

igualdad,
autonomía personal
y derechos sociales

Nº 3



Julio de 2016

[a]DA



Asociación de Derecho Administrativo
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

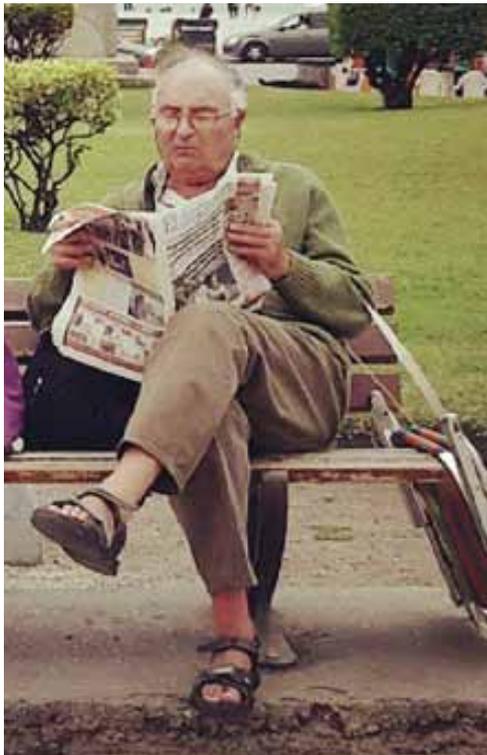


Foto Nicolás Kliczkowski

Revista sobre igualdad, autonomía personal y derechos sociales

Julio de 2016

Número 3

Director

Damián Azrak

Equipo editorial

Luciana Bercovich

Ernesto Blanck

Romina Faerman

Paula Nuñez Gelvez

Mariano Valentini

Federico Orlando

Fotografía

Nicolás Kliczkowski

www.nicokliko.com

Jorge Aloy

www.jorgealoy.com.ar

Diseño editorial

Lisandro Aldegani

Versión para imprimir:

<http://www.adaciudad.org.ar/docs/RevistaADA-N3.pdf>

ÍNDICE

I

Editorial

II

Opinión

Autonomía y derechos sociales. Una revisión del orden de los principios en la teoría de Carlos Nino. *Por Martín Böhmer*

III

Sección especial sobre Protesta

- a. **Reinterpretando la Constitución de la CABA.** La protesta social: Instrumento del derecho. *Por Nicolás Gabriel Tauber Sanz*
- b. **“En los Zapatos de”.** Voto de la “Jueza” Natalia Federman en el caso “ATE” de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas. Sala II
- c. **Opinión.** Video-conferencia: “Derecho a la protesta y el protocolo de actuación ante manifestaciones públicas” de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia.

IV

Jurisprudencia

¡Inquilinos de Argentina, uníos! Comentario al fallo de Alquileres. *Por Sebastián Tedeschi*

V

Entrevista

Innovaciones democráticas en América Latina. Una historia, un proyecto, muchas ideas nuevas. *Entrevista a Thamy Pogrebinschi por Mariano Valentini.*

VI

Reseña bibliográfica

Primicia editorial. Prólogo del libro *Comentarios de la Constitución de la Nación argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria* de Roberto Gargarella y Sebastián Guidi (coordinadores).



Foto Jorge Aloy

I

Del Derecho a la
igualdad,
la autonomía personal
y los derechos sociales

Editorial

A casi veinte años de la entrada en vigencia de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires nos proponemos reflexionar en torno a ella. Ante tamaño propósito, la publicación que hoy presentamos pretende servir como un espacio de crítica, discusión y, fundamentalmente, trabajo.

Nos permitimos tener por acordado que en materia de efectivización de derechos en la CABA tenemos un largo y arduo trayecto por recorrer. Que no basta su reconocimiento en el texto constitucional -el que claro, celebramos- sino que es necesario un trabajo siempre mancomunado, constante y tenaz para que sus postulados no se agoten en su enorme potencial.

La propuesta que acercamos propone interpelar el texto de la Constitución de la CABA y sus contenidos, profundizar su interpretación, propiciar nuevas formas de entenderla y, sobre todo, pensar y repensar los alcances y formas en las que su aplicación incide en la vida de cada uno de los habitantes de esta Ciudad.

