible. En el caso, el esfuerzo económico se presenta como “considerable”, no obstante lo cual, no parece ser el más eficiente²⁷ (consid. 15). Se verificó asimismo un uso inadecuado por parte de la demandada de sus

27. El fallo hace notar que el Estado debe intervenir con una asistencia social integral, que incluso podría representar un esfuerzo patrimonial inferior al realizado, en función de la medida cautelar dispuesta (que ordenaba extender temporalmente el beneficio reglamentario hasta la superación de la situación de vulnerabilidad). Se remarca que la ausencia de una planificación coordinada y adecuada por parte de la demandada se tradujo, en concreto, en una erogación por el precio de una habitación de un hotel a valores que exceden los requeridos para solventar el alquiler de un departamento de dos ambientes en el mismo barrio (consid. 15).

propios servicios asistenciales y el incumplimiento del deber de asesoramiento y orientación necesarios (consid. 16);

- g. la parte dispositiva ordena la intervención de los equipos de asistencia social y salud con que cuenta la demandada para asegurar el cuidado del niño y que a la madre se la provea del asesoramiento y orientación necesarias para solucionar su problema habitacional. Además se ordena que, aun en forma no definitiva, se garantice a la madre un alojamiento acorde a las necesidades que la patología del niño presenta. Y finalmente, que en el futuro se la incluya en un programa de vivienda que le permita salir de la situación de excepcional necesidad planteada;
- h. las carencias presupuestarias no pueden justificar la falta de políticas públicas adecuadas en materia de vivienda, ni –en definitiva– el incumplimiento de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales (consid. 16 del voto del ministro Petracchi);
- i. es el Estado quien debe demostrar que ha realizado todo el esfuerzo para satisfacer sus deberes y no el afectado que ve sus derechos insatisfechos. En el caso, se advierte un uso irrazonable de los recursos locales (consids. 17 y 18 del voto del ministro Petracchi);
- j. el antecedente en que se sustenta el reenvío ordenado por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA desconoce el verdadero alcance, contenido y naturaleza del derecho constitucional a la vivienda reconocido en el orden nacional e internacional, pues asigna al principio de progresividad un alcance restrictivo (consid. 4, punto b, voto de la ministra Argibay).

Este fallo nos deja, sin embargo, una de cal y otra de arena. El lado positivo del fallo tiene que ver, como sostuvimos anteriormente, con la importancia del desarrollo del derecho a la vivienda en el caso de una familia (monoparental: una mujer y su hijo menor con una discapacidad severa) que vive en la calle. Hasta este fallo, la Corte se había resistido a reconocer el derecho a la vivienda como derecho exigible en casos de pobreza.

El lado negativo del fallo reside en la historia que le sigue. Esta historia se bifurca en tres caminos. Uno relativo a la forma en que la

Ciudad de Buenos Aires dio ejecución a la sentencia recaída en el fallo: adjudicó una vivienda a la actora por medio de una ley, mecanismo que es excepcional y que dificulta la extensión de la solución a casos similares.²⁸ El otro relativo a la negativa de la Corte Suprema a explicar por qué no está dispuesta a aplicar el precedente “Q.C.” en los otros casos sobre derecho a la vivienda llegados a ese estrado, sin explicar por qué no los considera similares.²⁹ Por último, el Tribunal Supremo hace una interpretación restrictiva del precedente “Q.C.” y no es muy clara la tipología del grupo familiar o de las personas que son asimiladas a ese precedente.³⁰ Lo cierto es que muchas personas en situación de vulnerabilidad habitacional quedan fuera de esa asimilación. En suma, por una de arena, tal vez haya más que una de cal.

Consideraciones finales

Puede parecer obvio, sin embargo es necesario recordar una vez más que el Estado es el garante del cumplimiento de los DESC. También es necesario reiterar que algunos de los DESC generan prestaciones económicas pero otros no. Un señalamiento en este sentido lo hace la CSJN en el caso “Q.C.”, al hacer notar que la CABA no gestiona adecuadamente los recursos que posee y que servirían para mejorar la condición de la familia necesitada de asistencia. Hacía referencia con

28. Ley N° 4705, publicada en el BOCBA el 21/11/2013, por medio de la cual se desafectaron para la gestión pública numerosos inmuebles del dominio privado de la CABA, se consideraron ocupantes legítimos a las personas físicas que residen en dichos inmuebles con motivo de la suscripción de convenios de uso y se transfirieron a título gratuito al IVC dichos inmuebles, a fin de realizar la transferencia dominial a sus ocupantes legítimos.

29. En la causa “A., B.R. c/GCBA s/recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 11/12/2012, la CSJN asimila algunos casos a la solución de “Q.C.” fundada en que estos son “sustancialmente análogos” a aquella causa, mientras que en el caso “A.P., L.V.”, sentencia del 11/12/2012, rechaza esa posibilidad “por no guardar sustancial analogía”.

30. La Defensoría General Adjunta CAyT realizó un relevamiento de causas que llegaron a la Corte Suprema de Justicia, en donde puede advertirse que las demandas fueron acogidas en los casos de grupos familiares con algún integrante gravemente enfermo o discapacitado, con situación laboral precaria o desocupados, mientras que fueron rechazados casos de familias con hijos menores, de personas con enfermedades, de personas con situación laboral precaria y de parejas en situación de calle con hijos menores que comen en comedor parroquial, entre otros casos.

ello no sólo a la gestión de la vivienda, sino a la de los efectores de salud y de educación también.

La judicialización de los DESC es la expresión formalizada de su incumplimiento por parte de la administración. El correcto papel de otro poder del Estado, como es el Judicial, consiste entonces en revertir eficazmente ese incumplimiento utilizando los recursos procesales disponibles o, en su caso, diseñando los que fueren necesarios para cumplir con esos derechos que –también vale la pena recordar– están dotados de operatividad.

La actuación de los tribunales en la defensa del sistema político democrático es imprescindible y, como señala Taruffo, constituye su legitimación política esencial, que se adquiere no antes del nombramiento, sino a través de su actividad.³¹ En materia de derechos sociales, los jueces deben ser imparciales pero no neutrales, pues el correcto cumplimiento de sus funciones implica un fuerte compromiso con el cumplimiento de estos derechos, que constituyen la garantía de una convivencia social democrática, pacífica y justa.

31. Taruffo, Michele, *Proceso y decisión*, Madrid, Trotta, 2012.

Migrantes y marcos jurídico-políticos

Los derechos de las niñas y los niños en contexto de migración. Dos casos que ilustran los efectos de estereotipos negativos en la Ciudad de Buenos Aires

Mabel López Oliva*

Presentación

Las representaciones sociales que asocian a las personas en contexto de migración con ciertos “males” o “prejuicios sociales” son y han sido generadoras de políticas y prácticas sumamente dañinas. Los estereotipos negativos generan consecuencias en los distintos espacios de vida de las personas migrantes, que se traducen en la vulneración sistemática de sus derechos más básicos. Sin duda, en el caso de niñas y niños, estas afectaciones adquieren una dimensión más amplia pues se trata de una población mayormente vulnerable, debido a que a la condición de la edad se suma la situación de migración y el contexto de pobreza.

En este trabajo presento dos ejemplos que muestran cómo en distintos ámbitos, uno de decisión política gubernamental y otro de prácticas e intervenciones cotidianas en el contexto escolar, los prejuicios operan determinando acciones y actitudes que generan vulneración de derechos.

Por un lado, abordaré la incidencia del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2017 (en adelante, DNU) en la vida de niñas y niños migrantes, en tanto constituye una decisión explícita de la más alta autoridad del país. Por el otro, presentaré un ejemplo que ilustra cómo pueden operar los estereotipos negativos, más sutiles, en la vida de las niñas y los niños migrantes en el contexto escolar de la Ciudad de Buenos Aires. En este último caso, mi intención es mostrar cómo, a pesar de no tratarse de decisiones deliberadas (al contrario de lo que sí ocu-

* Asesora Tutelar de la CABA.

rre con el DNU), las representaciones negativas impactan de manera invisible y afectan especialmente el derecho a la igualdad y no discriminación de niños y niñas en la escuela.

Estándares legales mínimos para realizar un test de legitimidad

El escenario normativo de protección de derechos de niñas y niños en contexto de migración en la CABA constituye un conjunto robusto de principios y premisas legales superadoras de los postulados y prácticas desplegadas durante la vigencia de la antigua “Ley Videla”.¹

Tanto la Ley de Migraciones N° 25871² como la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes de Protección Integral de los Derechos de la Infancia (Ley Nacional N° 26061 y Ley local N° 114) han sido elaboradas en clave de derechos humanos, y por lo tanto prevén una amplia protección de los derechos del colectivo de niñas y niños migrantes.

Si bien se ha advertido un déficit³ por la mutua omisión en la incorporación del enfoque de derechos del niño en la Ley de Migraciones y de una perspectiva de migración en la normativa de derechos de infancia, las leyes en su conjunto constituyen un abanico robusto de reconocimiento de derechos, establecimiento de obligaciones de los poderes del Estado y proscripción de aquellas prácticas asociadas a la antigua ley.

1. La Ley N° 22439, conocida como “Ley Videla”, consagró un escenario de desconocimiento y vulneración de derechos y garantías de las personas migrantes. En este sentido, la antigua ley concebía a las personas migrantes como amenaza a la seguridad nacional y regulaba severas restricciones para su ingreso, admisión y radicación. Asimismo, otorgaba amplísimos ámbitos de discrecionalidad a la autoridad migratoria en materia de expulsión e imponía a empleados y funcionarios públicos el deber de actuar como autoridad de control, estableciendo la obligación de denunciar cualquier irregularidad migratoria. La derogada ley también habilitaba distintas acciones restrictivas de derechos de niñas y niños en lo que respecta a la identidad, educación y salud, entre otros.

2. La ley argentina de migración entró en vigencia en 2004 y fue aprobada por unanimidad. Fue producto de un amplio proceso participativo de referentes intersectoriales y organizaciones de la sociedad civil y ha sido tomada como modelo por varios países de la región.

3. Al respecto, ver: Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús y Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *Niñez, Migraciones y Derechos humanos en Argentina. Estudio a 10 años de la Ley de Migraciones*, noviembre de 2013.

Distintas acciones de incidencia, promovidas por variados actores, fueron definiendo estándares legales claros en materia de protección de derechos de niñas y niños en contexto de migración. En este marco, no puede dejar de mencionarse el proceso que culminó con la Opinión Consultiva (en adelante, OC) N° 21/2014 sobre derechos de los migrantes, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como resultado de un pedido efectuado por países del Mercosur.

Dicho ello, cualquier decisión o intervención que aborde la situación de niñas y niños en contexto de migración, para sortear un test de legitimidad, debe respetar los estándares y postulados mínimos que surgen de, entre otros, la Constitución de la Nación, la Ley de Migraciones, las leyes de protección integral de derechos de niñas y niños, y la OC referida. Así, se impone una exégesis con enfoque de derechos, que privilegie el contenido más protectorio para los derechos de niñas y niños.

Entre muchos otros, a continuación, señalo los estándares políticos normativos mínimos pertinentes en ocasión de los dos ejemplos que aquí abordo:

- La migración es un derecho humano y por lo tanto el Estado debe garantizarlo.
- Las niñas y los niños son titulares de un plus de protección de sus derechos y garantías por tratarse de un colectivo vulnerable. Además, constituyen un grupo prioritario en la agenda de gobierno.
- El interés superior de la niña y el niño constituye una garantía insoslayable para los tres poderes del Estado, que obliga a priorizar la satisfacción y/o no afectación de derechos de las niñas y los niños cada vez que se tome una decisión que los involucre.
- La familia constituye un criterio de privilegio en materia de radicación migratoria. La reunificación familiar constituye una obligación del Estado y la no separación de la/el niña/o de su familia resulta la regla general.
- La separación de la/el niña/o de su familia por irregularidad migratoria de sus progenitores es excepcional y sólo procede como último recurso, en tanto sea una medida de protección de derechos producto de un análisis particularizado de caso concreto, que concluya que la mejor protección para los derechos del niño requiere, transitoriamente, la separación de su familia.

- Las niñas y los niños migrantes tienen derecho a acceder a la educación en igualdad de condiciones que el resto de las/los niñas/os, por lo tanto el Estado tiene obligaciones positivas (incluso a través de medidas de acción positiva) para garantizar el acceso a este derecho, reconociendo y respetando la diversidad. Se prohíbe explícitamente su negación o restricción por motivo de irregularidad migratoria.

Derribar mitos, abandonar representaciones y anular estereotipos

Como ya he referido, las políticas restrictivas de derechos de los migrantes se han sostenido, en gran parte, a partir de la construcción de mitos, y consecuentes estereotipos negativos. Mitos que, además, se arraigan sobre prejuicios y afirmaciones carentes de respaldo estadístico. En este sentido se ha dicho que se trata de

... mitos y prejuicios con los cuales los gobiernos de turno distorsionan la realidad migratoria para, engañosamente, implementar y sostener políticas discriminatoria y violatorias de derechos humanos de los migrantes.⁴

Distintos estudios cuestionan las concepciones acerca de los “males” que importan los migrantes, y dan por tierra con aquellas creencias que asocian “inseguridad-migrantes”, “regularización migratoria-invasión de migrantes” y “migrantes-colapso de los servicios públicos”.

Quizás el primer mito a derribar, por la incidencia que tiene tanto en la agenda de gobierno como en la sociedad en general, sea aquel que asocia a los migrantes con la criminalidad o inseguridad. Dicha concepción es producto de una realidad tergiversada que no se funda en las estadísticas. Alcanza con conocer cifras básicas para desterrar aquella mirada que vincula a los migrantes con el delito.

Al respecto, Ceriani explica que entre 2002 y 2015, las personas extranjeras detenidas en Argentina por cualquier tipo de delito prácticamente no han variado, la cifra no ha sufrido cambio notable, oscila

4. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús, *Estudio sobre los derechos de niños y niñas migrantes a 5 años de la nueva ley de migraciones*, Lanús, Universidad de Lanús, agosto de 2010, p. 97. Disponible en: www.unla.edu.ar/documentos/centros/derechos_humanos

entre el 5 y 6% de la población carcelaria. Asimismo el 99,9% de personas extranjeras que viven en Argentina no han sido detenidas por ningún delito. Es decir, sólo el 0,01% de las personas migrantes han sido detenidas en razón de su vinculación con algún delito. Por último, la mitad de las personas extranjeras presas en cárceles federales son por delitos vinculados a drogas, y son personas que no viven en el país.⁵

Este simple dato exige deslindar las políticas de migración de las políticas de seguridad, pues se trata de temas ajenos entre sí. El proceso que dio paso a la sanción de la Ley de Migraciones N° 25871 fue producto de este corrimiento y de la asunción del “tema migrantes” como un asunto de integración y derechos humanos, en el marco de los procesos de integraciones regionales. Lamentablemente, el DNU dictado en el año 2017 constituye un retroceso sustantivo.

La segunda falsa creencia que debe descartarse a la hora de pensar la cuestión social de los migrantes es aquella que sostiene una relación de determinación entre políticas de regularización migratoria y crecimiento exponencial de habitantes migrantes. En este aspecto, la realidad también tiende a tergiversarse y las opiniones no se apoyan en datos estadísticos.

Argentina se caracteriza por ser un país receptor de inmigrantes que, desde hace ya mucho tiempo, mantiene en un 4,5% la relación de extranjeros respecto de la totalidad de la población del país. Lo que sí ha variado en materia migratoria son los países de procedencia de los inmigrantes, así como las zonas del país donde habitan. Los países limítrofes y Perú son los de mayor trascendencia; y la Ciudad de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires, los lugares donde se concentra el 60% de los migrantes. Por su parte, en la CABA los migrantes ascienden al 13% de la población total y viven en contextos de segregación urbana y escolar, lo que importa una mayor visibilidad en determinadas zonas de la Ciudad.⁶

Por último, de los datos estadísticos, tampoco es razonable inferir que las personas en contexto de migración constituyan una amenaza

5. Entrevista a Pablo Ceriani, vicepresidente del Comité de las Naciones Unidas para el Derecho de los Migrantes y sus Familias, en *Código Político*, programa emitido en canal TN, 2017.

6. Beech, Jason y Princz, Pablo, “Migraciones y educación en la Ciudad de Buenos Aires: tensiones políticas, pedagógicas y étnicas”, en *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, vol. 6, N° 1, marzo-agosto de 2012.

o efectivo perjuicio para el funcionamiento de los servicios públicos. En este sentido, pierde seriedad la premisa que infiere el colapso de los servicios salud y educación por el aumento de demanda provocado por los migrantes.

A título de ejemplo, y respecto del fantasma del colapso de educación por la incidencia de la matrícula de niñas y niños migrantes en las escuelas públicas, se ha dicho:

Si bien en promedio la participación porcentual de los inmigrantes en el total de la población del país y de casi todas las provincias es muy baja, el hecho de que estén localizados preponderantemente en algunas jurisdicciones y, en su interior, en algunos distritos o partidos, los torna más visibles y alimenta el fantasma de la invasión a la que aluden ciertos medios de comunicación, diversos actores del sistema educativo y otros actores sociales [...]. El presente informe muestra que los alumnos nacidos en países limítrofes o en el Perú no tienen importancia numérica ni porcentual significativa en el sistema educativo del país, ni en ninguno de los niveles de enseñanza en que este se organiza [...]. A partir de la información recogida en los sucesivos Relevamientos Anuales que realiza el Ministerio de educación nacional en colaboración con los de todas la provincias y el de la Ciudad de Buenos Aires, de carácter censal, se verifica que el número de alumnos nacidos en el extranjero que cursan su escolaridad en el sistema educativo argentino es reducido (168.769). En 2010 sobre un total de más de 10 millones de alumnos de todos los niveles de enseñanza, excepto el universitario, los extranjeros representan el 1,6%. Entre estos últimos, los alumnos nacidos en países limítrofes o en el Perú (en adelante ANLP) son amplísima mayoría y representan el 1,4% de la matrícula total...⁷

Con relación a la incidencia negativa en los sistema de salud, también se señala que los escasos datos que existen dan cuenta de que el uso de los hospitales o centros de salud por parte de personas migrantes no supera el 8% de la población usuaria⁸ y que las representaciones sociales que asocian a los migrantes con depredadores de los servicios sociales y públicos generan efectos cotidianos en sus vidas que pueden

7. Diríé, Cristina y Sosa, Mariana Lucía, “Alumnos extranjeros en el sistema educativo argentino: ¿cuántos son y dónde están?”, en *Población de Buenos Aires*, Año 11, N° 19, abril de 2014, pp. 38, 39 y 41.

8. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), citando datos de la Secretaría de Población del Ministerio del Interior en el *Diario La Nación*, sección Política, Salud Pública, 27/02/2018.

apreciarse en las múltiples denuncias que los migrantes realizan de situaciones de discriminación, por ejemplo al solicitar atención médica en instituciones públicas.⁹

Como puede verse, las premisas que asocian a las personas migrantes con ciertos daños sociales constituyen prejuicios infundados. Los casos que a continuación presento son claros ejemplos de los alcances que pueden tener estas miradas, así como de los efectos sustantivos que pueden provocar en la vida de las niñas y los niños migrantes.

El Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2017

El Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2017¹⁰ modifica la Ley de Migraciones N° 25871. Lo primero que debe señalarse cuando se analiza el DNU es su carácter antidemocrático, en tanto no se verifican las condiciones excepcionales, constitucionalmente regladas, que hubieran habilitado su dictado. Asimismo, el DNU constituye una decisión incon-sulta e injustificada, que impone cambios sustantivos a una ley que fue dictada por unanimidad y con amplio consenso, y lo que es más preocupante aun es su ostensible ilegitimidad, debido a que las modificaciones que establece desconocen estándares de derechos humanos básicos.

El absoluto rechazo al DNU por parte de referentes dedicados a la defensa de los derechos de las poblaciones migrantes generó que distintas organizaciones¹¹ interpusieran un amparo colectivo ante la justicia contenciosa administrativa y federal requiriendo que se declarara su nulidad absoluta.

En este juicio, que aún se encuentra en trámite,¹² la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal declaró la invalidez constitucional del DNU N° 70/2017 por razones referidas tanto a su ilegitimidad formal como de fondo. De los fundamentos que sustentaron el

9. Ver Poverene, Laura, *Niños migrantes bolivianos y proceso de salud-enfermedad-atención en salud mental*, X Jornadas de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, UBA, Buenos Aires, 2013. Disponible en <https://www.aacademica.org/000-038/745>

10. Publicado en el Boletín Oficial el 30 de enero de 2017.

11. El Centro de Estudios Legales y sociales (CELS), la Comisión para los Refugiados y Migrantes (CAREF) y el Colectivo para la diversidad (COPADI).

12. Por interposición de recurso extraordinario del gobierno, aún está pendiente que se expida la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

voto mayoritario de fallo, se extraen conclusiones contundentes. Entre ellos, del voto del Juez Treacy se lee:

En definitiva, el decreto cuestionado en autos no solo constituye una apropiación de facultades legislativas sin causa constitucional que la legitime, sino que también recoge en su articulado soluciones incompatibles con los estándares constitucionales y de derechos humanos que forman parte de las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales en la materia (art 75.22 CN). Esto, en el contexto de una normativa que se refiere a un grupo vulnerable y que presenta caracteres regresivos en relación con la legislación previa, en especial en lo relativo a la garantía de debido proceso en el procedimiento migratorio [punto V.8, primer párrafo, del voto].¹³

Por otra parte, y en lo que aquí me interesa destacar, el DNU también resulta alarmante desde una perspectiva de infancia, pues las reformas que contempla constituyen un claro retroceso para el respeto y protección de derechos y garantías de niñas y niños migrantes.

Específicamente, en su artículo 4, el DNU genera un cambio radical para las niñas y los niños migrantes, al regular la dispensa de reunificación familiar como una excepción sólo posible en un universo taxativo de casos. En este sentido, se invierte la situación jurídica de niñas y niños despojándolos de la garantía que establece, como regla general, el derecho de niñas y niños a no ser separados de sus padres, aun frente a alguna situación que pudiera determinar la expulsión del país de sus progenitores o adultos referentes, a menos que dicha separación sea considerada una medida de protección de derechos.

En términos normativos, el escrutinio cuestiona la legitimidad del DNU en tanto desconoce derechos reconocidos por normativa de jerarquía superior convencional, nacional y local en materia de infancia: las niñas y los niños tienen derecho a vivir con su familia y por tanto se impone, como regla general, la no separación de su familia. El Estado sólo podrá disponer una separación excepcionalmente, como último recurso y a través de una medida de protección de derechos.¹⁴

13. Expediente N° 3061/2017, "Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/EN-DNM s/amparo LEY 16986", 22/03/2018.

14. Arts. 3, 9 y 10 de la Convención sobre Derechos del Niño; arts. 9, 39 y 40 de la Ley N° 26061; art. 10 de Ley N° 25871, y arts. 25 y 26 de la Ley N° 114 y cc.

En la tensión entre expulsión/deportación de padres y el derecho de la/el niña/o a convivir con su familia, el DNU opta por priorizar, como principio general, el criterio de expulsión sobre el de protección a los derechos de las/los niñas/os. En otras palabras, la dispensa de unificación familiar se regula como una concesión excepcional, restringida a muy pocas situaciones, soslayando claramente la perspectiva de infancia.

La CIDH ha sido clara al respecto. En ocasión de emitir la OC N° 21 estableció especificaciones vinculadas al alcance que debiera conferirse a la protección del derecho de las niñas y los niños a no ser separados de sus padres en los casos en que pueda aplicarse una medida de deportación a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria.

... es posible identificar que surgen dos intereses conflictivos en los casos en que debe adoptarse una decisión respecto a la eventual expulsión de uno o ambos progenitores [...]. A fin de sopesar los intereses en conflicto, es necesario evaluar que la medida: esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de (a) idoneidad, (b) necesidad y (c) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática... [parágrafo 275].

Finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, por lo tanto debe ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo. En efecto, para evaluar los intereses en conflicto, es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial. De este modo, dado que en abstracto la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño [parágrafo 278].

En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad originaria, por naturalización o por cualquier otra causa establecida en la legislación interna del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados a raíz de una situación migratoria irregular, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente

allí, resulta axiomático que la niña o el niño conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos. La Corte encuentra, en aplicación de los criterios sentados, que la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo [parágrafo 280].

Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño [parágrafo 281].

En este marco, también se advierte que la reforma establecida por el DNU respecto de la dispensa de reunificación familiar ignora el principio convencional y legal de interés superior del niño.

Recuérdese que el interés superior de la/el niña/o supone una garantía convencional y legal que impone a los distintos poderes del Estado la obligación de hacer prevalecer los derechos de la/el niña/o en situaciones de tensión o confronte con otros derechos o intereses en juego.