Colocamos en el centro de nuestras preguntas a la igualdad como principio y garantía, junto con los derechos sociales y su exigibilidad; pero también los pensamos como deuda y problema que atraviesa nuestra cotidianidad.

Para construir este espacio, no partimos del supuesto de un bloque de conocimientos y saberes previos a reproducir, sino que

proponemos un ejercicio de diálogo entre diversos actores sociales –estudiantes, abogados/as, académicas/os, referentes sociales, militantes por los DDHH, jueces/zas y ciudadanía en general- con trayectorias y formación disímiles pero con un mismo objetivo, el efectivo goce y ejercicio de derechos en nuestra ciudad.

Como contrapartida, buscamos retroalimentar a todos quienes participen de la publicación, sea como interlocutores activos o atentos lectores. Que el producto de este esfuerzo colectivo se constituya en material de consulta, actualización o referencia para la labor que se desarrolle.

En concreto, presentaremos una publicación en formato digital que constará, alternativamente, de diversas secciones: “Reinterpretando la Constitución de la CABA”, “En los zapatos de...”, doctrina, jurisprudencia y novedades.

Ambiciosas pretensiones, lo sabemos; sin embargo, vale la pena el esfuerzo.

Equipo Editorial

Foto Nicolás Kliczkowski



II Opinión

[Volver al índice](#)

Autonomía y derechos sociales

Una revisión del orden de los principios en la teoría de Carlos Nino

Por Martín Böhmer

Doctor en Derecho Yale University. Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.



Una versión original de este artículo fue publicado en la Separata “Sobre los Derechos Sociales” de la Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Chile, EDEVAL, Valparaíso, 2015

Introducción

Los derechos sociales siguen llamando la atención, lo que no deja de ser llamativo y atendible. En efecto, algo debe haber en ellos que nos reclama ser clasificado, definido, inscripto en cierto ciclo temporal, situado en un siglo determinado, alineado con ciertas reformas jurídicas. Así, los derechos sociales han puesto en cuestión la distinción entre acción y omisión, la relación entre derechos y deberes, la posibilidad de ser judicialmente exigibles y aun la de hacerse cumplir, la titularidad de ese deber en los jueces o en los legisladores, en las autoridades nacionales o en las internacionales y el costo presupuestario de esas exigencias, entre otros importantes desvelos jurídico filosóficos.

Sin embargo, en este trabajo me gustaría llamar la atención a una forma particular de acercarse a los derechos sociales, la cuestión de su justificación moral. En efecto, la idea que me propongo exponer consiste en lo siguiente: si los derechos sociales en un orden constitucional determinado constituyen razones para actuar, ellos deben hacer ese trabajo fundados en algún principio moral que los justifique. Sé que esta breve pro-

puesta no puede sostenerse así como así, por lo que espero algo de paciencia en quien lea estas páginas.

Voy a justificar la existencia de derechos sociales desde una peculiar teoría moral, o más precisamente desde una peculiar forma de leer una peculiar teoría moral: mi lectura de la teoría de Carlos Nino. Voy a mostrar el lugar que en ella ocupan los derechos sociales, en qué medida esa ubicación ilumina clasificaciones aparentemente banales de los derechos (en particular esa que los clasifica en generaciones) y cómo, teniendo una teoría valorativa algunas de las cuestiones que tradicionalmente nos desvelan de los derechos sociales se aclaran para beneficio de la práctica jurídica democrática.

Metaética

A nivel metaético Nino no era, obviamente, un escéptico ni un relativista, pero tampoco era un objetivista moral. Nino era un *relativista conceptual*, es decir creía en la “posición... por la cual el significado, la verdad y validez de los juicios morales son relativos a las reglas de la estructura que subyace a la práctica social o a la institución del discurso moral”¹. Estas reglas están dirigidas a mantener una práctica que tiene como objetivo disminuir los conflictos y aumentar la coordinación entre las personas, dado el predicamento en que se encuentra el ser humano en un mundo de escasez de recursos y multiplicación de intereses deseos incompatibles.² Las reglas para lograr esa meta son, por lo tanto, contingentes, dependen de las particulares necesidades de un tiempo determinado.

Es en este sentido que la metaética nineana asume una posición pragmática respecto a la verdad. En este nivel, el discurso moral verdadero es aquel que funciona, es decir, el que es capaz de

1 Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, p. 161.

2 Nino cita a Warnock, *The Object of Morality* cuando se refiere a estas circunstancias como “...‘la dificultad básica de la vida humana’ (*the human predicament*)...” Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, Capítulo III, 2.

reducir los conflictos y aumentar la coordinación en forma más efectiva que el discurso moral previo. Ahora, la instancia discursiva que nos interesa es aquella en la cual nos hallamos sumergidos hace unos pocos siglos: la práctica del discurso moral de la modernidad. En efecto, dado que este particular discurso es eminentemente deliberativo y tiene como meta la disminución del conflicto y la coordinación de acciones, se encuentra regulado por ciertos rasgos que lo distinguen. La premodernidad se destacaba por un regla simple: el principio de autoridad. Las disputas terminaban cuando alguien, con autoridad final, decidía. A partir de los siglos XV y XVI esa regla comienza a no funcionar, las sociedades occidentales se complejizan y los conflictos se multiplican.

Pasaron muchas décadas hasta que la modernidad creó un ideal moral alternativo consistente en que la mejor decisión es la que toman todos los afectados por ella, con toda la información relevante, en condiciones de igualdad y en forma unánime.

Sin embargo, resulta claro que este discurso no rige en todo el planeta y dado que esta práctica no es universal su encuentro con otras en las cuales la gente no comparte nuestras presuposiciones morales básicas puede resultar conflictivo. Para que quede claro la posición de Nino sobre el tema basta citarlo: “Por lo común, esto da lugar a la pregunta: ‘¿Qué podemos hacer para convencer a esa gente?’. Mi respuesta (...) es ‘nada’”.³ He allí su relativismo conceptual.

³ Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos*, p. 162.



Sobre la base de esta ontología moral (hay prácticas sociales que están constituidas por reglas en las que de hecho participamos cuando discutimos algún problema moral) Nino asume un *constructivismo ético* en virtud del cual las reglas subyacentes a las prácticas sociales permiten identificar las propiedades de los principios que esas prácticas hacen válidos y por los cuales se zanján los conflictos morales a través de entender a los principios como razones para actuar.

Así, la estructura del discurso de la modernidad genera filtros para sostener la idea de imparcialidad. En efecto, para persuadir a otros iguales a mi debo generar argumentos que los convencen, y las meras expresiones de mis deseos, intereses preferencias o necesidades no pueden convencer a nadie. Los filtros, entonces, buscan impedir que ingresen a la conversación moral

expresiones que no constituyen argumentos válidos. Algunos de ellos son: la *autonomía* de la moral, es decir la libre aceptación de normas para relacionarse con otros y por lo tanto la necesidad de *persuadir* para lograr acuerdos, la *publicidad* de los principios (y la exclusión de expresiones basadas en supuestos principios ocultos u ocultos al interlocutor), su *generalidad* (y la exclusión de la mera afirmación de mis deseos o intereses como una razón atendible, el “porque me conviene”), la *verificabilidad* de las proposiciones de hecho en las que se basan (es decir una epistemología y formas de prueba compartidas), el requisito de que quien lo defienda debe estar dispuesto a que el principio sea *universalizable* (aplicable incluso a sí mismo) y la característica de que son *finales* en el sentido que ningún otro tipo de razón es más básico.

El discurso moral de la modernidad no identifica buenos argumentos a priori. Los mejores argumentos son los que sobreviven el escrutinio de la deliberación y de los filtros recién reseñados, los que quedan en pie por ahora, es decir hasta que la cultura de la comunidad en cuestión genere un mejor argumento (uno más persuasivo). El silencio, la falta de réplica, muestra que el último es el argumento ganador, como digo, por ahora.

Ética normativa

El método que propone el constructivismo para derivar principios morales de la estructura del discurso consiste en la postulación de la idea de *inconsistencia pragmática*, la regla según la cual no se puede hacer una cosa y decir otra. El hecho de ser parte de la práctica de la modernidad y a la vez negar los principios que estructuran esa práctica equivale a contradecirse. En este nivel, entonces, Nino apela a una teoría coherentista de la verdad, los principios morales verdaderos son los que surgen válidamente de los rasgos que constituyen el discurso en cuestión.