En su artículo 3.1, la Convención sobre los Derechos del Niño acoge el principio de interés superior del niño y establece que

... en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

El interés superior del niño es un principio hermenéutico que debe atravesar todos los procesos de decisiones institucionales que vinculen a las/los niñas/os. Implica la obligación de satisfacción de los derechos y funciona como garantía, en cuanto es un vínculo normativo idóneo para asegurar efectividad a los derechos subjetivos, como norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos y como orienta-

ción o directriz política para la implementación de las políticas públicas de la infancia.¹⁵

Resulta claro que la regulación de la dispensa acotada a casos donde procedan determinadas condiciones objetivas (por ejemplo, para casos de delitos cuyas penas no exceden determinado monto) importa un procedimiento sustancialmente contrario al impuesto por el interés superior de la/el niña/o, pues para dar curso a la posibilidad de aplicar la excepción, se requiere de la convergencia de requerimientos objetivos, y no de un análisis del caso en particular en el que se evalúen las características del caso y se priorice la protección de derechos de la/el niña/o.

Mientras se estaba editando este trabajo, el Comité de Derechos del Niño emitió las observaciones finales sobre los informes quinto y sexto combinados de Argentina. Allí se pronunció sobre la situación de los niños migrantes y en esta lógica de razonamiento expresamente dijo:

Al Comité le preocupa la continuación de la aplicación del Decreto de Necesidad y Emergencia N° 70/2017, a pesar de que se lo considera inconstitucional, y sus posibles efectos negativos en la unidad familiar y el interés superior de los niños migrantes. El Comité insta al Estado Parte a derogar el Decreto N° 70/2017 a fin de garantizar que, en los casos de migración, se respete el derecho del niño a que se tome su interés superior como consideración principal, mientras se preserva la unidad familiar [punto 39].¹⁶

Como si hasta aquí fuera poco, el DNU suma otro déficit de legitimidad, al disponer que la decisión de la dispensa de reunificación familiar es de exclusiva competencia de la autoridad migratoria (art. 7, que incorpora el art. 62 bis a la Ley N° 25871). En este sentido, el Poder Ejecutivo de la Nación autoriza a tomar decisiones que implican la separación de una niña o un niño de su núcleo familiar, sin la intervención de las autoridades administrativas y judiciales con competencias

15. Cillero, Miguel, “El interés superior del Niño en el marco de la Convención internacional de Derechos del Niño”, en *Justicia y Derechos del Niño*, Santiago de Chile, UNICEF, N° 1, noviembre de 1999.

16. En el original: “The Committee is concerned about the continued application of the Decree of Necessity and Emergency No. 70/2017, despite it being deemed unconstitutional, and its potential negative impact on family unity and the best interests of migrant children. The Committee urges the State party to repeal Decree No. 70/2017 in order to ensure that in migration cases, the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration is upheld, while family unity is preserved”.

específicas en infancia, en desmedro de las garantías de debido proceso y el acceso a la justicia. Además, y una vez más, se ignoran las regulaciones propias de las leyes de infancia en la materia.

Con relación a la garantía de debido proceso y acceso a la justicia, la Sala V en el fallo ya referido dijo:

En otro orden de consideraciones, se observa que el decreto restringe explícitamente la posibilidad de un control judicial suficiente sobre actos de la autoridad administrativa, principio establecido desde antiguo por nuestra jurisprudencia, nítidamente consagrado en el precedente de Fallos: 247:121. En efecto el migrante tiene derecho a cuestionar las razones esgrimidas para ordenar su expulsión, y en particular, el criterio de ésta en cuanto a la dispensa de la expulsión por motivos de reunificación familiar. Sin embargo el decreto pretende convertir a la Dirección Nacional de Migraciones en el intérprete final de dicha causal de dispensa (cfr. art. 7), desconociendo las facultades judiciales en materia de revisión de los actos administrativos y el deber del Estado de proporcionar una tutela administrativa y judicial efectiva (Fallos: 327:4185), que obviamente se extiende a las personas migrantes [punto V.7.5, parágrafo primero del voto del juez Treacy].

Que, en semejante orden de ideas, también resulta objetable lo establecido en el artículo incorporado como 62 bis por el artículo 7 del decreto 70/2017, en el que se dispone que “el otorgamiento de la dispensa establecida en los artículos 29 y 62 de la presente ley será una facultad exclusiva de la Dirección nacional de Migraciones, no pudiendo ser otorgada judicialmente”. En tal sentido, es del caso señalar que el derecho a la reunificación familiar establecido en el artículo 10 de la ley 25871 deriva de lo establecido en el artículo 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y por otra parte, que si bien todo derecho es susceptible de ser reglamentado razonablemente, ninguno de ellos puede ser sustraído del control judicial. En tales condiciones, la prohibición de que los jueces conozcan sobre ese aspecto, del que en definitiva dependen de la suerte fina del procedimiento migratorio, no se ajusta a los estándares constitucionales básicos que rigen la materia (cfr. Fallos: 284:150; 328:651, y sus citas). En virtud de ello cabe concluir que el precepto impugnado es manifiestamente contrario al derecho de defensa en juicio [punto XII, parágrafo primero del voto del Juez Alemany].

En este aspecto, el DNU también desconoce las regulaciones propias de las leyes de infancia en cuanto establecen un procedimiento especial, administrativo y judicial a la hora de tomar una medida de

protección de derechos que implique la separación de una/un niña/o de su núcleo familiar.

Tanto la Convención sobre los Derechos de Niño como la Ley N° 26061 y la Ley N° 114 fueron elaboradas con la finalidad, entre otras, de reunir garantías y definiciones claras en un ámbito donde pudiera tomarse una decisión que implique la separación de una niña o un niño de su núcleo familiar.¹⁷ En este sentido, la separación de su familia es establecida como una excepción, y la vida en familia resulta la regla general. Al respecto, la leyes prevén que tales medidas tomadas por el organismo especializado, autoridad de aplicación de la ley de infancia en cada jurisdicción, son excepcionales: sólo proceden si es necesario para la protección de los derechos de las/los niñas/os, deben ser el último recurso –antes debe explorarse otra gama de medidas alternativas–, son transitorias, temporales y su legalidad debe ser controlada por la justicia.

En este marco intervienen siempre autoridades administrativas y judiciales con competencia especial en materia de infancia y adolescencia. Los servicios de protección de derechos de infancia son quienes intervienen en primer término y toman las medidas, a partir de la evaluación de equipos interdisciplinarios especializados en temas de infancia. Luego, una vez tomada una medida que de la que depende la separación de la/el niña/o de su núcleo familiar, la legalidad de dicha decisión es controlada por la justicia, por imperativo de la Ley Nacional N° 26061.

En la Ciudad de Buenos Aires, el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, dependiente de la Jefatura de Gobierno de la Ciudad, es el organismo especializado en infancia con competencia para intervenir ante la posible vulneración de derechos de un niño o niña y el que, en los casos pertinentes, se encuentra facultado para

17. La Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento por excelencia que inspiró la elaboración de leyes de protección de derechos de niñas/os en la región. La Convención, como producto del reclamo del movimiento internacional en defensa de los derechos de las/los niñas/os, nace de la necesidad de revertir concepciones y prácticas judiciales, sociales y culturales que se traducían en una sistemática violación de los derechos civiles de las/los niñas/os en el ámbito judicial. En esta lógica funcionaban sistemas judiciales llamados “de menores”, dirigidos a intervenir en la vida de aquellos niños calificados en abandono material y moral. La medida que por excelencia dominó la forma de intervención judicial fue la separación de estas/os niñas/os de un núcleo familiar y su internación en distintas instituciones creadas a tal fin, en el marco de procedimientos que soslayaban el debido proceso y la garantía de defensa en juicio.

tomar medidas excepcionales que impliquen la separación de la niña o el niño de su familia. La legalidad de dichas medidas debe ser controlada por la justicia nacional en lo civil con competencia en familia.

Finalmente, se vuelve a observar el desconocimiento del decreto respecto de la legislación de infancia vigente, a punto tal que se termina generando un trato desigual en perjuicio del colectivo de niñas y niños migrantes que pudieran verse separados de sus padres o familiares adultos a cargo, por irregularidades migratorias. En estos casos, dicha separación podría ocurrir por un procedimiento *express*, a cargo de una autoridad administrativa sin ninguna especialidad en materia de infancia y omitiéndose cualquier intervención de organismos de protección de derechos de infancia. En otros términos, el decreto crea una categoría dentro del universo de niñas/os, las/los niñas/os migrantes, a los que excluye del procedimiento específico creado por las leyes de infancia, provisto de robustas garantías, entre ellas el debido control judicial. Sin duda, esta excepcionalidad constituye una decisión regresiva en términos de debido proceso, garantía de defensa en juicio y tutela judicial efectiva.

Todos los aspectos analizados muestran las consecuencias para niñas y niños migrantes, producto de una decisión deliberada de la más alta autoridad del gobierno. Una decisión cuya ilegitimidad no sólo deviene de su irregularidad formal y sustantiva, como lo explica la Sala V de la Cámara Federal, sino de su propia motivación, apoyada sobre estereotipos negativos que dan por cierta una relación entre migrantes y “males sociales”, desprovista de una estadística seria que la sustente. Sin duda, el escenario resulta alarmante.

Los impactos de las representaciones negativas sobre niñas y niños migrantes en el contexto escolar en la CABA

En este apartado presento el segundo ejemplo anunciado con la intención de mostrar el alcance que pueden tener las representaciones sociales, aun sin ser deliberadas, en tanto operan sutilmente en el ámbito de socialización cotidiana de niñas y niños.

En la CABA, la escuela constituye un ámbito donde se observa la afectación de derechos de niñas y niños migrantes a partir de prácticas y tratos discriminatorias asociados a estereotipos negativos. La nacionalidad de las niñas y los niños migrantes en la CABA opera como un factor de discriminación de gran influencia en la inclusión/exclusión educativa. Los distintos perjuicios que se producen, sea en el ámbito del proceso de aprendizaje como en el de relación con sus pares y la comunidad educativa en general, dan cuenta de una escolaridad que puede resultar muy difícil para este colectivo de niñas y niños.

Como ya he referido, la Ciudad de Buenos Aires es uno de los centros de mayor recepción de migración proveniente de países limítrofes y de Perú, quienes conviven en ámbitos de segregación espacial, villas y barrios precarios, donde la exclusión y la pobreza constituyen indicadores estructurales que afectan sus trayectorias escolares. En este contexto, las familias migrantes conviven en lo que se ha denominado “enclaves étnicos”¹⁸ y en escenarios de segregación escolar.

Las niñas y los niños migrantes concurren mayormente a escuelas públicas de la zona sur, caracterizadas por su precariedad en materia de infraestructura, accesibilidad, y circuitos escolares desjerarquizados. En estas escuelas, las niñas y los niños migrantes son visibilizados por su preponderancia en la matrícula escolar, en comparación con las/los niñas/os argentinas/os.

Dado que la escuela constituye una de las principales instituciones de integración social para las niñas y los niños migrantes, en la CABA la escolarización en un contexto caracterizado por la segregación permite advertir reacciones y tensiones en los distintos ámbitos de relaciones con la comunidad educativa.

En este aspecto, y a grandes rasgos, se señala como un primer nudo obstaculizador para una efectiva integración la persistencia de una política educativa homogeneizadora y asimilacionista, que omite las particularidades y la diversidad cultural de niñas y niños migrantes y provoca así tensiones pedagógicas y de convivencia escolar.

18. Beech, Jason y Princz, Pablo (“Migraciones y educación en la Ciudad de Buenos Aires: tensiones políticas, pedagógicas y étnicas”, *op. cit.*) explican que el concepto de *enclave étnico* incluye la dimensión cultural del proceso de segregación espacial, referido a la tendencia a conservar costumbres, prácticas e instituciones que identifican al colectivo culturalmente.

Vemos que las políticas educativas de la Ciudad (tanto en el nivel macro como micro) no han abordado las necesidades de los alumnos extranjeros (e hijos de extranjeros) ya que siguen estando basadas en visiones homogeneizadoras y asimilacionistas [...]. En líneas generales se puede ver cómo la postura asimilacionista que prevaleció en los orígenes del sistema educativo argentino sigue vigente hoy en las escuelas. Pero junto con esta postura homogeneizadora conviven visiones estereotipadas de los alumnos inmigrantes en las cuales se mezclan nacionalidad, el nivel socio económico y la etnicidad como factores explicativos de los problemas, manifestando al mismo tiempo cierta nostalgia por sus antiguos alumnos que aparentemente eran de origen europeo, argentinos y de clase media.¹⁹

Asimismo, se advierte que

Más allá de becas, meriendas, distribución de útiles e iniciativas y experiencias pedagógicas puntuales, no parece haberse desarrollado un modelo escolar que cuestione el paradigma imperante en sus fundamentos organizativos y didácticos, y que permita transitar las discontinuidades culturales entre gran parte de la población y los estilos escolares vigentes. La deuda consiste en incluir a estos niños (y a muchos otros que se alejan de los parámetros establecidos para el alumno tipo) a partir de estrategias educativas que, sin olvidar lo común, considere también las particularidades de los diversos grupos que se afirma incluir...²⁰

Por otra parte, aparece la valoración negativa sobre los comportamientos de niñas y niños migrantes, asociadas a su nacionalidad, provocando estigmas que inciden negativamente en sus trayectorias escolares, a partir de las bajas expectativas que la propia comunidad de docentes proyecta.

Las miradas desplegadas por la institución escolar respecto de las niñas y los niños migrantes emergen frente a, por ejemplo, lo que algunos autores denominan “el aparente silencio de los niños migrantes”, referido al silenciamiento de sus voces,²¹ a partir de caracterizaciones

19. *Ibidem*, pp. 1 y 68.

20. Diez, María Laura y Novaro, Graciela, “¿Una inclusión silenciosa o las sutiles formas de la discriminación? Reflexiones a propósito de la escolarización de niños bolivianos”, en Courtis, Corina y Pacecca, María Inés (comps.), *Discriminaciones étnicas y nacionales. Un diagnóstico participativo*, Buenos Aires, Editores del Puerto y ADC, 2011, p. 5.

21. Convergen distintas situaciones y dificultades que inducen a las niñas y los niños migrantes en contexto escolar a permanecer callados: las variantes dialécticas, las distancias sociales con sus pares, incluso las situaciones de acoso y discriminación.

que los definen como niños muy callados, reservados, distantes y poco participativos. La construcción de estos aspectos como obstáculos del proceso de aprendizaje, asociados a la nacionalidad de las/los niñas/os y sin revisión crítica acerca del comportamiento propio de la comunidad educativa, contribuye a la generación de miradas desconfiadas de las posibilidades de rendimiento de estas niñas y niños,²² a la profecía de su posible abandono o fracaso, y en consecuencia, a la desjerarquización de estos circuitos escolares, lo que en clave de derecho a la educación en condiciones de igualdad, importa sin duda una afectación.

En el contexto de estas escuelas suele suceder (no en todos los casos pero con una recurrencia significativa) que las estrategias concretas para el trabajo con esta población de niños y niñas (con destacables excepciones) se limiten a bajar las expectativas sobre su desempeño. Esta posición se legitima en una imagen de profunda vulnerabilidad de los niños y sus familias, y su consecuencia es la caída de la expectativa respecto a la escolarización: se conforman así escuelas o aulas donde los docentes dicen no poder enseñar mucho y conformarse con que aprendan lo básico [...] la baja de expectativas sobre el desempeño escolar no es en absoluto una característica exclusiva de la escolarización de niños bolivianos, sino una imagen tristemente extendida sobre los niños de los sectores subalternos. La particularidad es que en el caso de los primeros, sus identificaciones y adscripciones étnicas y nacionales suelen utilizarse para legitimar esta situación [...]. El menoscabo en su derechos se advierte cuando se constata que buena parte de ellos transita por circuitos escolares desjerarquizados [...]. Pero además, su derecho a la educación resulta menoscabado en tanto no existan, con carácter sistemático y sostenido, estrategias específicas y potencialmente replicables para escucharlos, para dar lugar a su palabra y para producir un encuentro imprescindible que habilite prácticas no excluyentes.²³

Por otra parte, las representaciones negativas trascienden y condicionan también las relaciones de las niñas y los niños migrantes con sus pares. En este aspecto, también se ha señalado que las niñas y los niños migrantes refieren la persistencia de tratos discriminatorios,

22. Que se traducen, por ejemplo, en la inscripción de niñas y niños recién llegados de sus países de origen en grados más bajos que el que le corresponde a su edad cronológica.

23. Díez, María Laura y Novaro, Graciela, "¿Una inclusión silenciosa o las sutiles formas de la discriminación? Reflexiones a propósito de la escolarización de niños bolivianos", *op. cit.*, pp. 5, 6 y 14.

que les generan sufrimiento, aislamiento y obstáculos para la integración. Al mismo tiempo, la ausencia de vínculos positivos entre niñas y niños migrantes y niñas y niños nacionales en la escuela fortalece el aislamiento y la segregación social.

Binstock y Cerruti advierten que

El carácter étnico nacional es percibido como el criterio principal de discriminación, ya que a la hora de identificar los motivos por los cuales perciben que son discriminados, señalan la condición de extranjeros, el color de piel y la apariencia física. La escuela se establece como uno de los ámbitos principales donde se despliegan dichas conductas discriminatorias principalmente en la interacción entre pares [...]. En la escuela una de las formas en las que se hace visible la discriminación es el acoso escolar, es decir el maltrato psicológico, verbal y físico producido entre pares en forma reiterada y a largo tiempo. Estas conductas por lo general tienen lugar fuera de la vista de los adultos y se dan de manera rápida [...]. Si bien muchas veces estas conductas escapan a la mirada de docentes, en otras ocasiones, los propios docentes las pasan por alto y en las menos son quienes por acción u omisión las promueven. La inacción de docentes y directivos antes este tipo de conductas puede de alguna manera terminar legitimándola.²⁴

Por último, y de manera más incipiente, comienzan a explorarse algunos otros ámbitos de posible incidencia de los prejuicios en el contexto escolar. Se trata de prácticas de derivación de efectores de educación a los servicios de salud mental infantil en la CABA, donde podrían también estar operando la asociación a factores étnicos y de nacionalidad como disparadores “patologizantes”, que omiten las circunstancias contextuales, culturales y familiares en las que ocurren los sufrimientos de las niñas y los niños migrantes.

En este aspecto, se ha relevado que los motivos más frecuentes de consulta a los efectores de salud mental son la retracción, el “no hablar”, el aislamiento, la vergüenza y la dificultades para el aprendizaje

24. Binstock, Georgina y Cerruti, Marcela, *Adolescentes inmigrantes en escuelas medias de Buenos Aires: experiencias de discriminación y barreras para la integración*, Buenos Aires, Instituto de Desarrollo Económico y Social, 2016, pp. 1 y 8. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11336/44704> y <http://de.ides.org.ar/desarrollo-economico-no-217/>

o en la adquisición del lenguaje, y en muchas ocasiones se consideran como atributos propios de las personas migrantes.²⁵

Resulta importante agudizar la mirada en estas derivaciones y sus tratamientos, teniendo en cuenta los sufrimientos psíquicos a los que se encuentran expuestos estas/os niñas y niños (proceso de pérdida y duelo producto de la añoranza de los afectos que dejen en sus tierras natales, las distancias que producen las diferencias lingüísticas, las situaciones de discriminación a las que se encuentran expuestos, las burlas y acosos de sus pares, entre otros) y la tendencia a asociarlos con alguna representación negativa propia de su etnia o nacionalidad. En este punto, me limito a señalar la necesidad de indagar más profundamente al respecto, a efectos de despejar la incidencia de estereotipos negativos.

Se ha dicho que los abordajes ante estos padecimientos

... requieren del despojo de miradas que esencialicen sus características y reduzcan la complejidad de su conformación subjetiva a generalizaciones basadas en pertenencia nacionales, de clase o etnia. Aquellas sustancialización, además de ser ilusoria, dejaría por fuera la incidencia de la exclusión en la perpetuación de diversas problemáticas que afectan a la Salud Mental [...]. Para concluir, resulta fundamental recalcar que si se explicara cabalmente el sufrimiento de las niñas y niños migrantes a través de causas intrapsíquicas, la conflictiva social se desplazaría a un plano de responsabilidad individual y el dolo resultaría privatizado. De esta manera, valiéndose de explicaciones patologizantes, el Estado podría eludir su responsabilidad ante situaciones de vulneración de derechos y reformar, aun más, la desequilibrada balanza de concentración de desventajas.²⁶

Conclusión

El presente trabajo se acota a los dos casos presentados y, por lo tanto, no pretende agotar ningún análisis. Sin perjuicio de ello, los ejemplos permiten alertar, con la intensidad que cada ámbito requiere según el grado de responsabilidad que le compete, sobre los daños que provocan los estereotipos negativos.

25. Ver Barcala, Alejandra y Luciani Conde, Leandro, *Salud mental y niñez en Argentina*, Buenos Aires, Teseo, 2015.

26. *Ibidem*, pp. 10-11.

Por un lado, en el más alto nivel de gobierno queda expuesto cómo los prejuicios pueden operar como factores determinantes y llevar a decisiones, como el DNU, sumamente cuestionables en materia de política pública. Sin duda, la incidencia en estos ámbitos resulta alarmante por los daños efectivos que podrían provocar a niñas y niños migrantes, pero también por el retroceso que importan respecto de los consensos alcanzados luego de arduos y largos procesos que lograron la sanción de normativa de protección de derechos de niñas y niños, en particular, y de personas en contexto de migración, en general.

En esta misma lógica, también para el caso de las prácticas cotidianas que se desarrollan en el ámbito escolar se advierte cómo las niñas y los niños resultan afectados en su derecho a la educación, a partir de la incidencia, más sutil y casi invisible, de estereotipos que identifican la etnia o nacionalidad de las/los niñas/os migrantes como factores obstaculizadores de su integración y desempeño escolar. Ello, además, en un contexto de ausencia de políticas especiales que reconozcan la diversidad cultural.

Ambos casos nos interpelan para cambiar las miradas, promover vínculos más empáticos y abrir la oportunidad de construir ámbitos de relaciones donde pueda reconocerse a las personas migrantes a partir de los importantes aportes y contribuciones que hacen a nuestro país. Esta constituye una de las tantas deudas de nuestra democracia. Quizás un primer paso sea volver a intentar derribar estas falsas asociaciones previniendo prioritariamente que las niñas y los niños migrantes son acreedores de un cambio sustantivo al respecto.

Los migrantes y el respeto de sus derechos humanos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

María Alejandra Villasur García*

Introducción

Cuando recibí la invitación para compartir este espacio de reflexión, en el marco de la Primera Jornada sobre Derechos Sociales y Doctrina Franciscana, sentí que no era un panel más en el que debía disertar porque pensar sobre los migrantes es pensar en mis raíces, y sobre todo reeditar en mi mente las palabras de mi madre, que llegó a este país en la década del 40 del siglo pasado, empujada por las consecuencias de la guerra civil española, una guerra que le había despojado a su familia y a su pueblo asturiano de todos sus sueños y deseos.

Durante mi niñez, creo que con un sentido poético que intentaba suavizar el dolor que brotaba de los relatos maternos, fui dibujando en mi mente ese pueblo que yo no conocía y comencé a identificarlo con la canción de Joan Manuel Serrat, “Pueblo Blanco”. Entre el manojo de palabras que hilvana la canción, elijo la estrofa en la que se dice:

Escapad gente tierna
Que esta tierra está enferma
Y no esperes mañana
Lo que no te dio ayer
Que no hay nada que hacer
Toma tu mula, tu hembra y tu arreo
Sigue el camino del pueblo hebreo
Y busca otra luna
Tal vez mañana sonría la fortuna
Y si te toca llorar
Es mejor frente al mar

* Secretaria General de la Defensoría General, CABA.

En mi madurez, considero que las palabras de Francisco son las que debemos escoger para encontrar un marco dentro del cual analizar con profundidad los distintos aspectos que giran en torno a la problemática de los migrantes.

El Santo Padre clama por nuestra atención al señalarnos que

... los emigrantes y refugiados no son peones en el tablero de la humanidad. Se trata de niños, mujeres y hombres que abandonan o son obligados a abandonar sus casas por muchas razones, que comparten el mismo derecho legítimo de conocer, de tener, pero sobre todo de ser “algo más”.¹

El concepto acerca de que los migrantes no son peones en el tablero cobra un sentido profundo en la época actual, marcada por la cultura del descarte y del rechazo de los más débiles y pobres, que viven en situaciones de extrema vulnerabilidad.