Este es el test del que surgen los tres principios morales postulados por Nino: el de *autonomía* (es bueno que cada uno elija libremente el plan de vida que desea) surge del hecho de que si uno delibera con alguien no puede imponerle lo que uno piensa, si no, ¿para qué discute? El perfeccionismo, la imposición de planes de vida o de virtudes personales que uno considera buenas sobre otros, es contradictorio con la práctica de la deliberación moral. Si discuto, con el fin de reducir conflictos y coordinar acciones, no impongo.

El segundo, el principio de *inviolabilidad* (o el principio millediano del daño, que afirma que no se puede aumentar la autonomía propia disminuyendo la de otros) se opone a la posición holista por la cual el individuo debe sacrificarse en aras de objetivos sociales y obliga a la no explotación. En efecto, no discuto con objetos, con meros medios para mis propios fines, al deliberar trato a mi interlocutora como fin en sí misma. Si delibero, no utilizo.

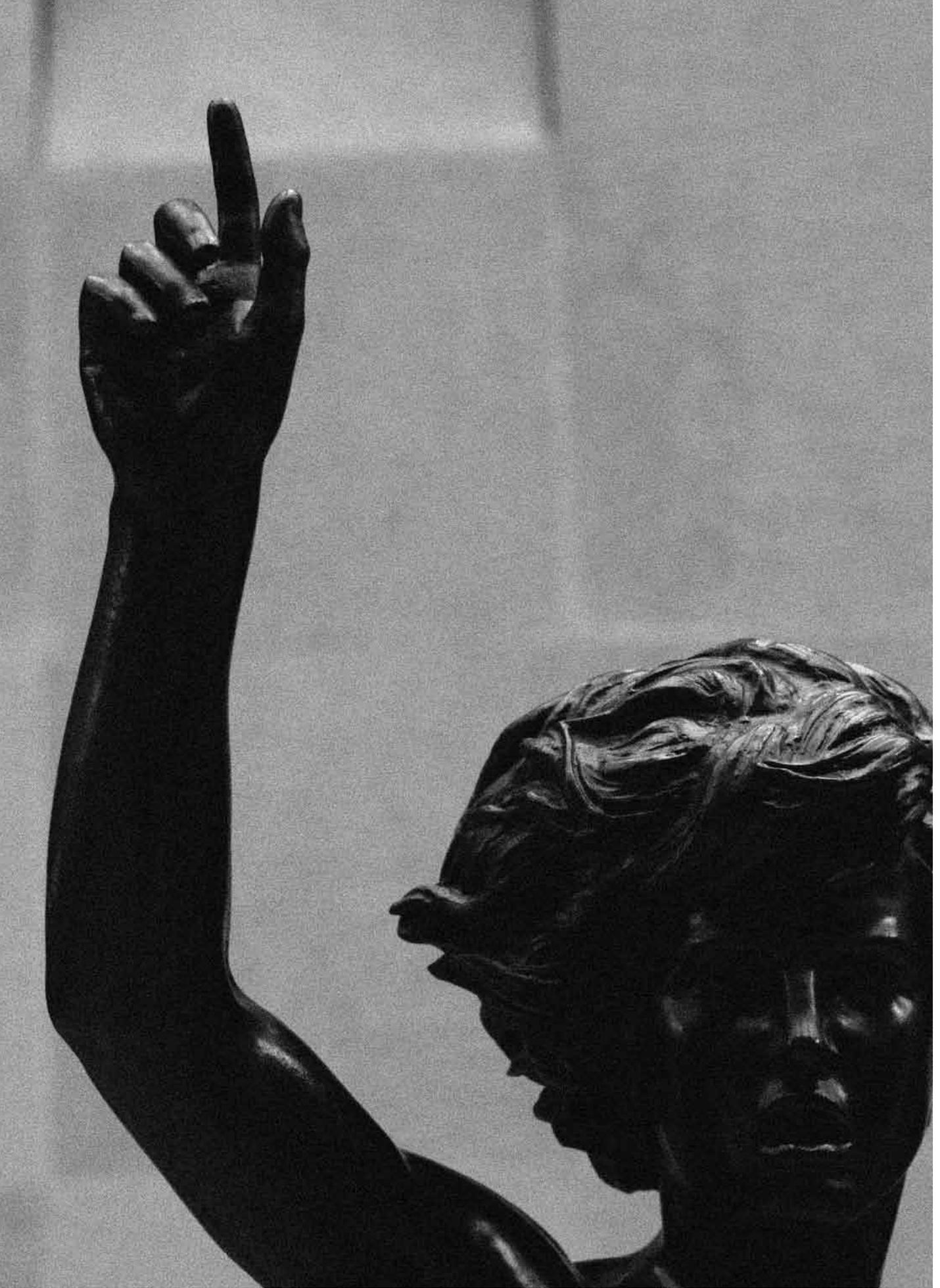
Y finalmente, el principio de *dignidad* (que me permite reducir mi autonomía a través de mi consentimiento) niega el determinismo normativo que descarta el consentimiento como forma de distribuir bienes y males sociales confundiendo el hecho de la determinación causal con la forma en la que concebimos el mundo de lo normativo dando relevancia a la voluntad como la manera que tenemos de modificar la clasificación deóntica de nuestras propias conductas. La dignidad consiste en este caso en reconocer en el interlocutor la autoría de sus decisiones, en reconocerlo como persona capaz (como la llama el derecho civil) de autorestringirse. Si no tuviéramos este principio, esta excepción a la utilización de otros para el beneficio de algunos, no tendríamos, por ejemplo, contratos. En efecto, los contratos son la instrumentación jurídica del intercambio de autonomía entre personas. Cuando ingreso a un contrato y entrego mi autonomía el principio de dignidad lo permite justamente porque se me trata dignamente como persona cuando puedo limitarme, cuando se toma mi consentimiento como relevante. Soy digno cuando me limito, cuando puedo limitar mis capacidades; y soy responsable cuando entro en el contrato y acepto