El proceso de globalización en el que estamos inmersos debe ser, como señala Francisco, afrontado y gestionado de un modo eficaz y equitativo. Para ello, es imprescindible un espíritu de profunda solidaridad, la adopción de los instrumentos normativos que tutelen y promuevan a la persona humana² y, me atrevo a agregar, una asistencia por parte de los ministerios públicos activa y eficaz, que inste e impulse la intervención oportuna de los jueces.

No podemos ser indiferentes frente a que en la actualidad, más de 250 millones de habitantes en el mundo son migrantes y, de ellos, 22 millones y medio son refugiados. A modo de ejemplo, según publica la ONU, en Estados Unidos el 14,53% de la población son migrantes, proceden principalmente de México, el 28,85% de ellos, de China, el 5,04% y de India, el 4,71%. En Italia, por su parte, el 9,54% de la población es migrante y procede principalmente de Rumanía, Albania y Marruecos.³

En nuestro país, según el censo poblacional de 2010, sólo el 4,5% de la población es extranjera, lo que equivale a 1.805.957 personas. Entre los colectivos más representativos, un 30,5% de estas personas son proce-

1. Francisco, “Mensaje del Santo Padre Francisco para la Jornada Mundial del Emigrante y del Refugiado “Emigrantes y refugiados: hacia un mundo mejor”, Vaticano, 5 de agosto de 2013. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/messages/migration/documents/papa-francesco_20130805_world-migrants-day.html

2. Ídem.

3. Ver <https://www.datosmacro.com/demografia/migracion/inmigracion/usa> y <https://www.datosmacro.com/demografia/migracion/inmigracion/Italia>

dentes de Paraguay, 19,1% de Bolivia, 10,6% de Chile, 8,7% de Perú, 8,2% de Italia, 5,2% de España, 0,2% de África y Oceanía, y un 0,5% de China.

Ahora bien, a pesar de los bajos porcentajes indicados (entre 4 y 14%), en todos los países la percepción general suele magnificar el fenómeno de la inmigración y los habitantes tienden a pensar que la proporción de extranjeros es mucho mayor a la real, lo que determina en muchos casos segregación y racismo.

Pensemos cómo operan esos miedos en la práctica en nuestra sociedad. Un ejemplo es la asistencia de los migrantes en el sistema de salud pública. Un informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) detectó que sólo 6 de cada 10 migrantes sudamericanos utiliza cobertura para la atención de la salud que brindan los hospitales públicos y los centros de atención primaria. Así, en el informe se destaca que, dada la escasa prevalencia de la población migrante sobre la población total, el impacto que ejerce sobre los servicios que prestan los hospitales públicos y los CAPS resulta escaso. Sin embargo, suele propagarse la idea de que los hospitales públicos deben destinar la mayor parte de su presupuesto y esfuerzo a asistir a la población extranjera.

Otro tanto acontece con el prejuicio latente acerca de la población que delinque. En nuestro país, según el último informe del Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena (SNEEP, Ministerio de Justicia de la Nación) sólo el 6% de los presos en el país son extranjeros y, si bien las principales nacionalidades son paraguayas (1400 presos, de 550.713 que residen en el país), peruanas y bolivianas, estos porcentajes conciden con la mayor presencia de estos migrantes en nuestro país.⁴

Por ello, como primera reflexión me gustaría afirmar, echando mano a las palabras de Francisco, que si bien las comunidades locales suelen temer que los recién llegados perturben el orden establecido o “roben” algo que se ha construido con tanto esfuerzo, debemos esforzarnos para que esas dudas y temores no determinen nuestras respuestas y elecciones comprometiendo el respeto y la generosidad y que, en definitiva, terminen alimentando el odio y el rechazo a los migrantes.

4. SNEEP, Informe del Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena, Ministerio de Justicia de la Nación, 2016. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/estadisticas-sneep/2016/InformeSNEEPARGENTINA2016.pdf>. Ver también “La lupa sobre los inmigrantes: ¿qué impacto real tienen sobre la Argentina?”, en *La Nación*, 27 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/2112620-la-lupa-sobre-los-inmigrantes-que-impacto-real-tienen-sobre-la-argentina>

La mirada de la Iglesia sobre los migrantes

La doctrina social de la Iglesia promueve un humanismo integral y solidario, capaz de promover un nuevo orden social, económico y político fundado sobre la dignidad y la libertad de toda persona humana, un orden social que debe actuar en un marco de paz, justicia y solidaridad.

En este contexto, se destacan dos aspectos. En primer lugar, que los procesos migratorios no deberían ser percibidos por los países desarrollados como una amenaza u obstáculo para sus niveles de bienestar, sino como un recurso que cubre los requerimientos de trabajo en sectores y territorios en los que la mano de obra es insuficiente o no está dispuesta a aportar su contribución laboral.⁵ Por otro, que las instituciones de los países receptores deben vigilar a los empleadores con el fin de evitar la explotación de la mano de obra extranjera, que los margina de los derechos garantizados a los trabajadores formales y los somete a un trato discriminatorio y degradante.

Por su parte, el sumo pontífice Benedicto XVI, en la Encíclica *Caritas in Veritate*, al hablar del desarrollo humano integral destaca el fenómeno de las migraciones y advierte sobre la necesidad de que la política sobre migrantes deba ir acompañada de “adecuadas normativas internacionales capaces de armonizar los diversos ordenamientos legislativos, con vistas a salvaguardar las exigencias y los derechos de las personas y familias emigrantes, así como las de las sociedades de destino”.⁶

En la Encíclica *Laudato Si'*, Francisco nos advierte sobre el trágico aumento de los migrantes que huyen de la miseria empeorada por la degradación ambiental, que no son reconocidos como refugiados en las convenciones internacionales y llevan el peso de sus vidas abandonadas sin protección normativa alguna.⁷

5. Compendio de la doctrina social de la Iglesia, parágrafos 297 y 298. Disponible en: http://w2.vatican.va/roman_curia_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-doltt-soc_sp.html

6. Benedicto XVI, “Carta Encíclica *Caritas In Veritate*. Sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad”, párr. 62. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html

7. Francisco, “Carta Encíclica *Laudato Si'*. Sobre el cuidado de la casa común”, *op. cit.*, párr. 25.

El marco normativo internacional

El marco jurídico y normativo que prevé la protección de los migrantes internacionales se encuentra difundido en un conjunto de instrumentos y normas conexas.⁸

Debemos contemplar que no existe jerarquía entre los derechos humanos porque todos los derechos son universales, inalienables, indivisibles, interdependientes y revisten igual importancia. En pocas palabras, todos los seres humanos gozamos de todos los derechos humanos.

Así, todas las personas migrantes tienen derecho al respeto, la protección y el cumplimiento de las leyes internacionales de derechos humanos, incluidas las provisiones contempladas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los dos pactos sobre derechos humanos. Los trabajadores migrantes tienen el derecho a la protección prevista en la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios. La Convención sobre los Derechos del Niño y de la Niña ofrece protección a las niñas y los niños en contextos migratorios, sin excepción. Las personas migrantes que se hallan en situación de riesgo de sufrir o que han sufrido tortura pueden encontrar protección en la Convención Contra la Tortura.⁹

En consecuencia, los Estados tienen la obligación de combatir la discriminación, prohibir la tortura y el trato cruel e inhumano, así como la detención arbitraria, garantizar los derechos esenciales, proteger el derecho de todo migrante a un trabajo decente y garantizarles el acceso a la justicia y a un recurso efectivo.

Así, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sostuvo que si bien los Estados tienen el derecho soberano de determinar sus políticas sobre migración, cierto es que está restringido por las obligaciones contraídas voluntariamente en el marco del derecho inter-

8. Para un mayor análisis y la nómina completa de la normativa aplicable en la materia, ver el documento sobre “Mejoramiento de la Gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional”, elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas.

9. Oberoi, Pía, “Cómo cumplir la promesa de un Pacto Global para las Migraciones con directrices más eficaces en la protección de los derechos humanos” (trad. de Gala Sicart-Olavide), en *Democracia Abierta*, 12 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.opendemocracy.net/democraciaabierta/pia-oberoi/c-mo-cumplir-la-promesa-de-un-pacto-global-para-las-migraciones-con-dir>

nacional de los derechos humanos, entre ellas la obligación de no expulsión o devolución de una persona a un país donde estaría en peligro de persecución, tortura u otras violaciones a los derechos humanos.

El papa Francisco ha señalado el avance que implicará, tras la Declaración de Nueva York, alcanzar la aprobación de un pacto global para la migración promovida en la Cumbre de Naciones Unidas. Este año, la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) celebrará la conferencia intergubernamental sobre migración internacional con vista a adoptar este pacto mundial.¹⁰

Ahora bien, frente al profuso marco de protección sobre los derechos humanos como operadores jurídicos, debemos enfrentar con responsabilidad el desafío no sólo de aplicar, sino de supervisar eficazmente el complejo rompecabezas de normas que nos brinda en general el sistema, en particular las pertinentes a la migración, con el fin de garantizar la defensa de los migrantes, que suelen ser quienes se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad.

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos nos advierte sobre la necesidad de observar el plexo normativo internacional de una manera dinámica, por tratarse de instrumentos vivos, y ponderar que su interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.¹¹ Este esfuerzo también requiere un constante proceso de capacitación y actualización de empleados, funcionarios y magistrados de los distintos órganos judiciales.

Además, la interrelación del Poder Judicial con otras organizaciones de la vida civil, organizaciones de trabajadores, universidades y centros de investigación nos permitirán seguir impulsando la necesidad de incorporar la regularización de los migrantes, el control de las expulsiones, la no criminalización de la migración y su acceso a la justicia a partir del nuevo pacto global y la correlación del sistema interno.

10. Ver http://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/work_plan_gcm.pdf

11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "El derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido proceso legal", Opinión Consultiva OC-16/99, 1º de octubre de 1999.

Las normas nacionales sobre migrantes y su control judicial

Analizado el panorama en el sistema internacional, revisemos entonces cómo ha devenido el marco legislativo que regula la situación de los migrantes en el país.

La Ley de Migraciones N° 25871 y su Decreto reglamentario N° 616/2010 cambiaron sustancialmente la forma de regular los derechos de las personas migrantes en la Argentina. Estas normas derogaron el decreto-ley de migraciones sancionado por la última dictadura militar en 1981, conocido como “Ley Videla”. Durante años, este decreto-ley inspirado en la lógica de seguridad nacional generó las condiciones para que un número relevante de migrantes viviese en condiciones de irregularidad migratoria y para que se los persiguiera a través de mecanismos y procedimientos que no respetaban sus derechos y garantías. Este fue uno de los factores principales en los que se asentó la discriminación y la desigualdad para acceder a los derechos por parte de las personas migrantes.

El nuevo marco regulatorio brinda un cambio sustancial a los derechos de los migrantes en la medida en que prevé legalmente el derecho humano a migrar como fundamento basal, el acceso a la regularización como una obligación estatal, el derecho a la defensa pública y gratuita. La norma garantiza la revisión judicial en todo trámite de expulsión o detención, el efecto suspensivo de las decisiones administrativas de expulsión hasta que el último recurso judicial sea resuelto y el derecho a la protección consular y a tener un intérprete en su idioma. Además, la ley elimina distinciones en el acceso a derechos entre nacionales y extranjeros, e incluye cláusulas de igualdad y no discriminación frente a las personas nacionales en cuanto a derechos económicos, sociales y culturales, como el trabajo, la salud y el acceso a la justicia, entre otros. Representa así una nueva concepción nacional basada en la dignidad humana del migrante, protegida por el derecho internacional de los derechos humanos, sin discriminación, en condiciones de igualdad con los ciudadanos nativos, independientemente de su situación administrativa o de su condición.

En la práctica, a partir de la sanción de esa ley se registraron avances a través de los programas de regularización migratoria –destacados también por el Comité de Evaluación sobre el cumplimiento de la

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante, CERD)–, pero subsistieron temas pendientes en materia de no discriminación de la población migrante en el país y su integración social, laboral y económica.

En tal sentido, cabe señalar que la normativa migratoria también abarca políticas públicas. En dicho contexto, a través del Decreto N° 836/2004 se creó el Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria, destinado a los ciudadanos del Mercosur y a los extrarregionales. Posteriormente, por medio del Decreto N° 578/2005 se creó el programa Patria Grande, el cual ayudó a subsanar algunas dificultades en los trámites para las personas migrantes de la región sudamericana, quienes representan cuantitativamente la mayor migración en el país.

La eficacia de estos programas fue ampliamente criticada, lo que impulsó el diseño de otros programas más integrales de regularización, como lo fue la creación del Programa de Abordaje Territorial, que se ocupaba, entre otras tareas, de facilitar los trámites migratorios, ya sea descentralizando lugares de atención y/o asistencia para tramitar o subsanando la documentación faltante.

Ahora bien, mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17 se modificó la Ley N° 25871 y se cambió la lógica sostenida desde la sanción del nuevo régimen normativo. Este cambio puso en jaque el eje central de la ley nacional sobre los derechos migratorios.

La actitud asumida por el Poder Ejecutivo fue rechazada por organismos de derechos humanos tanto nacionales como internacionales (Amnistía Internacional) y motivó la presentación del CELS, la Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes (CAREF) y el Colectivo por la Diversidad (COPADI), quienes plantearon un amparo para que se declarase la nulidad absoluta e insanable del mentado Decreto N° 70/17.

En su demanda sostuvieron que este cambio de paradigma determinó una política regresiva, que produjo un giro normativo desde una visión humanística y positiva del migrante a otra restrictiva y sospechosa del extranjero utilizando los delitos como excusa para perseguir a los migrantes. El CELS afirmó que la modificación por decreto de la Ley de Migraciones dejaba atrás el paradigma de protección de derechos y lo cambiaba por el estado de sospecha.¹²

12. Modificaciones implementadas por el Decreto N°70/17: “1. Denegación de residencia y expulsión: Se puede denegar la residencia y expulsión para todos los migrantes, tengan o no residencia, condenados o con procesamiento firme por delitos con pena

Afortunadamente, el 22 de marzo de 2018, la Sala V del fuero Contencioso Administrativo Federal declaró la invalidez constitucional del Decreto N° 70/2017. Me detendré en algunos aspectos del destacado voto del vocal Dr. Guillermo Treacy (al que adhiere el Dr. Gallegos Fedriani). En primer lugar, es dable destacar que el juez de Cámara, frente a la escasez de antecedentes relevantes consignados por el Ejecutivo en el texto normativo para justificar la urgencia de la medida adoptada (a pesar de que en el decreto se consignaron 40 considerandos), recabó otros datos estadísticos oficiales y los contrastó con los consignados por la demandada.

Así, advirtió que los datos estadísticos aducidos no reflejaban el pretendido aumento de la población extranjera en las cárceles federales y que, además, si bien la relevancia estadística aludida por el gobierno podría servir de sustento para modificar políticas públicas, ello no las transformaba en razones válidas para eludir la participación del Congreso de la Nación. Atacó, además, la validez del decreto, tras sostener que si bien en los considerandos se vinculaba la condición de extranjero y la criminalidad (en particular, la narcocriminalidad), el procedimiento migratorio especial sumarásimmo se terminaba aplicando a todas las personas migrantes sin importar el delito cometido, lo que configuraba una desviación de poder que afectaba el elemento finalidad del acto.

El decreto perpetúa la situación de sometimiento respecto de todos los migrantes, ya que no se limita a los casos de quienes tienen

privativa de libertad (aún de cumplimiento condicional). Antes sólo se verificaba la expulsión o denegatoria de residencia en caso de haber cometido delito grave como tráfico de estupefacientes o cuando la pena sea privativa de libertad sea mayor de 3 años). 2. Cancelación de residencia: Para aquellos migrantes condenados (aunque no esté firme la condena) por cualquier delito con pena privativa de libertad. Antes era para quienes cometieron delitos cuya pena no fuera superior a 5 años y reincidieron dentro de los 2 años siguientes a su cumplimiento. 3. Trámite de expulsión: La expulsión puede ejecutarse sin una decisión judicial. El migrante, una vez notificado tiene 3 días para presentar el recurso y el PJ 3 días para resolver. Antes el migrante tenía 30 días para presentar el recurso y se requería decisión judicial. 4. Asesoría legal: Se establece un trámite de expulsión express y administrativo. Por lo que no se cumple con el derecho de defensa. Antes si solicitaba defensa legal la Dirección Nacional de Migraciones notificaba al MPD. 5. Detención: Todo migrante sujeto a un trámite de expulsión, puede ser detenido en cualquier momento del procedimiento, aunque la expulsión no estuviere firme. Antes la expulsión era excepcional y sobre quienes pesara la expulsión firme y consentida). 6. Ley Ciudadanía: Se accede luego de 2 años de residencia legal, es decir luego del otorgamiento del DNI. Antes se accedía con 2 años de residencia de hecho”.

antecedentes penales ni específicamente a quienes poseen antecedentes penales por infracciones a la ley de estupefacientes. Las decisiones generales sobre política migratoria son potestad del Congreso de la Nación y no del Ejecutivo.

Los argumentos basados en la soberanía estatal debían ponderarse a la luz de la vigencia de los derechos humanos. El trato distinto entre migrantes documentados e indocumentados, así como entre nacionales y migrantes, debe ser razonable, objetivo, proporcional y no lesionar los derechos humanos. Los migrantes constituyen un grupo vulnerable, en situación de inferioridad en cuanto al ejercicio real y efectivo de sus derechos, y el decreto no hacía más que perpetuar esta situación de sometimiento.

En este tipo de casos, existe una obligación estatal de evitar situaciones de discriminación y en caso de realizar distinciones normativas, el Estado debe acreditar que la regulación persigue un fin estatal sustancial, que los medios promueven ese fin y que no existen medios alternativos menos restrictivos de derechos para alcanzar el fin perseguido.

El acto no era proporcional ni razonable porque a partir de la vinculación entre criminalidad y migrantes, se establecía un mecanismo sumarísimo de expulsión, aplicable a cualquier extranjero, sin considerar sus circunstancias personales, tuviera o no antecedentes penales.

En definitiva, concluyó que el decreto no sólo constituía una apropiación de facultades legislativas sin causa constitucional que la legitimase, sino que recogía en su articulado soluciones incompatibles con los estándares constitucionales y de derechos humanos, por lo que además resultaba regresivo respecto de la legislación vigente.¹³

De lo expuesto hasta aquí surge, sin hesitación, que el acceso a la justicia debe estar centrado en los conflictos y en los actores y debe

13. Felizmente la Cámara Federal asumió la obligación que pesa sobre los jueces de efectuar el control de convencionalidad sobre el derecho interno. Recordemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó que el Poder Judicial debe ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y no sólo considerar el tratado, sino la interpretación que ha hecho de él la CIDH. Ver CIDH, “Almonacid Arellano y otros contra Chile” (2006); “Trabajadores Censados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú” (2010); “Cabrera García y Montiel Flores contra México” (2010); “Gelman contra Uruguay” (2011), en *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* N° 7, Control de Convencionalidad, 2017.

favorecer el acceso de los grupos históricamente desaventajados o discriminados, como los son los migrantes, y debemos para ello reconocer sus dificultades concretas. Los tribunales de justicia deben tener en cuenta estas particularidades y sólo así podremos, como operadores jurídicos, realizar los ideales de una concreta justicia social.

Para alcanzarla no sólo debemos concentrarnos en los aspectos normativos, además debemos ponderar las dificultades que deben superar los migrantes para acceder a toda la documentación requerida por las autoridades migratorias, los costos de los trámites –que si bien pueden superarse con un certificado de indigencia, la falta de información puede tornarlo ilusorio–, la falta de disponibilidad de tiempo para realizar los trámites (la mayoría trabaja en sitios alejados de los lugares de trámite, y durante un número excesivo de horas), entre otros.

Además, en el caso de migrantes que no son del Mercosur, las dificultades aumentan, por ejemplo para obtener una residencia temporaria, deben presentar un conjunto de documentos, tales como certificados de antecedentes penales en origen y destino, certificado de domicilio, factura de servicio, precontrato laboral y tasa de radicación. También para ellos se extreman los recaudos para la reunificación familiar porque deben acreditar la solvencia económica del llamante, un certificado de domicilio legalizado y certificado contable de ingresos o seis meses de recibos de sueldo.¹⁴

Todos estos aspectos ponen sobre el tapete que la legislación todavía no logra reflejar las múltiples aristas que conlleva la vida de un migrante, y cuán difícil es superar las barreras burocráticas y, más aun, cuánta distancia existe entre las normas migratorias y la verdadera superación de las condiciones socioeconómicas, de segregación social, de explotación laboral, de indiferencia social y, en definitiva, de invisibilidad a la que se los somete.

Por ello debemos trabajar en la revisión de los instrumentos normativos, institucionales y procesales que los protejan de la violencia, de la precariedad contractual, de la falta de acceso a una vivienda, a in-

14. Ver el interesante análisis realizado por Magliano, María José y Mallimaci, Ana Inés, “Mujeres migrantes en la Argentina. Los desafíos en el ejercicio de la ciudadanía”, en *Revista Institucional del Ministerio Público de la Defensa*, Buenos Aires, abril de 2018, p. 125 y ss.

formación clara y accesible, y a fuentes de trabajo genuinas. En pocas palabras, para que se les garantice justicia social.

En el Ministerio Público de la Defensa estamos convencidos de que el acceso a la justicia debe estar centrado en los conflictos y en los actores, y debe favorecer el acceso de los grupos históricamente desaventajados o discriminados reconociendo sus dificultades concretas. Pensamos que los tribunales de justicia deben tener en cuenta estas particularidades y sólo así podremos alcanzar los ideales de justicia social.

El concepto de justicia social no nos resulta novedoso, constituye un principio del derecho internacional de los derechos humanos. Fue inscripto en el Preámbulo de la Organización Internacional del Trabajo, en el que se considera que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social, y la establece como un medio, pero a su vez como un fin. También se encuentra en el Preámbulo de la Carta de la OEA y de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para poder concretarla, el sistema institucional debe garantizarlo.

En este sentido, las defensorías públicas deben cumplir el rol de facilitar y eliminar las barreras de acceso a la justicia y solicitar la protección de los tribunales cuando se verifique una violación a un derecho humano.

Es así como el Estado podrá cumplir con su obligación de garantizar el debido proceso y el recurso judicial efectivo, de modo estructural, como forma de igualar a las partes en casos en los que, sin lugar a dudas, están involucradas violaciones a los derechos humanos de grupos que se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad.¹⁵

El papa Francisco nos habla de cuatro acciones: acoger, proteger, promover e integrar a los migrantes

El Santo Padre Francisco, en su discurso a los participantes del Foro Internacional sobre Migraciones y Paz, así como en su mensaje para la celebración de la 51 Jornada Mundial de la Paz, sostuvo que con el fin de posibilitar la paz que buscan los inmigrantes y refugiados, se

15. Ver el documento preliminar del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre “Defensa Pública y Justicia Social Urbana” en Corti, Horacio y Borja, Jordi, *Derecho a la Ciudad: Conquista Política y Renovación Jurídica*, Buenos Aires, Editorial Jusbairens, 2018, p. 239 y ss.

requiere una estrategia que conjugue cuatro acciones: acoger, proteger, promover e integrar.¹⁶

Acoger

Es la exigencia de ampliar las posibilidades de entrada legal, no expulsar a los desplazados y equilibrar la preocupación por la seguridad nacional con la protección de los derechos humanos fundamentales. Para lograrlo, debemos comenzar por dispensarles espacios adecuados y decorosos, y evitar así que se formen asentamientos o refugios que generen nuevas situaciones de vulnerabilidad.

Proteger

Representa el deber de reconocer y garantizar la dignidad inviolable de los migrantes y evitar su explotación. Es común que al emigrar las personas queden expuestas a la explotación, al abuso y a la violencia. Por ello, la defensa de sus derechos es un imperativo moral que debemos receptor en instrumentos jurídicos, internacionales y nacionales, claros y pertinentes. Esto implica promover la participación de todas las instituciones y organizaciones públicas y privadas con el fin de luchar eficazmente contra los –en palabras de Francisco– “traficantes de carne humana”.

Promover

Garantizarles el desarrollo humano integral, tanto en la esfera personal como social, dándoles el acceso a los bienes esenciales para sí y sus familias.

Integrar

Trabajar para que los migrantes y refugiados puedan participar plenamente en la vida de la sociedad a la que se integran, promoviendo el desarrollo humano integral de las comunidades locales, sin que ello

16. Francisco, “Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en el Foro Internacional sobre Migraciones y Paz”, 21 de febrero de 2017. Disponible en: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2017/february/documents/papa-francesco_20170221_forum-migrazioni-pace.html

implique aniquilar las diferencias étnicas y culturales. Además, es un aspecto vital de la integración privilegiar las reunificaciones familiares.

Ahora bien, estos cuatro ejes no pueden desarrollarse plenamente si no profundizamos un proceso de “justicia distributiva” para que todos podamos beneficiarnos de los frutos de la tierra y evitar que se profundice la brecha entre los que más tienen y quienes reciben sólo migajas, promoviendo una recuperación de la cultura que pondere los valores de justicia, equidad y respeto hacia el ser humano.

Debemos recobrar nuestras raíces, reconciliar la historia con el presente globalizado, evitar la explotación de los niños/as, adolescentes, mujeres y hombres, provocada por las fuerzas despiadadas del mercado en favor de unos pocos. En este sentido, debemos enfatizar el valor de la fraternidad con el fin de ver en el migrante o refugiado a un par que no es una amenaza, sino que reafirma y enriquece nuestra identidad individual, como lo sostuvo Benedicto XVI.

Un deber de solidaridad: pasar de una actitud defensiva, de desinterés y marginación (cultura del rechazo) a una actitud que sea capaz de construir un mundo más justo, equitativo y fraterno, que se levante como una nueva cultura del encuentro.

Porque el fundamento de la dignidad humana no se apoya en los criterios de eficiencia, productividad, clase social, pertenencia a una etnia o grupo religioso; por ello, debemos ayudar al migrante o refugiado para así construir una sociedad más justa, una democracia más plena y un mundo más fraterno.

Algunos aspectos sobre los migrantes en la Ciudad de Buenos Aires

Si nos detenemos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA), no podemos dejar de pensar cómo los procesos migratorios internos y externos fueron modificando el paisaje porteño y demarcando su personalidad.

Recordemos que durante el crecimiento de la ciudad agroexportadora (1880-1930), por la inmigración aluvial surgieron los conventillos como la principal modalidad habitacional de los grupos de inmigrantes recién llegados que, por supuesto, vivían en condiciones de hacinamiento. Muchos de ellos constituyeron los inquilinatos en las casas abandonadas por

los sectores acomodados, que huyeron hacia la zona norte escapando de la fiebre amarilla. Esto dio origen a la división socioespacial entre el norte y sur de la ciudad, que continúa vigente hasta nuestros días.

Hoy el mundo (y nuestra Ciudad de Buenos Aires) sigue cobrando sentido a partir de una mirada urbana, el concepto de ciudad *intra* y *extra muros* –como dos caras opuestas de la civilización– domina los procesos migratorios, y las ciudades se hacen cada vez más masivas. Sin embargo, su desarrollo progresivo nos enfrenta a una trama compleja y diversa de problemas, tales como el acceso a la vivienda, al empleo, la falta de desarrollo de políticas públicas que sirvan para superar la segregación social y espacial y para alcanzar el desarrollo urbano sostenible, tendientes a mejorar las condiciones de vida y el desarrollo humano.

Nuestra ciudad, en particular, se levanta por un lado como una urbe opulenta con altos niveles de ingresos y, por otro lado, aparece como una ciudad donde una cantidad significativa de habitantes no puede acceder a los servicios básicos esenciales (agua potable, desagües y redes cloacales). Una urbe con una Constitución que contempla la inclusión social, por un lado, y por otro lado, con políticas públicas que, año tras año, reproducen prácticas y programas asistenciales que no logran modificar una realidad que el propio texto constitucional exige con ahínco modificar.

El Ministerio Público de la Defensa (en adelante, MPD) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la labor de los defensores públicos y de los equipos interdisciplinarios de la Defensoría General, se enfrenta en su labor cotidiana a diversos aspectos vinculados a la vida de los migrantes en la CABA.

En cuanto a las personas que viven en situación de calle, en 2017, conjuntamente con la Auditoría General de la CABA, la Defensoría del Pueblo de la CABA y una veintena de organizaciones, realizamos el relevamiento popular de personas en situación de calle. Pudimos constatar que sólo un 11% de los entrevistados dijeron haber nacido en otro país y que, de este porcentaje, la mayoría lo hizo en Uruguay (27,31%), Paraguay (22,43%), Perú (15,12%) y Bolivia (12,68%).¹⁷

17. El informe *in extenso* del Ministerio Público de la Defensa puede verse en Corti, Horacio y Borja, Jordi, *Derecho a la Ciudad: Conquista Política y Renovación Jurídica*, op. cit., p. 249 y ss. En dicha obra, ver el análisis realizado por la jueza Elena Liberatori, vinculado con el relevamiento de personas en situación de calle y la sentencia por ella dictada en la causa “Donda”.

Sin embargo, el número de migrantes aumenta considerablemente, si tomamos en cuenta nuestra experiencia en el Barrio Rodrigo Bueno. Allí el MPD, a través de los defensores de las distintas instancias judiciales, interviene en el proceso judicial, integra la Mesa de Gestión Participativa (en el marco del proceso de reurbanización) y realiza el abordaje territorial a través de un equipo interdisciplinario.¹⁸ En este barrio viven 2665 habitantes, que integran 996 grupos familiares. El 46,2% nació en Perú y el 36,6%, en Argentina. Si se analiza la distribución de la población de jefes de familia por país de nacimiento, los nacidos en Perú ascienden al 63% y los nacidos en Argentina alcanzan el 14,5%.

Más allá de los datos estadísticos, cabe destacar que la convivencia no siempre es pacífica con los grupos migrantes. Por ejemplo, respecto de la colectividad senegalesa, el MPD pudo constatar que suelen ser particularmente perseguidos por las fuerzas de seguridad, en el marco de una mayor presión por la venta en la vía pública. Así, el defensor general Dr. Horacio Corti sostuvo que “hay un plus de discriminación: primero, porque es una población negra. Y si bien en nuestra sociedad en lo discursivo no hay discriminación, en los hechos están las instituciones que concretamente actúan respecto a ellos, efectivamente existe”.¹⁹

Del mismo modo, el defensor general adjunto en lo penal, contravencional y de faltas, Dr. Luis Duacastella, afirmó, con relación al homicidio del dirigente de la comunidad senegalesa en Argentina, Massar Ba, ocurrido el 8 de marzo de 2016, que fue un hecho que podría incluirse como situación de violencia institucional encubierta o provocada por un aspecto discriminatorio por la etnia a la que pertenecía Massar.²⁰ El caso fue puesto a consideración, por parte del MPD,

18. La Secretaría Letrada de Hábitat II, a cargo de la Dra. Julieta Parellada, es uno de los nueve equipos interdisciplinarios que integran la Secretaría Judicial de Derechos Humanos y Procesos Colectivos a mi cargo, los funcionarios y empleados que los constituyen concurren a diario a los barrios y asentamientos precarios de la CABA, integramos las mesas de gestión participativa dispuestas por las distintas leyes sobre reurbanización e integramos –conjuntamente con la Secretaría General de Acceso a la Justicia– los grupos del Ministerio Público de la Defensa en el relevamiento de las personas en situación de calle.

19. “Dakar-Buenos Aires: Senegaleses en la Ciudad”, en *Nueva Ciudad*, 06/09/2016. Disponible en: <https://www.nueva-ciudad.com.ar/notas/201609/28216-dakar-buenos-aires-senegaleses-en-la-ciudad.html>

20. “El crimen de Massar Ba no puede quedar impune”, en *lavaca*, 13/03/2016. Disponible en: <http://www.lavaca.org/notas/el-crimen-de-massar-ba-no-puede-quedar-impune>

ante el relator especial de Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, en junio de 2016.

Reflexión final

No obstante que en el presente esbozo no se pretenden agotar las diferentes aristas que presenta la situación de los migrantes, me animo a afirmar que más allá de los esfuerzos realizados por las instituciones y organizaciones de la vida civil, los avances normativos alcanzados y el freno impuesto por la justicia federal al decreto de necesidad y urgencia regresivo, cierto es que mantenemos un modelo de inmigración concebida a partir del concepto de migrantes regulares e irregulares, en un contexto regional en el que podría propiciarse una verdadera libertad de circulación y residencia. Deberíamos evaluar hasta qué punto debemos mantenernos en un medio en el que se dirime la presencia del migrante entre los costos y beneficios de su presencia desde la mirada central del Estado.

Un relato brindado por Francisco, en la audiencia general del 26/10/2016, nos marca la senda:

Había un refugiado que buscaba una calle y una señora se le acercó y le preguntó si buscaba algo. El hombre le respondió que quería ir a San Pedro para pasar por la Puerta Santa y la señora pensó: si no tiene zapatos, cómo va a caminar; entonces llamó a un taxi. El migrante olía mal y el taxista no quería que ascendiera al taxi, pero al final accedió. Durante el viaje la señora le preguntó sobre su historia al migrante, el hombre narró su historia de dolor, de guerra, de hambre y por qué había huido de su patria. Cuando llegaron al destino, la señora abrió su bolso para pagarle al taxista y él, quien al principio no quería que el migrante subiese porque olía mal, le dijo: “No, señora, soy yo quien debo pagarle a usted porque me ha hecho escuchar una historia que me ha cambiado el corazón”.

Nosotros hacemos algo parecido, al principio nos negamos porque nos produce incomodidad, algo nos huele mal, dice Francisco. Pensemos qué podemos hacer por los migrantes y refugiados. Es así como Francisco nos exhorta a no caer en la trampa de encerrarnos en nosotros mismos y ser indiferentes a las necesidades de los demás, preocupados

sólo por nuestros intereses. Porque es precisamente en la medida en que nos abrimos a los demás que la vida se vuelve fecunda, la sociedad vuelve a adquirir la paz y las personas recuperan su plena dignidad.

Para cerrar, quisiera decirles que tenemos el deber moral de despertarnos y advertir que el sistema económico financiero reinante en el mundo se ha transformado en tierra fértil para profundizar la “cultura del descarte”.²¹ Grandes masas de la población están quedando al margen del trabajo y de la educación. Debemos pensar y exhortar a nuestro entorno a reflexionar: todos podemos transformarnos en “extranjeros” o “migrantes”, aun en nuestra propia tierra de origen, todos podemos transformarnos en sujetos expulsados de la sociedad en la que vivimos, ya no relegados a la periferia, sino fuera, transformados en meros desechos.

21. Para mayor análisis sobre los problemas del sistema económico mundial, ver Francisco, “*Oeconomicae et pecuniariae quaestiones*. Consideraciones para un discernimiento ético sobre algunos aspectos del actual sistema económico y financiero”, *op. cit.*

La colonialidad étnica en el desarrollo del pensamiento jurídico argentino. Apuntes de cartografía jurídica

Luis Arias*

Trazos, mojones y fronteras

La recurrente exhortación del papa Francisco respecto de la necesidad de demoler muros y tender puentes, motivó las presentes reflexiones acerca de la relación entre el sujeto, el espacio, la territorialidad y las normas jurídicas, situando la observación en las demarcaciones forjadas por el hombre para inducir divisiones que reafirmen su condición identitaria frente al “otro” a quien se considera inferior, con la consiguiente vocación de legitimar relaciones de supremacía y dominación que generan líneas de fractura entre diferentes espacios sociales.

Como es sabido, el ordenamiento jurídico no surge a partir de procedimientos estrictamente racionales, sino que los textos legales, como hechos históricos, constituyen eventos colmados de connotaciones subjetivas, ideológicas y representaciones sociales subyacentes, surgidos en un espacio-tiempo específico y gestados a partir de procesos históricos, políticos y sociales.

Dichos aspectos no constituyen meras cuestiones metajurídicas –conforme lo pretende el formalismo jurídico– sino que establecen y determinan la juridicidad misma. Estos condicionamientos son los verdaderos fundamentos de la tarea cartográfica que permite trazar la línea entre lo prohibido y lo permitido, lo deseado y lo indeseado y, en definitiva, entre la legalidad y la ilicitud. Es esa misma vocación cartográfica la que ha permitido al positivismo la disección metodológica de los aspectos que permiten comprender acabadamente el fenómeno de la juridicidad, excluyendo precisamente las facetas sociales, éticas,

*Ex Juez contencioso de la Provincia de Buenos Aires, destituido por defender los derechos sociales.

sociológicas, políticas e ideológicas, reduciendo su objeto al análisis nomológico, que sólo constituye una pequeña parcela, y tal vez la menos interesante del derecho.

Por el contrario, la cartografía jurídica, a partir de una concepción interdisciplinaria, nos permite abordar la relación entre espacio, el sujeto y las normas, donde la noción de “frontera”, entendida como barreras físicas, sociales o simbólicas, gestadas dentro o fuera de los límites políticos, permite analizar los desplazamiento y la condición de migrante desde distintas perspectivas (étnicas, sociales, ideológicas, etc.) institucionalizadas a través de las leyes y las políticas públicas.

La centralidad europea como eje de la dominación étnica

Es un hecho conocido que nuestra Constitución Nacional promovió la inmigración europea, desdeñando a los pueblos y naciones que habitaron ancestralmente el territorio del Estado –incluso a los propios mestizos criollos–, convirtiéndolos en extranjeros dentro de su propia tierra. Se estableció así la primera demarcación cartográfica que permitió extender, legitimar y legalizar (con rango constitucional) la colonización europea que había comenzado con lo que ellos mismos denominaron el “descubrimiento” de América.

Los criollos descendientes de aquellos “colonizadores” reafirmaron esa condición identitaria, asumiendo la misma perspectiva etno/eurocentrista frente a los habitantes de América a quienes consideraron como una raza inferior, portadora de una cultura imperfecta que debía ser suprimida y suplantada por otros valores superiores identificados con la civilización europea que quedaron plasmados en nuestra Constitución.

Fueron esas representaciones sociales y culturales las que inspiraron, sin duda alguna, el pensamiento de Alberdi plasmado en las siguientes líneas:

¿Queremos plantar y aclimatar en América la libertad inglesa, la cultura francesa, la laboriosidad del hombre de Europa y de Estados Unidos? Traigamos pedazos vivos de ellas en las costumbres de sus habitantes y radiquémoslas aquí.

¿Queremos que los hábitos de orden, de disciplina y de industria prevalezcan en nuestra América? Llenémosla de gente que posea hondamente esos hábitos. Ellos son comunicativos; al lado del industrial europeo pronto se forma el industrial americano. La planta de la civilización no se propaga de semilla. Es como la viña, prende de gajo.¹

Incluso, algunos de los miembros del Congreso General Constituyente de 1853 propiciaron directamente el exterminio de los pueblos indígenas. En el Acta del Debate, el convencional Seguí dijo que “los medios para conservar el trato pacífico con los indios son diametralmente opuestos a los que reclama la defensa de la frontera, amenazada siempre por ellos”. Luego, el mismo convencional requirió explicaciones sobre

... el modo como se pensaba conservar el trato pacífico y los esfuerzos que habían de hacerse para atraerlos y civilizarlos, porque si ellos habían de ser ineficaces, él (Seguí) votaría por su exterminio, sin comprometer sus sentimientos de caridad.

Extranjería intramuros

La segregación interior, tan cruel como violenta, fue muy diferente al trato preferencial conferido a los europeos que llegaron a nuestras tierras procurando una mejor vida, al influjo de las ideas europeístas pregonadas por la generación del 37 que inspiró el artículo 25 de nuestra Constitución Nacional, cuyo texto impuso al Gobierno Federal la obligación de fomentar la “inmigración europea”.

Así, la condición social de los inmigrantes de los pueblos no europeos que llegaron a la Argentina no difiere –en términos generales– de la situación social de la mayoría de otros grupos vulnerables, delimitados por un conjunto de fronteras sociales, ligadas a la pobreza, la segregación social, racial y urbanística. Tampoco difiere la situación de los grupos humanos que se desplazaron desde el norte argentino hacia las grandes metrópolis, respecto de la inmigración boliviana, paraguaya o senegalesa que también salió de sus tierras para buscar mejores condiciones de vida en nuestro país. La mayoría de ellos terminan compartiendo idénticas penurias, en el mismo lado de la línea divisoria.

1. Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Losada, 2003.

En ocasiones, esos límites interiores no son meros trazos imaginarios, sino que se constituyen en verdaderas fronteras, como el muro construido en el límite entre los municipios de San Isidro y San Fernando en 2009, erigido con la finalidad segregar a los vecinos de esta última comuna; o los *countries*, así como los barrios cerrados construidos para generar espacios exclusivos de convivencia. Porque en las actuales sociedades de control, a diferencia de las sociedades de encierro caracterizadas por Foucault, el disciplinamiento no se obtiene a través del “encierro”, sino de la “exclusión”, lo cual implica la necesidad de establecer barreras para impedir o dificultar el ingreso a los lugares de privilegio. Hoy resulta más eficiente para el Estado el abandono de las personas en vertederos humanos a cielo abierto, que la construcción de cárceles para alojar a los sujetos indeseables, considerados como desechos humanos. Porque la prisión, o cualquier otro lugar de encierro, supone al menos el reconocimiento de la otredad. Al interno de un establecimiento penitenciario, neuropsiquiátrico u otro centro de encierro, hay que alimentarlo, brindarle seguridad, atención médica, vestimenta, calefacción, etcétera; mientras que en los espacios de abandono (villas, asentamientos, favelas, etc.) el Estado puede desentenderse fácilmente de esas obligaciones sin responsabilidad alguna, a pesar de las enormes secuelas sociales que implica deponer su intervención.

El sujeto racialmente segregado

El sesgo racial en la conformación de la sociedad americana, según lo antes expuesto, adquiere inmensa relevancia para la delimitación de esas fronteras interiores que, en nuestras tierras, suelen estar mejor trazadas que los límites externos.

Porque fueron esos mismos europeos colonizadores quienes codificaron como “color” los rasgos fenotípicos de los colonizados. Los dominantes se llamaron a sí mismos “blancos”. Porque la idea de raza fue, como vimos anteriormente, la línea demarcatoria fundante de la juridicidad que terminó legitimando las relaciones de dominación impuestas por la “conquista”. La expansión de colonialismo europeo en el mundo llevó a la elaboración de la perspectiva eurocéntrica de conocimiento. Se elaboró teóricamente la justificación de la idea de

raza como naturalización, basada en la superioridad/inferioridad entre dominados y dominantes, siendo esto un instrumento perdurable y eficaz de dominación social.

Esa misma cultura euro/etno/centrista es la que ofrece resistencia a las migraciones no europeas que llegan en oleadas a ese continente. Y es esa misma frontera racial y social la que impulsa a los americanos descendientes de europeos a expulsar a los inmigrantes latinoamericanos de ciertos países que integran su propio continente.

El desplazamiento de la frontera interior

Ciertamente, el problema de la segregación no es exclusivamente racial, sino que intervienen otros factores, como la pobreza con la que se identifica a los migrantes. Se ha señalado, en ese sentido, que

... es la fobia hacia el pobre la que lleva a rechazar a las personas, a las razas y a aquellas etnias que habitualmente no tienen recursos y, por lo tanto, no pueden ofrecer nada, o parece que no pueden hacerlo.

En nuestra América Latina, sin embargo, la pobreza y el rechazo al sujeto portador de esa carencia, en gran parte, es consecuencia de la segregación racial que la precede, puesto que la apropiación de los recursos naturales y el despojo de los territorios indígenas por parte de los conquistadores europeos y sus descendientes, que desplazaron a los pueblos indoamericanos de sus posesiones, fueron factores determinantes en la configuración de la desigualdad y la pobreza del continente.

En efecto, poco tiempo después de la conquista, el monarca europeo convirtió en “bienes realengos” la tierra indígena del norte argentino, confirmando al rey la potestad de otorgarla en señorío, por merced o venta a un noble o eclesiástico, pese a las limitaciones impuestas por la Bula papal *Sublimis Deus* de 1537, cuyo texto establecía:

... que dichos Indios, y todas las gentes que en el futuro llegasen al conocimiento de los cristianos, aunque vivan fuera de la fe cristiana, pueden usar, poseer y gozar libre y lícitamente de su libertad y del dominio de sus propiedades, que no deben ser reducidos a servidumbre y que todo lo que se hubiese hecho de otro modo es nulo y sin valor.

El resto de las tierras fueron objeto de usurpación, o directamente usurpadas por los mismos españoles, mientras que otras, una vez perpetrado el despojo por parte del Estado argentino, fueron entregadas a través de la confirmación de títulos precarios, que en su mayoría remiten al período colonial. En la zona sur del país, la “Ley Avellaneda” (Ley N° 817 de 1876) la “Ley de Liquidación” de 1891, la “Ley de Remate Público” de 1882 y la denominada “Ley de Premios Militares”, permitieron distribuir más de 33.000.000 de hectáreas de los Territorios Nacionales que habían pertenecido a los pueblos indígenas de la Argentina. La línea demarcatoria para la distribución de la tierra obedeció a cuestiones meramente étnicas, confirmando a los europeos de raza blanca (españoles al norte y británicos al sur) la tierra ocupada ancestralmente por los indígenas locales. Esas líneas no fueron ficticias, pues constituían verdaderas fronteras internas. Basta recordar la conocida “Zanja de Alsina” que, en julio de 1877, con más tres metros de profundidad, alcanzó una extensión de 374 kilómetros (aunque estuvo ideada para más de 600), construida para proteger a “la civilización” del avance indígena que pretendía recuperar sus dominios.

En el sur, el etnocidio no se produjo solamente como consecuencia de la conquista del desierto, sino también por acción de los buscadores de oro y estancieros de la Patagonia, con la anuencia del Estado argentino. Maggiorino Borgatello, miembro de la Congregación Salesiana, reconoció en 1921 que una de las causas principales del etnocidio de los indios en el sur argentino era la actitud del gobierno argentino, el cual

Comenzó a vender a los europeos extensísimos campos en la Patagonia sin pensar que había en estos campos numerosos indios que de tiempo inmemorial los poseían y con toda razón estos se creían verdaderamente sus dueños. Deberían haberles dejado una buena porción de terreno donde pudieran reunirse y poder vivir como habían hecho hasta ahora de la caza y de sus pequeñas industrias. En lugar de eso no pensaron para nada en los indios.

La línea perdurable de la colonización

De modo que la cuestión medular en la disparidad jurídico-constitucional de las migraciones, fue sin duda alguna el fenómeno racial que también incidió en la distribución de los recursos económicos

asignados al “blanco” europeo, a costa de sangre y fuego contra los pueblos amerindios sometidos o exterminados.

Sin embargo, la estigmatización fenotípica, así como los conflictos etno-territoriales siguen provocando migraciones y desplazamientos en la actualidad, a partir de las actividades extractivas, como la minería, la producción gasífero-petrolera, la explotación forestal, la expansión de las fronteras agrícolas o la explotación turística, convirtiendo a América Latina en la región más desigual del mundo en cuanto a la distribución de la tierra.

En las periferias urbanas, esos desplazamientos forzosos se verifican en forma de desalojos masivos de asentamientos precarios, producidos en gran parte por la presión inmobiliaria; situación que he tenido la oportunidad de verificar en múltiples intervenciones judiciales.

Según el informe que seguimos, una de cada tres hectáreas que se entregan en concesión para la explotación minera, petrolera, agroindustrial y forestal en América Latina pertenece a pueblos indígenas, cuyo derecho a decidir sobre sus territorios apenas existe en el papel pues, en la práctica, la inmensa mayoría de las inversiones son impuestas a las poblaciones afectadas. En la Argentina, el 84% de las concesiones para cultivar soja se encuentran en territorios indígenas, con una “creciente persecución y criminalización de comunidades indígenas y campesinas” que defienden la tierra y los recursos naturales, como le ocurrió a la Pu Lof en Resistencia de Cushamen, en Chubut. A esta altura, corresponde indagar entonces acerca de las razones por las cuales se considera una amenaza a los habitantes de las zonas marginales o a los pueblos mapuches que sólo cuentan con piedras para defenderse; y no a los extranjeros que se apropian de los recursos naturales, o a las bases militares estadounidenses emplazadas en Argentina. Sin duda alguna, la respuesta se vincula a la persistencia de esas mismas líneas de frontera trazadas por la generación del 37.

La estigmatización legislativa

Muchos de los prejuicios, valoraciones y representaciones sociales de los siglos precedentes aún perduran y emergen en el texto de la actual legislación argentina, como sucede con el Decreto N° 820/2016, que

modificara la Ley N° 26737 de Tierras Rurales, permitiendo una enorme concentración de tierras a manos de “inversores” extranjeros, a la par que se estigmatiza y reprime duramente la resistencia de los pueblos mapuches; o con el Decreto N° 70/2017 que modificó la Ley N° 25871, cuya inconstitucionalidad fue declarada recientemente (22/03/2018) por la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, a partir del voto fecundo del Dr. Guillermo F. Treacy, cuyos fundamentos sirvieron para poner en evidencia el carácter discriminatorio de la medida.