cumplir lo que digo que voy a cumplir. Si discuto con alguien, no puedo desconocerlo.

Esta tríada de principios que Nino muestra como subyacentes en la estructura del discurso moral de la modernidad no puede resultar sorprendente para nadie, es la misma tríada que encabezara las revoluciones que dieron forma política al discurso: libertad (la autonomía para decidir mi plan de vida), igualdad (la prohibición kantiana de usar a otros como medios para mis propios fines) y fraternidad (el reconocimiento de la dignidad que nos permite intercambiar autonomía y de esa forma asistir a otros en la persecución de sus planes de vida así como podemos solicitar a los otros asistencia en la búsqueda del propio).





Política

Así, el discurso moral de la modernidad dio frutos políticos revolucionarios. Esta forma de entender la moral justifica una forma política particular de procesamiento de las divergencias sociales: la *democracia constitucional*. En efecto, como vimos el discurso moral de la modernidad en primer lugar prefiere la deliberación imparcial entre iguales como la mejor manera de resolver conflictos, y en segundo lugar reclama que en esa deliberación ciertos rasgos que la constituyen sean siempre respetados. El procedimiento democrático (la decisión por discusión pública y regla de la mayoría) es la traducción política del primer requisito y la creación de los derechos (y alguna forma política para su defensa como por ejemplo el control judicial de constitucionalidad) la del segundo. Así, lo que Nino llama *constitución ideal* es aquella que tiende a mantener el procedimiento democrático real lo más cerca posible de su ideal deliberativo y a honrar los principios del discurso moral de la modernidad a través del respeto por los derechos.

Ahora bien, las prácticas políticas reales se alejan de ese ideal. En particular lo que Nino llama la *constitución histórica*, es

decir una práctica social determinada que se realiza en un territorio determinado y que tiene una historia y aspiraciones colectivas también determinadas, no coincide con la constitución ideal. Sin embargo está llamada a servir como correa de transmisión entre el ideal y las decisiones prácticas, como por ejemplo aquellas que deben tomar los operadores del derecho. Nino puede afirmar en ese sentido que “la constitución histórica, que es relevante para el razonamiento práctico, no es un mero texto o documento, sino que está constituida por la regularidad de las conductas, actitudes y expectativas de sucesivas legislaturas, funcionarios de gobierno y generaciones de ciudadanos generadas a partir de la sanción de aquel texto. Así, la tarea de transformar el texto en proposiciones justificatorias es asistida por las opciones tomadas por este trabajo colectivo, y las indeterminaciones son mucho más restringidas que si cada uno de nosotros tuviera que confrontar aisladamente el texto desnudo.”⁴