En cuanto a este último, más allá de los argumentos formales, en lo que aquí interesa, el Poder Ejecutivo intentó limitar el ingreso de migrantes latinoamericanos invocando razones de seguridad. Los impugnantes señalaron que las razones de urgencia invocadas en la motivación del decreto de necesidad y urgencia, mediante el cual fue declarada la “emergencia de seguridad pública” a fin de revertir el peligro colectivo creado por el crimen organizado y la criminalidad compleja, así como la observación relativa a que el 33% de los detenidos por crímenes vinculados a la narcocriminalidad son extranjeros, revelan una apreciación sesgada y se fundan en datos estadísticos desconocidos, en desmedro de los derechos de la mayoría de las personas migrantes respecto de las cuales no existen ni se proporcionan evidencias objetivas de que verdaderamente tiendan en particular a cometer los delitos de esa clase.

Pero fue el Instituto de Investigaciones “Gino Germani” de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires el que se refirió expresamente a la anulación del “espíritu garantista y hospitalario” de la Ley N° 25871 y de la Ley de Ciudadanía y Naturalización “con base en una mirada estigmatizante del migrante como delincuente”, objetando el uso del concepto de soberanía, enlazado a criterios de “seguridad nacional”, alentando el abuso de autoridad y la discriminación xenófoba.

El color de la dominación imperial

Es que en la puja por la distribución/apropiación de los recursos, la línea divisoria sigue vinculada los rasgos fenotípicos indoamericanos presentes en la mayoría de los habitantes de la Argentina y de Latinoamérica. Aunque en el Censo Nacional de 2010 sólo el 2,38% de la pobla-

ción se reconoció como perteneciente a alguna comunidad originaria, un estudio realizado por investigadores de la Universidad de Buenos Aires reveló que el 56% de la población argentina tiene antepasados indígenas, cuyos rasgos fenotípicos nos identifica y define como “no blancos”, según la caracterización de Rita Segato, quien pone de manifiesto las dificultades que surgen al momento de asumirnos como tales:

... al continente le cuesta hablar del color de la piel y de los trazos físicos de sus mayorías. Parece no haber discurso a mano para inscribir lo que de hecho es el trazo mayoritario en la tez de nuestras multitudes. Porque no se trata del indio en sus aldeas, ni del negro en los territorios de palenques que persisten, sino del rasgo generalizado en nuestras poblaciones y, en algunas situaciones, de nosotros mismos, ya que, como he repetido muchas veces, cuando pisamos en las sedes imperiales, ese trazo nos alcanza a todos, aunque tengamos cuatro abuelos europeos. La plica que aflora en los multitudinarios mestizajes es el tinte de algo tan genérico y general como la no-blancura: sin etnicidad, sin sociedad, sin “cultura” particular. Es el trazo de nuestra historia que aflora y aparece como un vínculo, como un linaje históricamente constituido escrito en la piel, una oscuridad que se adensa más en algunos paisajes, como las villas, favelas, cantegriles y cayampas de los márgenes urbanos, y, característicamente, el pasaje carcelario. Y que, también, precisamente porque la historia colonial no se ha, en momento alguno, detenido, es un trazo que nos tiñe a todos: los habitantes de estos paisajes somos todos no-blancos cuando viajamos al Norte imperial.

Segregación étnica y exclusión

Las consecuencias del estigma de ser racialmente indeseable y pobre en el propio suelo o en tierras lejanas suelen ser negativas en todo sentido:

1. La segregación social que exagera la estigmatización y actitudes sociófugas de evitamiento, alimentando los procesos de fisión social, así como la violencia interpersonal, gestada a partir de aquellas otras violencias simbólicas, estructurales y sistémicas de una comunidad que, paradójicamente, se universaliza al influjo de la globalización, aunque se encuentra sumamente fragmentada hacia el interior de sus fronteras.

2. La segregación urbana que confina a quienes se considera “indeseables”, a vivir en territorios aislados y claramente delimitados, percibidos, desde afuera y desde adentro, como lugares de perdición, que sólo frecuentarían los desviados y los desechos de la sociedad. Esos espacios territoriales son reconocidos como infiernos urbanos en los que el peligro, el vicio y el desorden están a la orden del día. Incluso, en algunas ocasiones, se les atribuyen los males y peligros que afligen a la ciudad dualizada.
3. Los efectos de la estigmatización territorial se hacen sentir también a nivel de las políticas públicas. Desde que un lugar es públicamente delimitado cartográficamente como una “zona de no derecho” y fuera de la norma, resulta fácil para las autoridades justificar medidas especiales, colocando a los barrios marginados bajo el control y la presión de las fuerzas de seguridad. Por eso no resulta extraña la intervención cada vez más frecuente de fuerzas militarizadas, como la Gendarmería Nacional, en cuestiones de seguridad interior, para controlar las líneas de frontera que separan a la civilización de las zonas de exclusión.
4. La tasa de prisionización de los inmigrantes de los países limítrofes y Perú (5%), es proporcional al el porcentaje total de inmigrantes de la región (4,6%) en nuestro país. De modo que la percepción que asocia a los migrantes con la criminalidad responde a una construcción social, que no halla concordancia con las estadísticas. Sin embargo, no existen datos estadísticos precisos acerca del “color” de las cárceles, es innegable que la mayoría de la población carcelaria se corresponde con los grupos vulnerables de la marginalidad.

Una conciencia sin fronteras

Es difícil vislumbrar un mundo sin fronteras físicas y sociales. Sin embargo, sí es posible desarrollar, como punto de partida, una conciencia que nos permita enlazar vínculos con el “otro” en un plano de auténtica igualdad, a partir de una actitud espiritual de alteridad, que permita comprender y abarcar lo diverso, así como el disenso, que es la base de

todo consenso. Porque “Cuando el corazón está auténticamente abierto a una comunión universal, nada ni nadie está excluido de esa fraternidad”.

Desde ese punto de partida, es necesario recomponer nuestra identidad reconociendo que somos parte de un pueblo con una historia mucho más extensa y rica que el reciente proceso de dominación imperial, donde la América mestiza de variados matices oscuros tiene mucho que ofrecer al mundo, más allá de sus riquezas naturales.

En este sentido, es indispensable prestar especial atención a las comunidades aborígenes con sus tradiciones culturales. No son una simple minoría entre otras, sino que deben convertirse en los principales interlocutores, sobre todo a la hora de avanzar en grandes proyectos que afecten a sus espacios. Para ellos, la tierra no es un bien económico, sino don de Dios y de los antepasados que descansan en ella, un espacio sagrado con el cual necesitan interactuar para sostener su identidad y sus valores. Cuando permanecen en sus territorios, son precisamente ellos quienes mejor los cuidan. Sin embargo, en diversas partes del mundo, son objeto de presiones para que abandonen sus tierras a fin de dejarlas libres para proyectos extractivos y agropecuarios que no prestan atención a la degradación de la naturaleza y de la cultura.²

No sólo debemos evitar nuevos desplazamientos urbanos y rurales forzosos, sino que también se debe reconfigurar el espacio territorial teniendo en cuenta el derecho de los pueblos amerindios, a través de una reparación integral que les devuelva la dignidad perdida, porque las migraciones más crueles no son las voluntarias, sino las de quienes son excluidos por la fuerza de las ciudades y los campos. Así, la exhortación de SS, el papa Francisco, respecto de la necesidad de “acoger, proteger, promover e integrar a los emigrantes y refugiados”, en esta América adquiere pleno sentido y vigencia, cuando no sólo la aplicamos respecto de los emigrantes foráneos, sino también y fundamentalmente, con relación a los extranjeros de adentro: la tierra y el hábitat urbano no pueden seguir siendo un mero factor de especulación o un instrumento de dominación económica y de explotación social.

2. Francisco, “Carta Encíclica *Laudato Si'*. Sobre el cuidado de la casa común”, *op. cit.*

Poder Judicial y gestión de los derechos sociales vista desde la vulnerabilidad

Reflexiones sobre las ponencias

Darío Reynoso*

Comenzamos con este cuarto panel que se denomina “El Poder Judicial y la Gestión de los Derechos Sociales vista desde la vulnerabilidad”.

Esta mesa observadora tiene la particularidad de ser la primera que no está compuesta exclusivamente por juristas, sino que tenemos dos representantes que trabajan en el Poder Judicial –concretamente en el Poder Judicial de la Nación–, pero además tenemos tres representantes de los movimientos y organizaciones sociales. De tal manera, analizando la composición de las jornadas, yo creo que esta es una mesa complementaria a la Mesa 1, en la que se habló de “Tierra, Techo y Trabajo como Derechos Operativos” y en este caso, se hablará de esos derechos sociales a partir de la mirada de aquellos que trabajan en el territorio y que tienen la misión de hacer cumplir y reclamar esos derechos, así como la de los operadores judiciales que también trabajan en el territorio para efectivizar dichos derechos.

Este panel está compuesto por: Nicolás Vargas, miembro del Centro de Investigaciones y Proyectos en Materia Judicial y Políticas de Estado de la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación (CIPJE) y también integrante de la Defensoría General de la Nación (DGN); por Julián Axat, Director General de Acceso a la Justicia de la Procuración General de la Nación, que tiene a su cargo las Agencias Territoriales de Acceso a la Justicia (ATAJO PGN); por Gustavo Vera, dirigente de “La Alameda”; Eduardo Murúa, dirigente del Movimiento Nacional de Empresas Recuperadas (MNER) y por Juan Grabois, abogado y dirigente de la Confederación del Trabajador de la Economía Popular (CTEP).

Como decía antes, entiendo que este panel va a abordar las tres “T” de las que habló Francisco en su discurso en Santa Cruz de la Sierra en 2015, pero desde el punto de vista de aquellos que trabajan con la gente. Como mencionó Carlos Balbín al exponer en su panel, la particularidad que tienen los documentos y las encíclicas del Papa es

*Juez de la CABA, Consejero de la Magistratura.

que nos interpelan. Justamente en aquel discurso, dirigido a los movimientos sociales, en definitiva Francisco no hizo ni más ni menos que interpelarnos, con estas preguntas:

... ¿qué puedo hacer yo, si apenas gano para comer?, ¿qué puedo hacer yo campesina, indígena, pescador, que apenas puedo resistir el avasallamiento de las grandes corporaciones?, ¿qué puede hacer ese estudiante, ese joven, ese militante que pateo las barriadas y los parajes con el corazón lleno de sueños pero casi sin ninguna solución para sus problemas?...

Y con esta respuesta: “Pueden hacer mucho [...] no se achiquen”. O sea, los interpela a que tomen ese mandato, que planteen estos derechos sociales y los exijan como tales.

En otro de los paneles, Horacio Corti nos describió la coyuntura actual, y la ejemplificó diciendo que la política social ascendente de la que se podía jactar la Argentina hasta hace unas décadas atrás, ahora se ha transformado en una especie de estratificación social, casi un regreso a las castas. Por eso, es tarea de la sociedad, y también de los panelistas que estamos acá, lograr la visibilización de los excluidos en la que aparece como posible solución el desarrollo de nuevas políticas de economía popular.

El desafío de este panel es que nos cuenten cuál es el trabajo que se va generando diariamente desde su lugar para lograr que la Argentina vuelva a ser una tierra de clases sociales ascendentes y no una sociedad de castas y excluidos, describiendo cuáles son las nuevas formas de economía popular que se van dando en nuestra sociedad y qué tarea cumplen estos movimientos y organizaciones sociales para salir de ese estancamiento. Así que los invito a que expongan, dentro de su contexto y de su función, cuál es la tarea que desarrollan a diario.

Por una auténtica cultura del diálogo y el encuentro en el litigio por derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

Nicolás Vargas*

Reflexionar sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) a la luz de la doctrina franciscana es una excelente oportunidad para llevar a los actos aquella cultura del diálogo y el encuentro a la que el papa Francisco nos invita a sumarnos desde su magisterio como una herramienta de suma utilidad para construir la paz.

Es esta cultura del diálogo y su relación con el litigio en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales la cuestión sobre la que quiero reflexionar en este breve escrito; no obstante, antes considero necesario realizar algunas aclaraciones sobre los alcances e implicancias del derecho al acceso a la justicia.

El acceso a la justicia es aquel derecho y garantía con reconocimiento constitucional y convencional que funciona como un derecho bisagra, ya que permite hacer efectivos otros derechos que han sido vulnerados o que deben ser reconocidos.

Este derecho no se limita sólo a facilitar el acceso a los tribunales, sino que comprende además la posibilidad de contar con asesoramiento jurídico o, dicho de otro modo, con asistencia jurídica integral.¹

Además, cobra particular relevancia cuando se trata de colectivos vulnerables, tales como los migrantes y los desplazados internos, las

*Miembro del Centro de Investigaciones y Proyectos en materia judicial y políticas de Estado de la Unión de Empleados de Justicia de la Nación. Doctorando en Derechos Humanos (Universidad Nacional de Lanús).

1. Sobre el concepto, fin y alcance del derecho al acceso a la justicia ver Gutiérrez, Mariano; Roberto, Cristian; Marta, Luana y Meincke Jerónimo, "El trabajo de acceso a la justicia", en *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, N° 12, Buenos Aires, 2017. Disponible en: <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/revista/Revista%20MPD%202017.compressed.pdf>

mujeres, las personas que están privadas de su libertad, las personas con capacidades diferentes, los pueblos originarios o alguna minoría, quienes han sido víctimas de algún delito y pueden ser revictimizados por el sistema judicial, o quienes se encuentran en situación de pobreza.

De acuerdo a las Reglas de Brasilia² la pobreza, que como sostiene el papa Francisco es fruto de la injusticia social, la miseria moral, la codicia de unos pocos y la indiferencia generalizada,³ opera como causa de exclusión social y es un obstáculo para el acceso a la justicia que se potencia cuando se dan otras causas de vulnerabilidad.⁴

Ante esa pobreza, cuya existencia se hace más dolorosa frente a la gran desigualdad que existe en Latinoamérica,⁵ la pregunta que nos debemos hacer es ¿cómo deben actuar las instituciones judiciales?

Han quedado muy atrás en el tiempo aquellas posturas según las cuales no se podía exigir ante los tribunales el ejercicio de los derechos económicos y sociales por una errónea distinción entre derechos de primera generación y derechos de segunda generación.

Hoy, el sistema judicial tiene como misión ineludible poner en marcha los mecanismos necesarios para garantizar el acceso a la justicia a fin de que las poblaciones vulnerables puedan litigar en pos del ejercicio de los derechos sociales en los casos en los que los otros poderes públicos no han podido o no han sabido garantizarlos. El sistema judicial es el último resguardo institucional,⁶ sobre todo cuando estamos frente a escenarios generalizados de incumplimiento de obligaciones estatales relevantes en materia de políticas públicas.⁷

Para decirlo de una manera clara, cuando tenemos poblaciones enteras que no tienen acceso a derechos elementales como el agua o el

2. Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Situación de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que se celebró en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008. La CSJN, mediante la Acordada N° 5/09, adhirió a ellas y además indicó que deben ser usadas como guía.

3. Mensaje del papa Francisco en la I Jornada Mundial de los Pobres, Domingo XXXIII del Tiempo Ordinario, 19 de noviembre de 2017, "No amemos de palabra sino con obras".

4. Regla quince.

5. Si bien América Latina no es la región más pobre del mundo, sí es la región más desigual.

6. Abramovich, Víctor, "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, N° 9, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 10.

7. *Ibidem*, p. 13.

saneamiento, la actitud que debemos tomar desde el sistema de justicia es una actitud empática y proactiva para construir una justicia que respete la dignidad y los derechos de la persona humana.⁸

Desde esta óptica se deben pensar los conflictos –donde se encuentra en juego el acceso a derechos económicos, sociales, culturales– desde su dimensión humana, es decir, dejando de lado la visión burocrática identificada con la ideología del trámite y la falta de empatía hacia al otro.

Entonces, los operadores judiciales deben adoptar una actitud sensible para construir lo que Francisco llama una justicia realmente humana. En esa construcción, los trabajadores y las trabajadoras judiciales tenemos un rol fundamental.

El derecho a ser oído, que es reconocido por los principales instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, es de cabal importancia porque es la herramienta con la que cuenta quien es parte de un proceso judicial para dar a conocer su posición y hacer valer sus derechos.

Este derecho cobra mayor dimensión e importancia cuando se trata de sujetos vulnerables, quienes –como ya hemos visto– encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Es por ello que debemos realizar un esfuerzo adicional para que la voz de los vulnerables, que históricamente ha sido silenciada y menospreciada en el debate público, sea oída en los procesos judiciales que los involucran.

Muchas veces esas propias poblaciones vulnerables que viven en la pobreza son quienes pueden y quieren colaborar en la búsqueda de soluciones para mejorar su calidad de vida y vivir con dignidad.

Los pobres son parte de la solución, no son parte del problema.

Aquí es donde entra en juego la cuestión de cómo se garantiza el acceso a la justicia desde las instituciones judiciales. Tanto el Ministerio Público de la Defensa como el Ministerio Público Fiscal han llevado adelante en los últimos años diversos programas específicos tendientes a garantizar este derecho a los sectores vulnerables.

8. La referencia a que la justicia debe respetar la dignidad y los derechos de la persona humana ha sido realizada por el papa Francisco en el discurso pronunciado ante una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal el 23 de octubre de 2014.

Puntualmente, el Ministerio Público de la Defensa cuenta con dos programas que trabajan en barrios populares.

Uno de ellos es el equipo que trabaja en los Centros de Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que está conformado por abogados, abogadas y trabajadores sociales que concurren a los centros de acceso a la justicia ubicados en algunas villas y barrios populares de la Ciudad Autónoma y brindan asesoramiento, además de hacer derivaciones con seguimiento.

El otro es el equipo de trabajo de la causa “Mendoza”,⁹ que trabaja en forma articulada con el Ministerio Público de la Defensa de la CABA. El fallo “Mendoza” no es ni más ni menos que la “causa Riachuelo”.

Esta causa, más allá del componente ambiental vinculado a la limpieza del río, tiene también un componente de derechos económicos, sociales y culturales que comprende la urbanización o relocalización de diversos barrios de la cuenca Matanza Riachuelo, cuya población se encuentra en situación de riesgo ambiental.

En el marco de la ejecución del fallo “Mendoza”, sin dejar de señalar los permanentes incumplimientos de plazos como así también los serios déficits que se dan en la ejecución,¹⁰ se ha dado una experiencia que merece ser destacada porque reafirma el valor de la cultura del diálogo y el encuentro.

El papa Francisco, en la Encíclica *Laudato Si'*, pone un énfasis especial en el derecho al agua. Lo plantea como un derecho básico, una cuestión que debe ser nodal en el desarrollo de las políticas públicas, porque es determinante para la vida, y es fundamental para acceder a estos derechos.

En el Campo Unamuno,¹¹ que es uno de los lugares que debe ser urbanizado en virtud del fallo “Mendoza”, existen tres barrios: el Soledad, el Libre Amanecer y el 17 de Marzo, que no tenían acceso al agua

9. Equipo de Abordaje Territorial de la Defensoría General de la Nación, “La cuestión social como objeto principal en la ejecución de la sentencia en la causa “Riachuelo-Matanza”: un desafío en la práctica de la defensa pública”, en *Los desafíos del litigio en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Ministerio Público de la Defensa, 2017. Disponible en: <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/DESC.pdf> [Fecha de consulta: 12/02/2019].

10. “La causa ‘Mendoza’: la relocalización de las familias y el derecho a una vida digna. Las personas no son cosas”, *op. cit.*

11. Es un conjunto de barrios de la parte más nueva de Villa Fiorito en Lomas de Zamora.

potable y segura. Obtenían agua por conexiones hechas por vecinos en forma casera, o con un servicio que les llevaba agua mediante el reparto con un camión, sin ningún tipo de regularidad ni seguridad.

Así, en las mesas de trabajo que comenzaron a realizarse en el campo Unamuno en el mes de octubre de 2017 para asegurar el derecho a la participación de los afectados por la causa Riachuelo,¹² la problemática del acceso al agua potable surgió, como era de esperarse, como el conflicto más urgente y acuciante que merecía una pronta solución.

Luego de meses de lucha de los vecinos y referentes del Campo Unamuno se obtuvo el compromiso de la construcción de las redes de agua; pero el nuevo problema que surgió era qué hacer en el *mientras tanto*, es decir cómo se aseguraba el acceso al agua potable y segura mientras las redes eran construidas.

Es aquí donde la cuestión toma un giro muy interesante, porque la solución para que se garantice un suministro mínimo e indispensable de agua potable de forma provisoria no surgió de ninguna de las instituciones que participaban de la mesa de trabajo, sino que provino de los propios vecinos que idearon un sistema que contemplaba la instalación de tanques en diferentes puntos de los barrios y que, llenados a diario por camiones cisternas, garantizaban una dotación de agua que permitía asegurar una cantidad de agua potable y segura para los usos más elementales.

Este sistema –que insisto ha sido ideado por los propios afectados– funcionó hasta que finalmente fueron concluidas y habilitadas las redes de agua.

No pretendo pecar de inocente ni sugerir que el litigio en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales sea la panacea ni implique la solución automática de todos los déficits que existen en nuestro país respecto de estos derechos. Pero sí quiero poner sobre la mesa la potencialidad de la herramienta y dejar en claro que cuando hablamos de litigio en materia de DESCA es ineludible habilitar canales que habiliten la participación real, y no sólo formal, de

12. Sobre el punto ver Bercovich, Luciana; Garone, Noelia; Tarbuch, Laura y Ureta, Facundo, “La participación de los afectados en el caso ‘Mendoza’: un derecho en construcción”, en *Revista Institucional del Ministerio Público de la Defensa*, op. cit., p. 123. Disponible en: <https://www.mpdefensa.gob.ar/publicaciones/revista-institucional-n6>

quienes se ven privados de derechos tan elementales como son el derecho al techo y a la tierra.

Para finalizar, quisiera dejar enunciadas tres cuestiones claves que hay que tener presentes si queremos profundizar un enfoque jurídico inspirado en la doctrina franciscana.

Primero, que los sectores populares no son el problema, sino que son parte de la solución y tienen el derecho a participar en la construcción de las soluciones.

Segundo, que sin acceso a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales no puede haber orden ni desarrollo sostenible integral.¹³

Y en tercer y último lugar, quiero decir que los trabajadores judiciales estamos llamados a ser protagonistas en la transformación del sistema judicial basado en el valor Justicia y en la primacía de la dignidad de la persona humana.

13. En el discurso pronunciado el 3 de junio de 2016, en la Pontificia Academia de las Ciencias Sociales con motivo de la Cumbre de los Jueces sobre la Trata de Personas y el Crimen Organizado, el papa Francisco dijo: “Pido a los jueces que realicen su vocación y misión esencial: establecer la justicia sin la cual no hay orden, ni desarrollo sostenible e integral, ni tampoco paz social”.

Acceso a la justicia de las personas vulnerables: la experiencia de trabajo comunitario entre el Ministerio Público Fiscal y la Iglesia católica

Julián Axat*

Durante décadas, el sistema argentino de administración de justicia mantuvo una cuantiosa deuda en materia de acceso a la justicia con los sectores en situación de vulnerabilidad social. En la actualidad, si bien las acciones institucionales orientadas a subsanar esa deuda son bastante recientes, se puede afirmar que existen buenos ejemplos de experiencias que acercan herramientas jurídicas a las comunidades, que comprenden iniciativas tanto del Poder Ejecutivo Nacional, como de la Defensoría General de la Nación y de la Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este contexto, la experiencia de las Agencias Territoriales de Acceso a la Justicia (ATAJO) de la Dirección General de Acceso a la Justicia del Ministerio Público Fiscal (MPF), constituyó el primer paso del fuero federal hacia una justicia de proximidad con los sectores vulnerables.

La defensa de la legalidad debe ser entendida como la responsabilidad de asegurar y proteger el disfrute de los derechos humanos previstos en nuestro sistema jurídico para toda la ciudadanía. Los Estados democráticos deben contemplar mecanismos que garanticen la tutela judicial efectiva y, en ese camino, el MPF asumió un rol activo a fin de facilitar el acceso a la justicia de los sectores relegados. A la clásica noción de acceso a la justicia como el ingreso al sistema judicial, los

* Director General de Acceso a la Justicia de la Procuración General de la Nación. Es abogado por la Universidad Nacional de La Plata y magíster en Ciencias Sociales por la misma casa de estudios. Entre 2008 y 2015 fue titular de la Defensoría del Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil N° 16 de La Plata.

ATAJO agregan la idea de un MPF con sus puertas abiertas a la comunidad. Se trata del reconocimiento irrestricto de los derechos del cual deben gozar todas las personas.

De esta manera, la concepción de acceso a la justicia que propone un dispositivo como ATAJO implica dar voz a quienes no logran hacerse oír por limitaciones sociales, geográficas, económicas o culturales. Esto lleva a transversalizar y revisar los vasos comunicantes del organismo y sus mecanismos tradicionales frente a las personas que presentan mayores dificultades para ser defendidas en sus derechos.

La noción de acceso a la justicia experimentó importantes transformaciones a lo largo del tiempo. Según Diego Robles, se pueden mencionar diversas etapas: una cuyo objetivo es remover los obstáculos y condicionantes económicos a través de la organización de servicios jurídicos gratuitos; otra etapa dada por la ampliación de la nómina de derechos y mejoramiento de los procedimientos existentes. Finalmente, menciona una tercera etapa, más sociológica, de diagnóstico y acción, determinada por el desarrollo de investigaciones empíricas. Desde esta última perspectiva, surge la necesidad de una mirada interdisciplinaria y el acceso o el no acceso comienzan a develar sus verdaderas causas.¹

Desde un punto de vista normativo, el acceso a la justicia se encuentra consagrado implícitamente en la Constitución Nacional en los artículos 16, 18 y 33 y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados e incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, que también ofrecen pautas claras vinculadas con el acceso a la justicia.

Es de este modo que, a partir de considerar el acceso a la justicia como un continuo y como mandato constitucional, ante la necesidad de que las personas conozcan sus derechos, surge la idea de acceso al MPF sin barreras, que garantice a las personas que inician un proceso un acompañamiento y la debida información sobre las cuestiones de su tramitación hasta el efectivo cumplimiento.

1. Robles, Diego A., "El concepto de acceso a la justicia: aspectos teóricos, implicancias prácticas", en Salanueva, Olga y González, Manuela, *Los pobres y el acceso a la Justicia*, La Plata, EDULP, 2011, pp. 57-85.

Es decir, que una pauta de acceso a la justicia generosa implica que aquellos a quienes el MPF dirige su servicio de justicia puedan comenzar a formar parte y/o participar como sujetos constitucionales en los procesos de defensa de la legalidad constitucional que dicho organismo tiene interés de promover, creando instancias propias de remoción de obstáculos objetivos y subjetivos para cumplir con su mandato funcional.

La política de acceso a la justicia del Ministerio Público Fiscal

En junio de 2014 se creó el Programa de Acceso Comunitario a la Justicia de la Procuración General de la Nación (PGN),² con el principal objetivo de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y su participación en el sistema de administración de justicia a partir de la recepción de todo tipo de conflictividades vinculadas a estos sectores de la población, y canalizarlas para remover esos obstáculos a través de distintos mecanismos.

El programa retomaba los postulados de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, incorporados como parte de la actividad del MPF.³ En este nuevo esquema, el dispositivo debía explorar alternativas de carácter preventivo que fomentaran diferentes formas de relación con la comunidad y que fueran un complemento de las clásicas funciones de persecución criminal del organismo. Para esto, el MPF debía volverse más sensible a los intereses y perspectivas de las personas en condición de vulnerabilidad. Es bajo esas directrices fundamentales que la Dirección desarrolla su trabajo cotidiano.

Ante el creciente desarrollo de la tarea realizada en ese período, y a partir de la decisión de fortalecer su expansión y alcance, en junio de 2015 se conformó la Dirección General de Acceso a la Justicia.⁴ Desde sus inicios, esta dependencia se ha expandido tanto territorial

2. Resolución PGN N° 1316/14.

3. Resolución PGN N° 58/09.

4. Mediante la Resolución PGN N° 2636/15.

como funcionalmente. En la actualidad hay más de veinte puntos de atención en el país que incluyen oficinas fijas, dispositivos móviles que recorren distintos lugares de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires y enlaces en diversas fiscalías federales de las provincias. Asimismo, se ha proyectado la creación de espacios de promoción de derechos en lugares ganados al narcotráfico. La primera experiencia en este sentido fue concretada en agosto de 2016 en la Villa 31 del barrio de Retiro (CABA).

Puesta en funcionamiento de las Reglas de Brasilia

Como se hizo referencia *supra*, el programa retomaba los postulados de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad,⁵ que definen a este grupo de personas como 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 ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. En concreto, estas reglas desarrollan principios de actuación y recomendaciones para el trabajo de los operadores judiciales con relación al acceso a la justicia de los sectores más desfavorecidos de la población.

En este sentido, siguiendo las Reglas, se estableció un parámetro de actuación del Programa de Acceso a la Justicia, coherente con las reglas 38 a 42, a saber:

- Adopción de las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Incluso se propicia la atención prioritaria de aquellas personas en condición de vulnerabilidad.

5. Las 100 Reglas de Brasilia fueron aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en marzo de 2008 en la capital de la República Federativa de Brasil. El Ministerio Público Fiscal de la Nación adhirió a esa normativa mediante la Resolución PGN N° 58/09.

- Establecimiento de mecanismos de coordinación intra e interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar la interdependencia de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades, tanto públicas como privadas, que forman parte o participan en el sistema de justicia.
- Adopción de medidas orientadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad.
- Actuación de equipos multidisciplinarios para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad.
- Adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación.

Todos estos parámetros cincelando un modo de acercamiento a través de la creación de oficinas fijas o móviles de atención desde el MPF, con equipos interdisciplinarios de recepción, protocolos de actuación-derivación, espacios de gestión y solución de conflictividades, etcétera.

Descentralización e inserción territorial

La incorporación de un dispositivo como el que conforman los ATAJO implica enfrentar grandes desafíos. En primer lugar, resulta indispensable la adaptación de procedimientos administrativos y funcionales del organismo para lograr una proximidad con los sectores vulnerables. En segundo lugar, es necesario diseñar estrategias de descentralización que permitan una inserción real que ayude a disminuir la desconfianza que estos sectores sienten respecto a las instituciones judiciales.

La apertura de las agencias implicó cambios sustantivos en la metodología de trabajo del MPF. Además, el inicio del trabajo de los equipos multidisciplinarios de estas agencias requiere del desarrollo de procesos dinámicos, que deben ser actualizados permanente-

mente en un ejercicio cotidiano de fortalecimiento de los vínculos con la comunidad: localización del sector geográfico concreto dentro del barrio para la instalación del módulo en el que funcionará el ATAJO; establecimiento de vínculos de confianza con la población local y remoción progresiva de posibles prejuicios sobre el rol de la justicia en general y del MPF en particular en su relación con los sectores vulnerables; identificación de los actores institucionales y comunitarios activos en el territorio, como comedores, parroquias, clubes, efectores de los sistemas salud, las ONG y otros organismos estatales; reconocimiento de los canales comunitarios y alternativos de resolución de conflictos preexistentes.

Articulación con la sociedad civil. El caso de la Iglesia católica

Una de las misiones de ATAJO es generar y fortalecer los vínculos entre la sociedad civil y el MPF. Debido a que los sectores en condición de vulnerabilidad asumen distintas formas de representación, esa relación se nutre a través de organizaciones sociales que trabajan con ellos. Por eso, se mantienen y proponen espacios de diálogo con actores sociales que representan intereses difusos-colectivos-comunitarios afectados o con dificultades para acceder a sus derechos. Se trata de que el MPF encuentre la forma más adecuada para acompañar a estos sectores en el goce efectivo de sus derechos constitucionales.

Estas iniciativas de colaboración y articulación con diferentes actores fortalecieron la actuación del Ministerio Público Fiscal en la promoción y consolidación de espacios para la canalización de problemáticas en instancias judiciales o administrativas.

En este proceso, la Iglesia católica inserta en los territorios tiene un rol central. Al llegar a los barrios, los equipos de las ATAJO intentan mediar en las relaciones sociales a fin de generar espacios de gestión judicial de las conflictividades. Esta defensa de la legalidad hace posible el encuentro cotidiano entre el MPF y los curas y laicos que trabajan en los barrios carenciados, quienes realizan intervenciones indispensables para generar mediación y contención de las problemáticas sociales.

La labor continua que encaran se traduce en un conocimiento sustantivo de los conflictos y en la construcción de recursos y estrategias efectivas ante situaciones de emergencia. Ejemplo de esto es el resguardo de mujeres víctimas de violencia de género, el sostén de espacios educativos a través de talleres de oficios y apoyo escolar, la provisión de elementos básicos para la subsistencia, el apoyo de personas que padecen adicciones a sustancias psicoactivas o el abrigo de otras en situación de calle, entre algunas acciones.

Las agencias territoriales del MPF encuentran en estos ámbitos aliados para el trabajo cotidiano. Esta relación permitió establecer un diálogo e intervención entre Iglesia y Estado frente a situaciones de vulnerabilidad social.

De manera sintética, los tipos de intervención de los equipos de trabajo abarcan el asesoramiento jurídico, la asistencia al Poder Judicial en las distintas instancias del proceso, la recepción y derivación de denuncias penales, la búsqueda de información judicial y/o administrativa, la realización de informes, la facilitación en la gestión administrativa y judicial de problemas, la derivación responsable a otras instituciones, actividades de formación y promoción de derechos, entre otras.

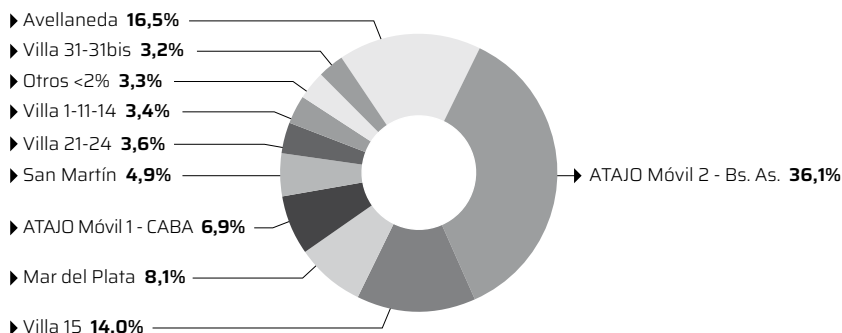
Cabe destacar que la relación se produce desde distintas dinámicas: por medio de la derivación de casos, directamente de las parroquias de los barrios a las oficinas cercanas del MPF, o bien se atiende dentro de las mismas iglesias con equipos móviles que atienden en el lugar o en dependencias que se ponen a disposición dentro del ámbito pastoral.

La magnitud del trabajo conjunto entre los dispositivos territoriales descentralizados del MPF y los de la Iglesia católica se manifiesta en las 2.528 consultas atendidas por la Dirección de Acceso a la Justicia exclusivamente a partir de la derivación o articulación con efectores barriales de la iglesia entre julio de 2014 y mayo de 2018. Esto representa más del 12% del total de las consultas evacuadas por las oficinas de acceso a la justicia del MPF - ATAJO, que en ese período alcanzó las 19.803.

A fin de formalizar y profundizar las articulaciones, durante 2016 se dispuso la firma de convenios de colaboración con diversas instancias de la Iglesia, como la Vicaría para la Pastoral de Villas de

Emergencia del Arzobispado de la Ciudad de Buenos Aires; los obispos de Lomas de Zamora, Merlo-Moreno y Quilmes, parroquias San Juan Bosco, de José León Suarez (San Martín) y Nuestra Señora de Fátima, de la Isla Maciel (Avellaneda); arzobispado de Chaco.⁶ El siguiente gráfico ilustra la distribución territorial de las consultas trabajadas en conjunto durante el período julio 2014-mayo 2018.

► Consultas según Agencias territoriales



Vale agregar que el nivel de articulación entre las ATAJO y las/los representantes de la Iglesia en los territorios evoluciona satisfactoriamente con el transcurso del tiempo, tal como se observa en el siguiente gráfico.

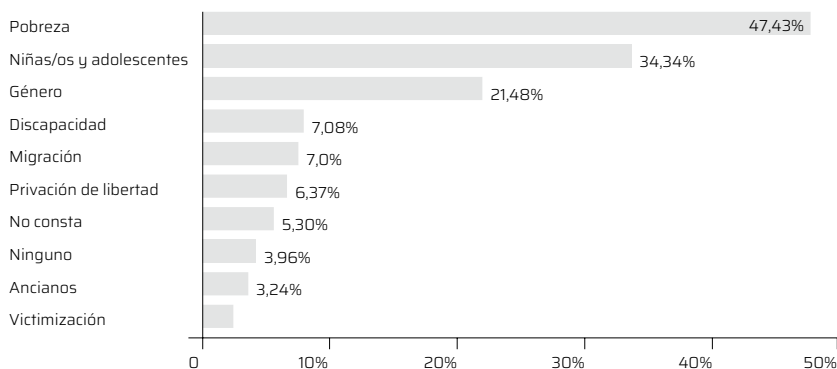
6. Los convenios pueden consultarse en la página del MPF: <https://www.fiscales.gob.ar/atajo/?tipo-entrada=documentos>; o bien en la Agencia de Comunicación de la Iglesia Argentina (AICA): <http://www.aica.org/24524-el-obispado-de-lomas-zamora-la-procuracion-general-nacion-por.html>

► Evolución de las consultas en el período



Un vector que caracteriza a las problemáticas que llegan en consulta está dado por los factores de vulnerabilidad, que tal como mencionamos surge de las 100 Reglas de Brasilia. El siguiente gráfico muestra la intensidad de cada factor en el conjunto de consultas evacuadas en el período. Se puede observar que una gran proporción de las problemáticas se encuentran atravesadas por la condición de pobreza, que alcanza al 47,4%; la niñez y la adolescencia (34,3%), y el género (21,4%). Resulta necesario destacar que estos tres factores tienen un mayor peso relativo en el universo de consultas trabajadas con la Iglesia que en el universo de consultas totales (32,1%, 26,2% y 16,3% respectivamente), lo cual enfatiza el perfil de personas consultantes derivadas por la iglesia a las ATAJO.

► Consultas según factores de vulnerabilidad

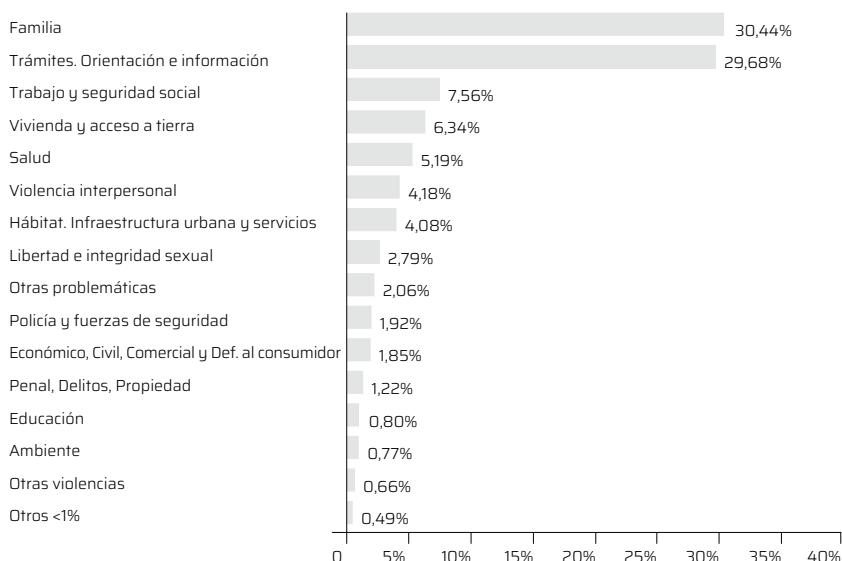


Es preciso aclarar que estos factores no son excluyentes y que cada consulta involucra habitualmente a más de uno, potenciando la condición vulnerable de los consultantes. Otra aclaración importante es que el indicador no releva la condición de pobreza o la presencia de menores en el hogar, sino sólo aquellos casos en los que estas condiciones se encuentran directamente relacionadas con la problemática planteada.

Respecto a las problemáticas a las que se refieren las consultas trabajadas, se destacan los asuntos de familia (30,44%), los pedidos de orientación e información sobre trámites judiciales y administrativos (29,68 %), las consultas sobre trabajo y seguridad social (7,56%)

y cuestiones relacionadas a vivienda y acceso a la tierra (6,34%). Entre las problemáticas con menor frecuencia, pero que revisten relevancia institucional, se destacan las consultas sobre irregularidades o falta de atención en el sistema de salud (5,19%), de violencia interpersonal (4,18%) y de hábitat, infraestructura urbana y servicios (4,08%).

► Consultas según grupo de problemáticas



Distribución comparada de consultas por tipo de problemática

Las consultas trabajadas con instituciones religiosas presentan una gran variedad de problemáticas que, en general, siguen una distribución similar al conjunto de consultas evacuadas en todas las agencias.

► Consultas evacuadas por todas las agencias



► Consultas articuladas con instituciones religiosas



En ambos gráficos se observa un predominio de las problemáticas relacionadas con reclamos civiles bajo el título Familia (alimentos, responsabilidad parental, etc.), consultas sobre violencia intrafamiliar (en su mayoría hechos que involucran violencia de género) y diversas solicitudes de acceso a la información sobre causas penales o civiles en trámite con y sin detenidos.

Observando las diferencias, se puede ver que entre las consultas articuladas con instituciones religiosas crecen algunos temas en particular:

- Problemáticas relacionadas con migrantes: 6,32% vs. 2,25%
- Despidos / indemnizaciones / salario: 2,22% vs. 1,56%
- Desalojos: 1,75% vs. 1,03%
- Seguridad social, obras sociales y asignaciones: 2,87% vs. 1,83%

Entre las problemáticas en articulación con instituciones religiosas que se destacan por su gravedad y/o trascendencia institucional:

- 3 casos de trata y explotación laboral
- 6 casos de trata y explotación sexual
- 20 casos sobre daño ambiental
- 43 casos de delitos de carácter económico (estafas y defraudaciones, tarjetas de crédito, incumplimiento de servicios, préstamos usurarios, etc.)
- 43 casos que involucraron problemáticas vinculadas con la acción irregular de fuerzas de seguridad (especialmente detenciones o allanamientos irregulares y/o con el ejercicio arbitrario de la violencia); en este grupo se denunciaron también 4 homicidios cometidos por integrantes de FF. SS.
- 4 hechos de femicidio.

Proyecto de capacitación regional “Misión por la justicia”

Finalmente, esta alianza estratégica entre el MPF y la Iglesia católica se expresó en el curso regional “Misión por la justicia. La experiencia del MPF argentino en materia de acceso a la justicia” en septiembre de 2017, que contó con más de 400 personas inscriptas provenientes de los

Ministerios Públicos Fiscales de la Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Paraguay, Portugal y Perú.⁷

El curso fue auspiciado por la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP) y nació en diciembre de 2016 en el Vaticano, cuando el papa Francisco recibió a la entonces titular de la Procuración General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, junto al Fiscal General de Bolivia y titular de la AIAMP, Ramiro Guerrero Peñaranda, y al Procurador General de Uruguay, Jorge Díaz Almeida.

El objetivo fue analizar y profundizar la línea de acción que lleva adelante la Dirección General de Acceso a la Justicia a través de sus oficinas para compartir y amplificar esta experiencia a nivel local y regional.

Durante el curso, cuya plataforma fue virtual, son los mismos obispos y distintos representantes de la Iglesia, junto con los operadores de la Dirección General de Acceso a la Justicia, quienes exponen las formas de atención y cooperación en la materia, como así los diversos resultados arrojados por la experiencia.

A modo de conclusión

Tal como se expone en el presente trabajo, desde el Ministerio Público Fiscal de la Nación se ha ensayado una propuesta institucional de generar y fortalecer vínculos con distintos actores de la sociedad civil, especialmente con aquellos que tienen una histórica inserción en la vida comunitaria de los barrios vulnerables, ello a fin de garantizar el acceso a la justicia.

En el caso particular de la Iglesia católica, la experiencia en distintas localidades y puntos del país ha sido satisfactoria, tanto desde el modo de cooperación elegido, resultados de las intervenciones, los lugares de atención, como en formas de trabajo y puesta en conocimiento.

Las líneas de trabajo principales nos permiten concluir que:

- Es posible realizar una propuesta de articulación entre el Ministerio Público y una institución como la Iglesia católica, ante problemáticas de vulnerabilidad que merecen rápida

7. Disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2017/08/Programa-curso-virtual-Misi%C3%B3n-por-la-Justicia.pdf>

atención estatal y cuyos obstáculos pueden ser removidos sobre la base de distintos tipos de cooperación.

- La intervención del Ministerio Público desde el punto de vista preventivo o en función de facilitación en el acceso a su instancia, en lugares de alta vulnerabilidad y en espacios pertenecientes a la Iglesia, permite captar problemáticas que no llegan desde el dispositivo policial o no se presentan espontáneamente en las fiscalías.
- El tipo de casos que merecen especial atención y que son captados por la agencia de acceso a la justicia del MPF en dichas instancias van desde los más graves (femicidios, trata de personas, criminalidad económica, etc.) o menos graves (cuestiones de familia, seguridad social, laboral, etc.), siendo central en todos los casos el acompañamiento de las personas víctimas en situación de vulnerabilidad (mujeres, migrantes, niños, comunidades originarias, etc.).
- El fenómeno de la criminalidad compleja puede ser visualizado con mayor detenimiento, subyacente en muchas de las situaciones que se presentan, bajo un nivel de profundización y por fuera de la fragmentación superficial (así por ejemplo, en los casos de fraudes individuales-sobreendeudamiento, o bien en los casos de daño ambiental, etc.).
- El grado de incidencia del MPF en estas zonas permite explorar respuestas de proximidad y de prevención social del delito, así como de promoción de derechos como herramientas de accesibilidad que, paralelamente, nutran la Procuración General de otro tipo de información que habilite la proyección de su política criminal en función de una participación igualitaria en el sistema de administración de justicia.
- Es posible replicar la experiencia, teniendo en cuenta el modelo argentino, pero sin ignorar las particularidades de cada territorio-región.

Reflexiones

Gustavo Vera*

Quisiera agradecer a los Dres. Gallardo y Moreno, a monseñor Sánchez Sorondo, canciller de la Academia Pontificia y también saludar a los hermanos Pepe y Maletti. Voy a ser molesto, porque para eso me convocaron, para ser políticamente incorrecto.

En el ámbito privado, cuando un servicio funciona mal cada vez tiene menos ingresos y a la larga termina quebrando. En la política y en la justicia tenemos la rara ecuación de que, cuando peor funciona, más ganan. Tenemos jueces en todos los ámbitos que están cobrando arriba de los cien mil pesos, totalmente despreocupados de si hay una devaluación, hiperinflación, no pagan impuesto a las ganancias, tienen una vida bastante cómoda y, sin embargo, nada les quita el sueño...

No me refiero a los que están acá presentes, que son las pocas excepciones que tratan de hacer justicia que, hoy, en la Argentina, es casi remar contra la corriente, o al extraordinario programa ATAJO que el propio Gobierno quiso dismantelar. Les hablo desde la experiencia de tener en trámite más de 200 causas en fuero federal, de haber recorrido el país, de haber conocido muchísimos jueces y fiscales federales, de muchas causas que se han convertido en sentencia judicial firme y las conclusiones que fui sacando en el camino.

Lo primero es enmarcar lo que el papa Francisco señala: estamos en una sociedad que lamentablemente prioriza al “Dios dinero”, un capitalismo salvaje, que pone el centro en el paradigma tecnocrático, donde el desarrollo de la tecnología descarta cada vez más gente. Este descarte produce migraciones y concentraciones en grandes centros urbanos de un importante sector de personas que buscan desesperadamente trabajo y están en un estado de gran vulnerabilidad. Y en esa situación de vulnerabilidad hay sectores que se aprovechan de ella para desarrollar una especie de acumulación mafiosa de capital, a través de lo que se conoce como criminalidad organizada. ¿Organizada

*Referente de la ONG La Alameda.

por quién? Organizada por los vivos que se aprovechan de la miseria y la pobreza, y los que les dan, de alguna manera, una especie de zona liberada desde el propio Estado. La asociación de tratantes y narcos con funcionarios del Estado que les liberan zonas a cambio de peajes se la llama, en Italia, “mafiosidad”.

En abril de 2013 se celebró en esta facultad el Primer Congreso de la Red Antimafia; hablamos de mafia y a todos se les pararon los pelos; les parecía que era exagerado. Ayer leí en el diario *La Nación* una página entera donde escriben “sorprendidos” sobre el vínculo entre el Estado y el narcotráfico, y el Estado y la trata de personas a través de intendentes, funcionarios, etcétera.