Es decir que la Constitución no es un “mero texto” leído por seres noumenales fuera de todo contexto (como si tal cosa fuera posible), sino una práctica social compleja que se despliega en el tiempo y que dependiendo de la conflictividad social va disminuyendo o aumentando su indeterminación. La disminuye en la medida en que los consensos sociales se incrementan (a través de la práctica política, de los procedimientos judiciales, o de las diversas formas de la deliberación social que van acordando interpretaciones de la constitución ideal y transformándolas en prácticas encarnadas) y aumenta la indeterminación

⁴ Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, p. 55.

cuando los consensos decrecen, cuando las voces del disenso (que producen nuevos argumentos) logran ser escuchadas y así dan lugar al regreso de la fuerza relegitimante de los principios que se encuentran en la constitución ideal para mejorar la constitución histórica (cuando tienen éxito). Es en este sentido que Nino afirma el valor epistémico de la práctica de la democracia constitucional. Ella nos brinda razones para pensar que hay razones para actuar. Todo a lo que podemos aspirar es a la mejora de los procedimientos democráticos como garantías nunca finales de que estamos más cerca de decidir correctamente. De allí que el derecho que surge de estos procedimientos se torna relevante en el razonamiento práctico.

El hecho de que esta práctica social sea además normativa permite también calibrar su importancia como acuerdo fundacional de la sociedad que la conforma (¿se puede seguir mejorando la práctica o es tiempo de revolución?), como objeto de legitimación de la constitución ideal (¿cuáles son las alternativas de actuación dentro de la práctica capaces de mejorarla?) y como parte necesaria de todo razonamiento práctico que tienda a justificar una decisión jurídica (¿cuáles son las alternativas de interpretación disponibles para mejorar la práctica?).

Permítame ahora, quien me lea, un breve desvío. Como dije, la teoría de Nino es pragmática a nivel metaético, nivel en el que manda la idea de discurso moral situado, es coherentista a nivel de la ética normativa, nivel en el que manda la noción de inconsistencia pragmática, y es epistemológicamente constructivista al nivel del valor que debe otorgársele al resultado de la delibe-

ración moral. La propuesta es, en otros términos, la siguiente: nos encontramos situados en el discurso moral de la modernidad, su forma de entender en qué consiste la deliberación que practicamos a diario nos provee de un ideal al que aspiramos. Y utilizamos este discurso para argumentar contrafácticamente: “debes hacer aquello que manda la última razón que habría quedado en pie si hubiera tenido lugar una deliberación en la que todos los interesados hubieran estado presentes y en la cual hubieran decidido por unanimidad en condiciones de racionalidad, conocimiento e imparcialidad”.

Eso no quiere decir que Nino no reconociera defectos de la deliberación real. Así, subrayando la fuerza de la práctica deliberativa para coordinarnos, aclara:

“Pero es obvio que en muchos casos el discurso moral no es operativo. Hay, por supuesto, gente que se niega siquiera a participar de ese discurso y prefiere recurrir a otros métodos para obtener resultados equivalentes, como el recurso a la fuerza. Hay también gente que sólo simula participar del discurso moral y recurre solapadamente a técnicas de persuasión excluidas de éste como el engaño o la confusión deliberada. Hay muchos que no cumplen con el compromiso implícito asumido cuando se participa en ese discurso, que es actuar y juzgar de acuerdo con los principios que resultan consensualmente aceptados.”⁵

La fuerza, el engaño y el argumento falaz son también parte de la práctica real de la discusión. La teoría de Nino no sólo contribuye a identificarlos como problemas para la democracia

5 Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos*, p. 391.

sino también, en la medida que nos aclara nuestra concepción del ser moderno, a combatirlos.

En otro lugar⁶ me ocupé de subrayar el hecho de que en la deliberación ideal todos los participantes gozan de igual capacidad retórica pero, dado que en la deliberación real se dan los problemas que Nino identifica y que acabo de mencionar, en ciertos ámbitos nos ocupamos de crear sucedáneos del discurso moral que tratan de paliar esas desviaciones. Entonces, así como recurrimos a la ingeniería institucional para acercar los procedimientos mayoritarios y representativos al ideal deliberativo (regulación de los procesos legislativos, de los partidos políticos, sistemas electorales, etc.), en otros (mi ejemplo eran los procedimientos judiciales y en particular el rol asignado a los abogados como igualadores retóricos) intentamos reducir todo lo posible la influencia deletérea de la fuerza, el engaño y las falacias.