Si bien el tema, gracias a la lucha que dieron las organizaciones de la sociedad civil, se ha convertido en leyes de prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas y se ha instalado en la agenda pública, todavía estamos muy lejos de que se imparta justicia. Sólo para darles un ejemplo, la Argentina, durante muchos años, ha sido diagnosticada en el ranking anual de Naciones Unidas como el tercer exportador de cocaína a nivel mundial y el primer consumidor latinoamericano, segundo de América después de EE. UU. Recuerdo que durante la organización de un coloquio de jueces sobre trata y narcotráfico en el Vaticano, se me acercó un juez de una de las salas del Penal Económico Federal, y me contó que desde que asumió como magistrado en esa sala en el año 1995 y hasta ese momento, no recibió jamás una causa vinculada al narcotráfico y el puerto. Los juzgados y las cárceles están repletas de vulnerables, que son explotados a través de las redes del narcomenudeo, con los cuales los jueces que cobran 150 mil pesos o más –y ni siquiera pagan impuesto a las ganancias– hacen estadísticas y dicen que imparten justicia. Esta es la realidad.

Participé de una especie de paritaria que hizo una multisectorial de gremios y organizaciones sociales de Mar del Plata, con los gremios de la pesca, camioneros, en el puerto de esa ciudad, porque los compañeros no están trabajando, a causa de que la pesca se está desplazando hacia la Patagonia. Allí existe una especie de convención mediante la cual las empresas que tienen la cuota de pesca, cuando no pescan, pagan un salario garantizado de siete mil quinientos pesos, que por supuesto es una miseria y no alcanza ni para medio mes. El tema es que hay un montón de empresas que retienen la cuota de pesca, que incumplen y no pescan,

y sin embargo la retienen, para mantener su presencia en el puerto, y pagan el “salario” garantizado. La pregunta lógica que se hacían los trabajadores que están en tierra es: ¿cómo hacen estas empresas para pagar ese salario garantizado si hace años que no pescan? Elemental, aprovechan su presencia en el puerto con “cuota de pesca” como pantalla para narcotráfico, entre otras cosas. Presencia en el puerto para pantalla de negocios ilícitos, y mientras tanto se sostiene a ocho mil personas en una situación de extrema vulnerabilidad.

Entonces, hay mucho debate, muchos fariseísmos respecto de las problemáticas sociales, de la trata de personas, etcétera, desde los juzgados y particularmente desde la justicia federal, pero muy pocos resultados concretos y lamentables resultados cuando uno analiza alguna causa que ha sido emblemática.

Por ejemplo, en el año 2005 se inició la causa “Salazar Nina” y fue la primera que tuvo sentencia judicial firme sobre trata laboral; como en ese momento no se había sancionado la ley de trata se juzgó a los acusados por reducción a la servidumbre y violación a la ley de migraciones. Ocho años después, los responsables de estos talleres dedicados a la industria textil, que explotaban a trabajadores indocumentados catorce a dieciséis horas diarias, los mantenían encerrados en los mismos talleres donde laboraban y sólo les permitían salir un rato los fines de semana, les pegaban y abusaban de las mujeres, están presos. Pero no eran más que los perejiles, porque las marcas que se beneficiaban de toda esta explotación: Lacar (que quebró y luego fue recuperada por sus trabajadores en 2010) y Montagne (que sigue teniendo locales en todos los shoppings) jamás fueron investigadas a pesar de que eran solidariamente responsables según la Ley de trabajo a domicilio N° 12713.

Peor todavía: en el año 2007 el juez Oyarbide, quien tramitaba la causa, ordenó un allanamiento simultáneo a catorce talleres, cuyos dueños fueron luego condenados con sentencia judicial firme en el año 2013. En aquellos allanamientos no hubo la más mínima preocupación por reparar a las víctimas, ni por incautar las máquinas para darles trabajo. El juez Oyarbide resolvió dejarlas tiradas en un galpón casi a la intemperie y a las víctimas en la calle. Años después, cuando la causa llega al Tribunal Oral, el Tribunal se da cuenta de que podía por lo menos hacer alguna mínima reparación a las víctimas y se resuelve reutilizar esas máquinas con las cuales se programa un polo textil con

el INTI y la intendencia de La Matanza. La cuestión es que cuando el INTI va a ver el estado de las maquinas, el 90% de estas ya no servían para nada porque habían estado bajo la lluvia, el viento y se pudrieron.

Al día de hoy, las víctimas que habían iniciado esa causa –todavía “La Alameda” no podía ser querellante, no había organizaciones que se encargaran del tema– no han tenido reparación alguna. No tuvieron trabajo, no fueron reparadas y los verdaderos culpables, que eran las marcas, siguen operando con absoluta y total impunidad, a pesar de que la Ley de Trabajo a Domicilio N° 12713 los liga y los hace solidariamente responsables de esas condiciones tremendas de esclavitud. Al día de la fecha no hubo reparación, no hubo reinserción, no hubo nada.

Analicemos otra causa con sentencia judicial firme, pero sobre trata sexual. Una mujer, que había sido traída bajo engaños desde la República Dominicana para trabajar en una supuesta peluquería y era tremendamente explotada, denuncia una red de trata en Mar del Plata, en la que estaba involucrado un alto funcionario de la policía y un alto funcionario de migraciones. El prostíbulo denunciado funcionaba como una especie de comando central de varios prostíbulos más. Gracias a los datos que aportó la víctima, fue desmantelada toda una red que traía mujeres desde la República Dominicana, en una causa que tuvo sentencia judicial firme hace dos años y los proxenetas y tratantes están presos.

¿Qué pasó con la víctima, que aportó los datos y que arriesgó su vida? Le dieron algún hotel, alguna protección, alguna custodia. Pero lo que ella reclamaba era reencontrarse con sus hijos que estaban en San Juan de la Maguana –su lugar de origen–, de donde había sido captada y donde estaba la mafia de origen que reclutaba mujeres hacia la Argentina. Al día de hoy, no se ha podido reencontrar con ellos, porque la justicia no interpela al Poder Ejecutivo, el Ejecutivo no se hace cargo, y las demás víctimas ni siquiera fueron buscadas. Por lo tanto, reparación y reinserción “te la debo”, como diría el actual Gobierno.

Vamos a otra causa, en la que la Justicia actúa bien, pero increíblemente el Poder Ejecutivo no hace absolutamente nada. Se trata de la causa “Costa Mari” –que ahora ha pasado a la etapa de juicio oral– en la que ciento ochenta trabajadores en Batán, Sierra de los Padres, estaban reducidos a la servidumbre más extrema, pibes trabajando, en una empresa frutihortícola que, a su vez, trabajaba para el supermercado Toledo, una importante empresa. Esta vez el juez, con buen tino, inter-

viene la empresa, detiene al empresario y ordena la continuidad laboral de esa empresa bajo la intervención del Estado. Entonces convoca a RENATEA para que se encargue de articular con los demás sectores del Poder Ejecutivo a fin de que los pibes vayan a la escuela, que las casas donde vivían se conviertan en casas dignas, y para que sigan trabajando en forma cooperativa, cobrando el equivalente a un salario del Convenio Colectivo correspondiente. El RENATEA lo hace con mucho entusiasmo, logra que los chicos vayan a la escuela, que mejoren las condiciones habitacionales de los trabajadores, que estos cumplan una jornada de trabajo normal. Pero, tiempo después, resulta que el Gobierno nacional que asume en el año 2015 disuelve el RENATEA, y entonces tenemos en este momento el absurdo de que hay 144 hectáreas con 180 trabajadores, intervenidos por una ingeniera agrónoma que designó un juez federal, o sea un limbo absoluto y una incertidumbre para las víctimas.

En un país donde todos se llenan la boca hablando de la incautación, de que devuelvan lo robado, nadie se hace cargo de nada, puro humo mediático.

Veamos otra causa que investigamos y denunciemos junto con Juan Grabois, en el 2008. En la compañía “Nuestra Huella S.A.” filmamos a los trabajadores en estado deplorable, los niños a los cuales explotaban consumían agrotóxicos, etcétera. Incluso se filmó al niño Ezequiel Ferreyra, que falleció dos años después de un tumor cerebral causado por la manipulación de agroquímicos. Esa causa fue pasando desde el Juzgado Federal de Zarate Campana, zona de puerto, donde no esperábamos que se impartiera mucha justicia, por lo ya expuesto anteriormente. La cuestión es que la causa pasó a la Cámara Federal, de esta pasó a Casación y finalmente determinaron que no había delito. Años después determinaron que sí había delito, así que recién se acaba de reabrir, diez años después, mientras tanto los trabajadores siguen siendo o explotados en otra granja, o algunos murieron intoxicados, o algunos tuvieron enfermedades graves y ninguno fue reparado.

Sigamos con más causas, acá en Recoleta, frente al cementerio, una víctima de trata muy valiente denuncia un prostíbulo que manejaba una mafia muy importante; gracias a esa denuncia un juez federal hace un allanamiento y ordena: “...bueno, que este lugar sirva para reparar a las víctimas, que sea incautado y reutilizado”. Pero ya pasaron casi dos años de esa resolución y el local del prostíbulo incautado sigue

cerrado porque nadie se hace cargo, ni el Poder Ejecutivo, ni la Defensoría del Pueblo, nadie se hace cargo de tomar posesión del lugar que gentilmente les asignó el juez para que por lo menos, si no reparan a las víctimas, reparen a la sociedad.

Hoy a esa valiente víctima que hizo la denuncia y que permitió dismantelar una red de trata le están por ejecutar bienes, porque cuando era víctima los mafiosos le hacían firmar pagarés, y ahora tiene otro tipo de juicios. Si bien la ley de trata establece que no se puede perseguir a una víctima que haya cometido delitos mientras era esclavizada, como no existe ninguna conexión entre los Juzgados Comercial y Federal, “La Alameda” se presentó en el expediente ejecutivo a fin de informar la situación de la víctima. O sea, había ayudado a dismantelar la red de trata, y no solamente no era reparada y reinsertada, sino que además la perseguía la justicia.

Bien, sigamos hablando de causas concretas. Narcotráfico. En Esteban Echeverría y en Paternal se incautan dos bunkers donde había acopio de “falopa”, y se resuelve la reutilización social de esas propiedades. Entonces, de manera improvisada, la reutilización social se la entregan a buenas ONG que se dedican al tema. Pero sin ninguna protección; por lo tanto, cada vez que abren el boliche, naturalmente vienen las mafias. Atentado, apriete, etcétera, ergo, cerrado. Cerrado no funciona, no contesta. Tampoco el Estado contesta.

Oficina de Rescate de Víctimas de Trata. Nos cansamos de escuchar en este Gobierno y en el anterior que había cerca de diez mil víctimas rescatadas de la trata. Eran ocho mil al final del Gobierno anterior. La pregunta del millón era, y es, si tienen ocho mil víctimas rescatadas supongo que, como hoy presentaron los compañeros de ATAJO, tendrán una estadística de dónde han sido reinsertadas laboralmente. Tantas trabajan en el rubro tal, tantas volvieron a su país con garantías, etcétera. Esa pregunta del millón nunca la hizo nadie porque el ochenta por ciento o más de las víctimas que fueron rescatadas lo fueron solamente por las semanas o los meses necesarios para que declaren, y después fueron dejadas libradas a su propia suerte, y la mayoría volvió a ser revictimizada. Es más, nosotros hemos tenido el caso de una víctima a la que rescatamos tres veces de diferentes prostíbulos en diferentes años.

Ahora hay una acordada de la Corte sobre Incautación, pero aún no funciona. Veamos el caso vehículos. Ustedes saben que en la pro-

vincia de Buenos Aires y en todas las provincias hay miles y miles de vehículos incautados por distintos delitos que, en vez de ser reutilizados para ser usados por organizaciones sociales, por el propio Estado, por el Ministerio de Educación, el Ministerio de Salud, son amontonados en algún cementerio de autos. Se invierte dinero en cementerios de autos para que contaminen a los vecinos, se conviertan en desarmaderos ilegales con complicidad de policías asociados con delincuentes, etcétera. Una vez más, no se repara a la sociedad, se contamina, se malgasta presupuesto y, encima, el Estado fomenta el crimen organizado, además de dañar gravemente el medioambiente. Esto está ocurriendo en la provincia de Buenos Aires y en varias provincias de nuestro país con los vehículos incautados.

Hace dos años, se acordará el obispo Maletti aquí presente, hicimos una marcha con varias intendencias, entre ellas Merlo, en la que nos reunimos con el presidente de la Corte, el Dr. Lorenzetti, y le planteamos esta problemática sobre cómo podía incentivarse la incautación de bienes secuestrados a referéndum de la sentencia judicial definitiva. Hace poquito tuvimos una acordada sobre el tema incautación, en la que la Corte ahora va a tener el monopolio de la decisión de todos los bienes incautados, pero como todavía no creó la oficina, entonces cada vez que se incauta un bien, se tiene que esperar que se cree la oficina; o sea, aún es impracticable. Bueno, una vez más, trámite burocrático sobre trámite burocrático, en los que no se resuelve nada.

Este Gobierno se cansa de hacer propaganda electoral diciendo que había que recuperar lo robado, que había que sacar una ley de decomiso, pero la realidad es que no avanzan, al igual que los miembros de la Corte, siquiera en una simple oficina que ponga inmediatamente en funcionamiento la administración de los bienes incautados. Mientras tanto, las víctimas y la sociedad no es reparada y lo incautado se pudre en un galpón o se convierte en un desarmadero.

Recuerdo por ejemplo el caso “Lázaro Báez”. A Lázaro Báez, el juez Casanello le incauta un montón de propiedades mientras se tramita el juicio. En una oportunidad convoca al INTA y al INTI, y les dice: “bueno, tengo todas estas propiedades y estas empresas incautadas para que sean reutilizadas”. Pero lo cierto es que, salvo Vialidad Nacional, que utilizó algunos vehículos, el resto no contesta, no se quieren hacer cargo. No se reutiliza absolutamente nada, se está pudriendo todo ahí.

En conclusión, naturalmente Tierra, Techo y Trabajo requiere de un prerequisite, que tengamos una sociedad justa, inclusiva y sustentable, para lo cual, según mi humilde opinión, creo que necesitamos reconstruir una comunidad organizada, que priorice al hombre por encima de la tecnología y que genere una especie de consejo económico social permanente donde podamos reorientar la economía para garantizar estos derechos elementales.

En lo referente a las personas en estado de extrema vulnerabilidad, como por ejemplo las víctimas de adicciones, las que han sido víctimas de trata sexual particularmente, por más que el Estado acompañe, y muy pocas veces acompaña con una plena contención, recuperación y condiciones de reinserción, la reinserción después se convierte en una especie de quimera. Una quimera, porque una persona que estuvo cuatro años en un prostíbulo explotada y después estuvo cinco años en un proceso de recuperación, cuando va a solicitar trabajo le van a pedir cuál es su *curriculum*, cuáles son sus antecedentes, y naturalmente no tiene antecedentes, tiene un bache de casi una década. Por lo tanto, nadie la va a emplear. Lo mismo pasa muchas veces con las víctimas de adicciones, que cuando las logran recuperar, a la hora de buscar trabajo tienen toda cantidad de años sin trabajo y son rechazados por los empresarios argentinos que no se caracterizan por el buen corazón y la misericordia. Entonces esas víctimas recuperadas después de años, que son rechazadas de trabajos formales, se van frustrando. Y la suma de frustraciones puede llevarlas de vuelta a ser revictimizada o reexplotada. Hace mucho tiempo que estamos planteando que con las víctimas de estos grados extremos de vulnerabilidad tiene que haber un cupo de reinserción obligatoria en el Estado y un cupo de reinserción en el ámbito privado, en la cual exista algún tipo de incentivo para que se le dé trabajo efectivo bajo convenio colectivo de trabajo, sea en el ámbito estatal o en el ámbito privado.

Alguno me objetará no se puede porque “en el Estado ya tenemos mucha gente”. Miren, si se les da de baja a la cantidad de ñoquis políticos que cobran y no van a trabajar entonces, alcanza y sobra para que tengamos cupos para víctimas de adicciones, de trata laboral, de trata sexual y no habría ningún tipo de inconveniente. Solamente en la Legislatura porteña, recuerdo que había más de 3000 empleados. En mis cuatro años jamás vi esa cantidad de empleados. Si veía un millar todos juntos en un día le pagaba un asado a cualquiera, francamente. Enton-

ces digo, para que dejemos la hipocresía a un lado, porque acá yo creo que realmente hay gente comprometida, a veces lo veo a Gustavo Moreno luchando en soledad casi contra molinos de viento, otras veces lo he visto al Dr. Gallardo, a los compañeros de ATAJO, y tenemos que tratar de ver que el servicio está funcionando pesimamente mal, no hace estadísticas con los más vulnerables y encima tienen salarios de Emiratos Árabes, para un servicio absolutamente pésimo. Veo a la Dra. Liberatori, que también rema contra molinos de viento, pero esta es la situación. La situación es que no tenemos ningún tipo de *mani pulite*, no hay ningún tipo de incautación de los bienes, y bueno, ni hablar cuando analizamos el combate al lavado de dinero, porque se investiga el narcomenudeo, se hacen estadísticas con el perejil, pero cuando la plata llegó al banco, listo, no se investiga más nada. Por eso las causas de lavado no existen, prácticamente no existen o existen con casos absolutamente pequeños, que obviamente no hacen a los problemas más generales que tenemos con todas estas mafias. Contrariamente a Brasil, acá se persigue a Meireles, se pide que el que declaró en la causa Odebrecht vaya preso y no los empresarios que están involucrados, como por ejemplo familiares del mismo presidente. Esta es un poco la situación de esta triste justicia, que creo no va inconexa a la triste situación que tenemos con la corporación política y la triste situación en general que está degradando nuestro país.

Francisco dice que sólo se sabe cuándo se sufre, y probablemente de todo este sufrimiento, quienes están comprometidos para hacer el bien y quienes están comprometidos con el prójimo y el hermano, quienes entienden que la política como forma más alta de caridad, es una oportunidad dentro del dolor inmenso de tratar de generar sabiduría, y esta sabiduría ojalá que nos haga movilizarnos como el pueblo de Islandia, que unos cuantos jueces y unos cuantos políticos fueron presos, que se reformó la constitución, que recuperaron los recursos elementales de la economía al servicio del Estado, y la verdad que estoy esperando ansiosamente el partido de Islandia contra Argentina, porque ahora que no hay Fútbol para Todos me intriga saber qué va a decir TyC Sports cuando explique que es Islandia, el país más censurado del año 2008, cuando los ciudadanos dijeron basta, hicieron una revuelta popular y muchos jueces y muchos políticos hoy están tras las rejas y creo que merecidamente.

Ideas

Eduardo Murúa*

Lo primero que me pregunté es por qué me invitan a la mesa sobre justicia. La única respuesta que encontré es por todos los procesos que me abrieron, la mayoría por usurpación, otros por amenazas y resistencia a la fuerza policial y otro por amenazar a una jueza, “hermosa mi relación con la justicia”.

La justicia y su pecado original

El poder judicial nació y permaneció como empleado del poder real, para el disciplinamiento de los explotados, esa fue y es su principal función, y en eso vaya mi reconocimiento porque funciona de maravilla.

En nuestro país fue cómplice del genocidio que permitió y legitimó el saqueo de las tierras en la primera etapa de acumulación capitalista, desde donde todavía hoy gobierna la oligarquía como cipayos del imperio en nuestra patria.

Y digo que lo hace maravillosamente porque sigue permitiendo todo tipo de saqueo a nuestro pueblo; hagamos un ejercicio común, de nuestra patria se han fugado en estos últimos 15 años 12.000 millones de dólares anuales, lo que da un total de 180.000 millones de dólares en todo ese período; ni uno, ni un sólo fugador preso, ni un sólo funcionario acusado de haberlo permitido; bueno, si eso hubiera ocurrido seguro hoy no tendríamos Gobierno, no hay un sólo funcionario que no haya fugado capitales. Sí, hoy tenemos un Gobierno completo de fugadores, el saqueo de la inflación. Otro ejercicio sería por qué la justicia no obliga a los monopolios a resarcir al pueblo por la inflación que provocan y provocaron históricamente, estamos cansados de denunciar lo que todo el mundo sabe, cómo les roban los monopolios al

*Referente del Movimiento de Empresas Recuperadas (MNER).

conjunto de la sociedad. Para poner dos casos de ejemplo: aluminio y acero, ALUAR y TECHINT le cobran históricamente a los argentinos un 30% más caro de lo que ellos venden sus productos al mercado internacional, ni qué hablar de los monopolios de la alimentación, nos deben todo, ya que toda la inversión la hicieron con el saqueo al pueblo, se lo deberíamos expropiar sin ningún costo.

Sobre la relación de la justicia con el imperio nos da vergüenza ajena cómo pueden ser tan genuflexos y miserables verlos desfilar para hacer cursos en el centro del poder mundial a cargo del Departamento de Estado para consensuar la represión, y en la DEA para organizar el manejo del narcotráfico en toda la región. Alguno puede creer que estos jueces van a combatir el narcotráfico, nos encontramos en una ciudad donde el jefe de Gobierno cede espacio para mega festivales de música electrónica para vender droga a nuestros pibes y ningún juez lo cita, aunque sea, para decirle que no sea tan evidente.

La justicia a medias, siglo XX

Con los nuevos tiempos la justicia se fue adaptando, como modelo de justificación, porque en definitiva necesitan un porcentaje de la población que crea que existe, y abrieron sus juzgados para los sectores de clases medias e incluso hasta para los trabajadores incluidos mientras y sólo si se mantienen incluidos, ya nos explotan sus amigos, perdemos el derecho a ser atendidos. Bueno, quizás soy un poco injusto porque es verdad que si nos rebelamos se encargan de que nosotros seamos reprimidos por sus auxiliares.

La justicia en pequeñas cuotas

A esta justicia, como es en cuotas, sólo podrán acceder los que tienen algo para hipotecar. Son para aquellos desposeídos que están vinculados a ONG u organizaciones sociales, iglesias, partidos políticos; los ejemplos son muchos, una igual situación, un mismo juez y distinta resolución, porque el juez que evalúa la relación de la organización con otros sectores del Estado, qué tipo de presión y denuncia puede hacer la organización, y qué grado de confrontación es capaz de

organizar, falla según ese criterio. Siempre es justo y en estos casos el juez hace justicia, lo que sí tenemos que hacer notar es que los jueces son más proclives en estos casos a conceder, siempre que se pueda, a la organización más afín a los principios de la contención social, y en algunos casos hace difícil la tarea de la organización cuestionadora del sistema para acceder a la cuota, ya que no cuenta con hipoteca.

La justicia para los desposeídos

Por qué digo desposeídos y no pobres: porque en esta Argentina, por demás rica, los cuarenta y cuatro millones podríamos vivir bien si no le robáramos a quienes llaman “los pobres” lo que nos pertenece a todos. Eso lo define el Estado desde el presupuesto: quiénes acceden o no a lo que les corresponde.

Para ellos, los desposeídos, los jueces responden sólo con la cárcel y la patota policial. Para ellos nada de empatía, si no los ven ni donde viven, ni encerrados en la impunidad del juzgado, ni en la propaganda de TV, ni en las cenas de la caridad, tampoco los ven en las embajadas de EE. UU. donde comparten el brindis con sus amigos políticos de derecha, ni en la embajada de Francia donde van sus amigos progresistas. No son blanquitos y sólo se juntan para hacer quilombo, hay algunos más peligrosos que se tapan la cara cuando van a las movilizaciones; a esos ni justicia, no importa si tiró piedras o si levantó a una compañera molida a palos por sus auxiliares.

Ahora, si el desposeído decidiera, porque sabe que lo van a condenar, no poner abogado, a ese le damos más pena para que aprenda a creer en la justicia.

La justicia funcional al ajuste

La justicia hoy cumple otra función: la de disciplinar políticos y sindicalistas usando la extorsión, si no te adaptás a los tiempos te investigo, si aceptás el ajuste te permito seguir. Tienen a la AFI con todas las carpetas preparadas para todas y todos.

Obligan a dirigentes sindicales a firmar a la baja los convenios colectivos.

Obligan a los políticos a dejar pasar las leyes que permiten el endeudamiento y los ajustes al pueblo.

El futuro de la justicia

Como he intentado desarrollar, creo que el problema no es la justicia, y buscar soluciones dentro del organismo de justicia, dentro del sistema capitalista es por lo menos ingenuo. Esa será la tarea de un Gobierno revolucionario primero modificando la constitución liberal, el conjunto de leyes, la forma de elegir los jueces, llevar la justicia al territorio cerca de la gente, con jueces caminando por el barrio, no en lugares inaccesibles.

Permitir a la justicia que ponga el eje central en los derechos colectivos tendrá también que modificar esto de cómo litigar sin representación de ningún sector de la corporación; los abogados nunca pudieron poner en papel lo que yo quiero decirle al señor juez, en realidad uno lo hizo y se comió una denuncia y multa del juez.

Como han visto, no he sido muy político en decir esto precisamente en la facultad de derecho, en medio de jueces, fiscales, abogados y trabajadores de la justicia amigos y compañeros que aprecio, que sé de su esfuerzo para que nuestro pueblo tenga acceso a la justicia, pero es esto lo que siento de ella, y es mi deber de militante decir la verdad, a mis compañeros y principalmente a todos los desposeídos, para que no crean que esta patria tiene futuro sin revolución, que la tarea es organizarnos para la insurrección popular, que la democracia burguesa no alcanza, que la verdadera justicia vendrá con la revolución y el poder a los desposeídos; ellos –sólo ellos– podrán hacer justicia.

Sincerándose

Juan Grabois*

Me preparo porque a mí me gusta hacerme el loco, pero no me puedo hacer más el loco que Gustavo y que Murúa a la vez; entonces voy a adoptar una pose civilizada, voy a ser mucho más civilizado. A todas y a todos, o como dice mi hija ahora, a *todes*. ¿Saben lo que quiere decir *todes*? Sánchez Sorondo no sabe, te voy a explicar, Sánchez Sorondo (mi amigo Sánchez Sorondo, con quien estoy en deuda porque le fallo bastante últimamente). En vez de decir todos y todas, ahora las chicas dicen *todes*: es un neologismo del neutro del feminismo posmoderno, del cual mi hija de catorce años es una fuerte militante, pero es lindo porque discutimos mucho en casa, debatimos.

Quiero hacer una pregunta tipo clase. ¿Quién firmó un contrato alguna vez? Levante la mano. Un contrato, cualquier contrato. Algún contrato, Murúa. Vos firmaste alguno, no te hagas el distraído. Si hago esta pregunta, esta misma pregunta, en el territorio en el que vivo, milito, etcétera, o en alguna cooperativa de cartoneros, alguna cooperativa de costureros, o incluso en el cinturón hortícola de La Plata, donde los que laburan son los arrendatarios de gente que tiene tierra ahí, nadie nunca firmó un contrato civil. Es decir, el instrumento típico que regula las relaciones jurídicas entre los ciudadanos, compraventa y ese tipo de cosas, no existe en los sectores populares. No sé, ¿qué decís, Pepe, de eso? ¿Está bien?

No existe, debe haber uno que firma algún contrato, cada tanto, que sé yo. Pero son contratos de adhesión, es decir, no firmás los contratos. Vas, comprás el celular y después pagás la tarifa más cara de celular que hay porque tenés que sacar la tarjeta, porque para poder tener el contrato del que te llega todos los meses a tu casa a la cuenta, tenés que tener una dirección, un montón de requisitos que en general los compañeros no tienen; entonces, tienen que ir a sacar la tarjeta y raspan la

*Abogado, referente de la CTEP (Confederación de Trabajadores de la Economía Popular).

tarjeta, ponen el código, y eso vale 40% más caro de lo que vale la tarifa normal, que ya es un robo, pero es más cara.

Ustedes saben, acá son todos jueces, ¿por qué me tengo que parar cuando entra un juez? ¿Por qué, Gallardo? No lo acepto, estoy en contra de eso. “De pie” me dicen. No, yo me paro cuando entra el papa nada más, del papa para abajo, no me paro delante de nadie. Viene un señor, que es el que liberó a Etchecolatz, y pretende que me pare, que no lo votó nadie, que efectivamente no paga impuestos. Yo no me voy a parar, no entiendo por qué lo tengo que hacer.

No es una pendejada, ojo. Hay un poder, yo estoy de acuerdo con casi todo lo que dijo Eduardo, pero como él lo dijo ya, ahora voy a hablar en tono democrático burgués. Tenemos “guatemala y guatepeor”; ahora estamos en “guatepeor”, tenemos que volver a “guatemala”. Y cuando volvamos, por lo menos que no haya una casta que sea más casta que la casta política, porque al político en última instancia, alguien lo tiene que votar, la gente lo putea en la calle, sabe dónde vive. Con respecto al juez, nadie sabe dónde vive, salvo los que son muy mediáticos, no te enterás. Encima te tenés que parar cuando entran. Es una mentalidad principesca, oligárquica, que hay que combatir.

Yo creo que es lo primero que tenés que combatir, esa endogamia que tiene el Poder Judicial, del cual, en su corrupción y decadencia, algunos de los grandes responsables están acá sentados, como mi amigo Andrés. ¿Por qué? Porque cuando vos decís “todos los jueces son unos cagadores”, siempre hay un “No, está Gallardo que es un tipo bárbaro”, entonces es como la excepción que te arruina la frase, te arruina la política. Entre todos los jueces comprometidos con la justicia, entre todos los organismos como ATAJO o como las Defensorías, etcétera, no equilibran el desastre que es el sistema. No lo equilibran porque es un sistema que está mal de raíz, en el marco de un sistema socioeconómico que también está mal de raíz. Y la radicalidad del planteo, que a veces nosotros lo decimos de una manera muy dura, muy de nicho, difícil de entender, como dice Murúa, “insurrección popular”, y se va y no convenimos a nadie. Bueno, te fue mal, Eduardo, ya te va a ir bien en el futuro.

Entonces, la radicalidad del planteo de que el sistema está mal desde su raíz, yo creo que tiene que ver con el pensamiento social de Francisco, al cual interpretamos muy mal, somos muy malos intérpretes, lo decimos mal, metemos la pata todo el tiempo y lo hacemos quedar mal a él.

Pero lo tenemos que hacer igual, por lo menos intentamos hacerlo. Hay una radicalidad en ese planteo, el sistema está mal desde su raíz y los frutos tienen que ver con la raíz, entonces yo no podría compartir más eso que dijo el Vasco [Eduardo Murúa] de que buscar reformas dentro del mismo sistema, es decir, buscar reformas en los frutos, sin cambiar la raíz, no tiene ningún sentido. El único sentido que tiene es en la pelea cotidiana, y la pelea cotidiana hay que darla porque los pibes y las pibas tienen los quilombos que tienen hoy y ahora, y hay que poner el cuerpo, pero yo creo que tiene que poner el cuerpo cada uno en la trinchera en que le tocó, alguno en un juzgado, alguno en una defensoría, en una parroquia, un barrio, una cooperativa, poner el cuerpo en la cotidianeidad, pero con una perspectiva de transformación radical. Obviamente no me refiero a la Unión Cívica Radical, me refiero a la raíz.

Y cuando se plantea el tema de las tres T, creo que no es simplemente porque pegaban las T, entonces quedaba lindo, porque quedaba “tierra, techo y trabajo” con la misma letra. Ahí hay un doble mensaje. Por un lado hay un sujeto social, un sector de la sociedad, que son los sin tierra, los sin techo y los sin trabajo. Porque no lo tienen o porque lo tienen pero en una cantidad y una calidad insuficiente para la vida digna. Es decir, quienes luchan por tierra, techo y trabajo, porque sufren la injusticia de la exclusión del acceso a estos derechos sagrados, como dice Francisco, o porque comprenden esta injusticia y se solidarizan con ella. En esta alianza entre los excluidos y los indignados, los que están excluidos por la acción estructural del sistema y los que se indignan frente a esta situación, tienen un programa intermedio, es decir, un programa de reivindicaciones muy concreto, muy del aquí y el ahora, que tienen que ver, cuando hablamos de techo, con una reforma urbana.

Una reforma urbana que, creo yo, tiene que retomar ese concepto que desarrollaron los compañeros del equipo de sacerdotes para las villas de emergencia, de integración urbana, donde está el elemento de la participación popular respecto de la cultura. Pero sin soslayar que acá el Estado tiene que poner plata y pelotas, porque las cosas no se hacen simplemente con buena onda y con respeto a la cultura popular. Los caños salen muy caros, las fases salen muy caras para nosotros; nosotros no podemos resolver esos problemas técnicos. Ahora, no salen tan caros como para no hacerlos.

Los ejemplos que dio Gustavo, de los cuales algunos conozco bien, y el fallo “Mendoza” que mencionaba el compañero, relativo al tema de la Cuenca Matanza-Riachuelo, a mí me llevaron a una conclusión, que tiene que ver con mi práctica social y política, si se quiere: aunque tengas el mejor fallo, no resolvés ningún problema, porque el fallo “Mendoza” dice que tenés que sanear la cuenca, que tenés que resolver los problemas de la gente que vive en los márgenes de ahí. Miren, por ejemplo, el barrio Libre Amanecer, que mencionaba recién la persona que me precedió en la palabra. Yo estuve en la ocupación del primer día, se ocupó arriba de un basural. La solución de agua que tiene ahora es una porquería y es muy fácil de resolver, pero no está la plata para resolverlo.

¿Saben lo que sí se resolvió? Que había una feria ahí en el barrio que se llama La Salada, Ingeniero Budge. Ahí hay tres ferias internas, que son grandes galpones, donde hay comercio informal muy desarrollado, con algunos tipos que tienen comportamientos mafiosos, y parte de la mercadería que se vende ahí se elabora en talleres clandestinos con trabajo esclavo y otra parte en talleres informales que no tienen trabajo esclavo, sino trabajo familiar. Pero fuera de esas ferias estaba la competencia de las tres ferias, ahí tenías entre esas tres, quince mil puestos, afuera había otros quince mil, solamente en la ribera, por la calle. Se ponían dos, tres veces por semana esos puestos y ahí no había una organización, sino que eran vecinos de la zona, que ponían los puestos y vendían sus cosas.

Un día el juez Armella, que era el que llevaba la causa Matanza-Riachuelo, decidió que había que recuperar el camino de sirga. ¿Saben lo que es el camino de sirga? ¿Saben lo que es un sirgador? Es un señor que empuja un barco, como el cuadro de los sirgadores del Volga. No hay sirgadores en la Argentina hace cien años. El camino de sirga, a los efectos de lo que estaba planteando el juez, era una cosa totalmente ridícula, sumado al hecho de que el Riachuelo no es navegable en la actualidad; sin embargo, a pesar de ello, ordenó un desalojo gigante, para lo cual contrató unas topadoras que eran de la empresa de su primo. No es joda eso, es así, por ese motivo lo apartaron de la causa, porque fue muy burda la cuestión. Total, como era del lado del Riachuelo y estaba todo arreglado con todos, no iba a pasar nada. Al mismo tiempo concentró un mercado donde laboraban sesenta mil personas en tres empresas y se perdieron, de un día para otro, quince mil puestos de trabajo, y no pasó nada.

Entonces llegué a esa conclusión, también por algunas experiencias acá en Capital, cosas en las que me tocó por casualidad encontrarme con Andrés Gallardo, por ejemplo. “¿Viste lo de las pastillitas que decías vos de las fiestas electrónicas?”. Nosotros presentamos un amparo y creo que salió sorteado en el juzgado de Andrés, y nos dieron una cautelar de que suspendían las fiestas electrónicas, estas que decía el Vasco, que efectivamente todo el mundo sabe que son fiestas diseñadas para el consumo de éxtasis, no tienen ninguna otra razón de ser, la música, las luces, etcétera. Es para eso. Entonces presentamos un amparo y salió. Después la medida cautelar se cayó, se podían hacer las fiestas, pero lo que nosotros estamos planteando es que por lo menos les den el agua gratis, porque parece que esas pastillas producen necesidad de tomar agua, entonces la entrada te la venden más o menos barata, la pastilla te la venden más o menos barata, pero después te cobran cien mangos la botellita de agua. El negocio de los tipos es que venden botellitas de agua, porque cortan la canilla y no solamente cortan la canilla, sino que tiran sal en el piso para subir la temperatura de los lugares. No pudimos lograr que regalen agua. Un modelo de negocios que está basado en vender agua para gente que tiene necesidad de tomarla porque se drogó.

Entonces cuando pasó eso y fueron pasando algunas cosas más, ¿vieron esa frase típica de los barrios: “Yo ya no creo en la justicia”? Yo ya no creo en la justicia. No creo más. Cuando se rompe ese contrato social, y una porción de la población, en la que me incluyo, ya no cree más en la justicia porque la justicia no le sirve para nada que no sea negativo, porque la justicia es solamente un patrullero o la secretaría de un juzgado penal que te trata para el orto, porque la justicia es que cada tanto viene un buen pibe de ATAJO, pero no llega a resolverte nada porque falta la firma de alguno, no querés saber nada. Y cuando ves que todo es una cuestión de poder, decís “che, lo que hay que hacer es tener poder”. Es jorobado eso, pero lo comprobé también desde nuestro lado. Todas las cosas que conseguimos se dan porque teníamos una correlación de fuerza suficiente para conseguirlas, no porque teníamos razón. Es más, hemos conseguido cosas a veces cuando no teníamos razón, porque tampoco somos santos y nos equivocamos, pero nos daba la correlación de fuerzas.

¿Por qué? Porque es una sociedad que ha terminado en tener una democracia meramente formal, que lo que hace es disfrazar las relaciones

de fuerza reales que tiene, y un Poder Judicial que, más allá de los pequeños trámites como compraventa, divorcio, etcétera, hoy está cumpliendo fundamentalmente una función –tanto en los Juzgados Federales de Argentina y de América Latina– que tiene que ver con relaciones de poder y con la geopolítica, y que muy correctamente han catalogado de guerra judicial, que es esencialmente la alianza entre el Poder Judicial y los medios corporativos de comunicación para perseguir cualquier oposición al modelo neoliberal que se ha impuesto en nuestra patria grande.

Es decir, y lo quiero decir con todas las letras, la persecución que sufre la expresidenta Cristina Fernández de Kirchner, de quien yo no he sido partidario, la persecución que sufre Rafael Correa, la persecución que sufre Lula, que está preso, y podría seguir dando una larga serie de ejemplos, no son casualidad. Eso es un plan coordinado de penetración imperial en América Latina. Y ese plan coordinado tiene como primera línea de fuego el Poder Judicial en relación con los medios concentrados de comunicación. Pero como con eso no alcanza –y yo estuve en San Pablo hace quince días–, ya que sólo se resuelve una parte del problema, que es la persecución de la dirigencia política, pero no se resuelve el problema de fondo, que es que el sistema económico no funciona, se puede “chamuyar” durante un año y medio, dos años, dos y medio, tres, con escándalos, mentiras, pavadas, etcétera, pero cuando llega la factura de luz, la de gas, la de agua y no se puede pagar, ya no se puede mentir a la gente. Cuando se empiezan a destapar las ollas y se empieza a sentir un olor a que los que eran santos ya no lo son tanto, no se le puede mentir más a la gente. Y sobre todo cuando no alcanza para que las familias puedan llegar a fin de mes, no hay corporación ni blindaje mediático que resuelvan los problemas. Cuando eso llega, pasa lo que pasó en Brasil, que voltearon a Dilma y no pasó nada, después metieron en cana a Lula, no pasó nada, pero subieron el 30% el gasoil y estalló. En un día bloquearon todas las rutas, y quienes las bloquearon no era el proletariado urbano, ni los de las favelas, no. Era una mezcla. Dueños de camiones, empresarios, choferes de los camiones, choferes de Uber, taxistas, pibes en bicicleta, algunos que decían “viva Lula”, otros que decían “muerte a Lula”, pero lo que tenían todos en común era que no podían pagar nafta.

Entonces ahí se demuestra que lo que la institucionalidad no resolvió, lo resuelven las relaciones de fuerza, tengan o no tengan razón los que estaban ahí. Es una triste lección ver cómo, en definitiva, si

no hay un ejercicio organizado con un fuerte anclaje en determinados valores, pero práctico y contundente del poder, los problemas no se resuelven y que ya tenemos una hermosa Constitución, que se puede reformar y mejorar, tenemos unos hermosos tratados internacionales de derechos humanos. Todo lo que te puedas imaginar está. No falta nada. Y no se cumple. No se cumple.

No es un problema de que falta legislación o de que faltan mecanismos institucionales para resolverlo. Yo creo humildemente que el problema de fondo es que, así como cuando hay una inundación van cuatro señores a sentarse en el Ministerio de Agroindustria y dicen “declaren la emergencia climática y páguennos plata”, así como fueron un grupito de empresarios mineros y dicen “bajen las retenciones”, así como los grupos de poder logran imponerse a través de su capacidad de presión, los sectores populares tenemos que construir eso, y lo tenemos que construir bien, con nobleza. No sobre la base de la reiteración de los métodos que utilizan ellos, es decir, la chicana barata, el moralismo con el dedito en alto para ver si es más corrupto este que el otro, sino sobre la base de una sólida argumentación, de nuestra capacidad organizativa y sobre todo el ejemplo de una vida simple y de servicio por los demás, que muestre que genuinamente los que queremos estar del lado de la justicia trabajamos por eso y no para otra cosa.

Reflexiones de cierre

Darío Reynoso

En primer lugar, quiero agradecer a Gustavo Moreno, Andrés Gallardo y a monseñor Marcelo Sánchez Sorondo por la invitación para participar como presentador de este panel. Sin dudas, cuando se lo pensó, estaba implícita una visión crítica de la justicia. Creo que a partir de la exposición de los panelistas, esto ha quedado verificado. Tan crítica era que podría haberlos cortado antes pero no me daba la correlación de fuerzas, como decía Juan.

La verdad es que ha sido muy interesante la exposición tanto de Julián Axat como la de Nicolás Vargas, acerca de cómo ellos desde su lugar tratan de lograr el acceso a la justicia, desde la Defensoría, desde la Fiscalía, que se cumplan y se hagan operativas las Reglas de Brasilia. Un rol que ya no desempeñan desde el escritorio, crítica clara que señalaban desde los movimientos sociales, sino desde el territorio. No los van a ver a ellos justamente detrás de un escritorio en su oficina, sino yendo hacia el lugar donde se encuentra el problema, para tratar de solucionarlo.

Seguidamente, dimos paso a los integrantes del panel que representan a los movimientos sociales, quienes describieron una visión crítica de la justicia.

Gustavo Vera decía que somos el Poder que peor funciona y que, cuando peor funcionamos, más ganamos. Recordaba una denuncia que hizo él, en su momento, respecto de un caso de trata de personas, fue un caso en que me tocó intervenir —con esto no quiero ser autorreferencial—, en el que se terminó cerrando un local de acá cerca. Lo único que tengo miedo, pero en ese caso porque creo haber actuado bien, es que a fin de mes me descuenten parte del sueldo inversamente proporcional.

Creo que las críticas que se han hecho, en causas en las cuales él ha intervenido o seguido de cerca, el funcionamiento de la justicia no ha sido acorde a lo que se espera de ella, hayan sido esas resoluciones fundadas o no desde lo formal, pero claramente no se ha logrado dar la sensación de que se hizo justicia.

Eduardo Murúa dijo que la justicia que tenemos arrastra una especie de pecado original, que el Poder Judicial, así como está, no es justicia para desposeídos, es cómplice. Señaló concretamente el tema de la fuga de capitales y tantos otros. Y después lo mencionó Juan Graboís, me parece que ha sido muy gráfico con respecto a lo que llamó la correlación de fuerzas; dijo que muchas veces no se trata de tener la razón, incluso mencionó que en reiteradas veces le han dado la razón cuando no la tenía, sino sólo porque le daba la correlación de fuerzas. Diría que esto es así desde que existe la política. Cuando más me da la correlación de fuerzas, más posibilidades tengo de convencer acerca de que mi visión es la correcta, e incluso muchas veces de imponerla.

Él señalaba que cada vez que tiene que ir a un juzgado se tiene que parar cuando está el juez. A modo de paradoja, en este panel el único parado he sido yo, que soy juez, así que en eso también hemos querido mostrar una diferenciación.

Digamos entonces que ha sido muy rico este panel. A modo de conclusión, la línea pastoral que marca el Papa con respecto a los movimientos sociales, en su discurso de Santa Cruz de la Sierra, ha sido muy importante. De ese discurso rescaté una definición de la economía muy simple para que entendamos todos. Él dice que “la economía no debería ser un mecanismo de acumulación, sino la adecuada administración de la casa común”. Entonces yo pensaba, el ejemplo de “la casa” lo utilizan muchas veces los economistas liberales para decir “¿ustedes saben lo que es el déficit fiscal? El déficit fiscal es no gastar más de lo que ingresa a la casa”, para tratar de justificar políticas de reducción de déficit, que terminan con trabajadores en la calle, salarios pauperizados, etcétera.

Bueno, acá Francisco nos da el ejemplo de “la casa” para decir, la economía es administrar la casa común, y en la casa común un buen padre o madre de familia lo primero que trata es de que, si tiene varios hijos, el más vulnerado tenga una situación de preeminencia. El enfermo, el que está mal alimentado, el que no pudo estudiar, el que tiene algún déficit mental, etcétera. Justamente lo que nos plantea es la necesidad de que administremos el país como una casa común y que el padre, el jefe de hogar, el dirigente, tenga preferencia por los vulnerables, que las personas no sean sólo un número. Entonces me parece que, en esta cuestión, el mensaje es entender la economía como una herramienta social para pensar un mundo diferente.

Conclusiones y recomendaciones de la Primera Jornada sobre derechos sociales y doctrina franciscana

1. Es tarea de todos visualizar a los excluidos para que sus derechos sociales puedan ser exigidos y reconocidos.
2. El objetivo es que nuestros Estados sean tierra de clases sociales ascendentes y no sociedades de castas y excluidos.
3. El sistema judicial tiene como misión ineludible garantizar el acceso a la justicia para que las poblaciones vulnerables puedan litigar en pos del acceso a los derechos sociales cuando los otros poderes públicos no han podido, querido o no han sabido garantizarlos.
4. Hay que dejar de lado la visión burocrática identificada con la ideología del trámite y construir una justicia realmente humana. Los operadores judiciales deben ser protagonistas en la transformación del sistema judicial.
5. Los pobres son parte de la solución, no del problema; y teniendo en cuenta esto, deber ser incluidos en el proceso superador, fomentando su participación, no solamente formal sino también real.
6. Sin acceso general e irrestricto a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales no puede haber ni orden ni desarrollo sostenible integral.
7. Los Estados Democráticos deben contemplar mecanismos que garanticen la tutela judicial efectiva para que pueda haber un reconocimiento irrestricto de los derechos de los cuales deben gozar todas las personas.
8. Resulta indispensable la adaptación de procedimientos administrativos y funcionales para lograr una proximidad desde y hacia los sectores vulnerables. Es necesario diseñar estrategias de descentralización que permitan una inserción real que ayude a disminuir la justificada desconfianza que estos sectores tienen respecto a las instituciones judiciales.

9. En aras de garantizar el acceso a la justicia, es imprescindible la articulación con las organizaciones de la sociedad civil. La Iglesia católica tiene un rol central en las comunidades más vulnerables, y por eso es muy positiva su interacción y cooperación para la gestión judicial de las conflictividades.
10. El Estado debe tener efectiva y permanente presencia en los asentamientos precarios y debe llevar adelante políticas públicas adecuadas para lograr la inclusión social de los sectores más desprotegidos.
11. El sistema judicial tiene como misión ineludible poner en marcha los mecanismos necesarios para garantizar el acceso a la justicia de los más vulnerables.
12. Las normas jurídicas que reconocen el derecho a la vivienda no son meras declaraciones sino normas operativas con vocación de efectividad, que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado y en virtud de las cuales todos los ciudadanos pueden solicitar la provisión de una vivienda judicialmente, la cual no se identifica necesariamente con el derecho de propiedad.
13. A partir del reconocimiento de la plena efectividad del derecho a la vivienda, es imprescindible que los Estados formulen políticas públicas serias tendientes a su concreción. Las medidas coyunturales son respuestas pasajeras que no revierten la situación preexistente de vulnerabilidad.
14. Las leyes de presupuesto deben ser entendidas como un instrumento jurídico que haga posible el goce de los derechos consagrados en la Constitución Nacional y no como un impedimento para lograrlo. Debería existir correlación entre las leyes de presupuesto y los derechos reconocidos en la Constitución Nacional.
15. Los recursos de los Estados deben ser distribuidos con criterios de equidad que tiendan a beneficiar a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad y con miras a concretar su verdadera inclusión social. Las leyes de presupuesto deberían ser un instrumento útil para concretar este fin.
16. Al igual que toda ley, la ley de presupuesto está sujeta a control judicial y no debería alterar los principios, garantías y derechos reconocidos en la Constitución Nacional.

17. Existe la responsabilidad de todos los agentes de la política de controlar que no se retraigan las partidas presupuestarias destinadas al gasto social, como así también que estas no sean reasignadas a otros fines cuando se ejecuta el presupuesto.
18. Las reducciones presupuestarias no deberían alcanzar al gasto relativo a los derechos humanos, el cual debiera ser un gasto rígido en el presupuesto. Por el contrario, debe garantizarse el incremento progresivo y sostenido de los recursos destinados a fortalecer los derechos humanos.
19. Es preciso repensar el sistema de derechos humanos desde la óptica de la exclusión, construyendo un nuevo derecho: el derecho a la inclusión social.
20. La economía actual debería generar trabajo para todas las personas. Es clave el rol del trabajo a la hora de lograr la inclusión social.