Estas razones explican la centralidad de la educación en general para la democracia moderna (la idea de “educar al soberano”) y en particular explican el esfuerzo por determinar el piso mínimo de conocimientos que los ciudadanos deben poseer para ser tales. Lo que muchas veces no se explicita suficientemente es la relevancia no sólo de los conocimientos sino de las destrezas que requiere una práctica relativamente exigente como la práctica deliberativa de la modernidad. Estas destrezas, que

6 Martin Böhmer, “Igualadores y Traductores. La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional”, en Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos F. (coords.) *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires, La Ley, Facultad de Derecho U.B.A., 2008. También publicado en Villarreal, Marta y Courtis, Christian (coord.); *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, Sans Serif Editores, México D.F, 2007.

no son ni pueden ser explicitadas completamente en manuales escolares, se encuentran incrustadas en los modos de actuar de las diversas comunidades, son los estilos en los que se manifiestan las prácticas compartidas y aprendidas por imitación y largos procesos de ensayo y error, recompensas y sanciones sociales, muchas veces silenciosas y otras muchas vociferantes y conflictivas.

La lucha por los derechos

Así, la práctica deliberativa de la modernidad asume muy variadas formas. Entre ellas, una particularmente relevante para este trabajo, la lucha por los derechos. La dinámica de esa lucha en el contexto de la democracia deliberativa funciona de la siguiente manera: las instituciones políticas que se rigen por la regla de la mayoría, producen normas que reclaman autoridad basadas en que ellas intentan honrar el ideal deliberativo, en que han hecho todo lo posible para acercarse a él incluyendo la mayor cantidad de voces, la mejor información disponible y excluyendo las afirmaciones falaces, que violan los filtros de la deliberación. Los abogados sintetizamos esto cuando decimos que la legislación es fuente de derecho.

Sin embargo, sabemos que esos procedimientos pueden fallar y es por eso que defendemos los principios subyacentes a la deliberación (autonomía, inviolabilidad y dignidad) con ciertos artefactos de nuestra creación: los derechos. Ellos funcionan como límites a las decisiones mayoritarias y en general existen instituciones (como por ejemplo los jueces) que se ocupan de defenderlos y que para hacerlo se las aparta del control mayorita-

rio directo (brindándoles por ejemplo estabilidad vitalicia o muy extendida en el tiempo y muchas veces también salarial, entre otras). La defensa de los derechos requiere participación de los afectados y mecanismos institucionales efectivos para una deliberación seria (por ejemplo proveyendo abogados como una forma de mejorar la argumentación de sus conciudadanos) ya que esta lucha pone en cuestión los acuerdos mayoritarios decididos democráticamente. Pero el reclamo de autoridad de los derechos no puede ser menospreciado: surge de la estructura misma de la deliberación y se justifican porque tienden a restaurar los principios de las reglas del juego deliberativo que alguna falla de la democracia puso en cuestión. Los abogados sintetizamos esto cuando decimos que la Constitución es fuente de derecho.

Por último, las decisiones a las que la comunidad llegue a través del juego de las fuerzas de la deliberación mayoritaria y de los derechos no pueden ser modificadas en forma permanente si el derecho pretende coordinar acciones y reducir conflictos. Nadie puede adecuar su conducta a normas si ellas no permanecen más o menos inalteradas por un tiempo prudencial. La idea del derecho como práctica social apunta a ese problema y explica que los precedentes judiciales, o las costumbres sociales o a veces las lecciones de los juristas puedan reclamar autoridad en la medida en que funcionen como un ancla de tradición que haga inteligible las acciones colectivas y más predecible el futuro. Los abogados sintetizamos esto cuando decimos que la jurisprudencia, la costumbre o cierta función de la doctrina son fuente de derecho.

Estos tres reclamos de autoridad compiten por su preeminencia a la manera de los dioses antiguos, y su disputa es interminable. Del choque de estos reclamos surge la vitalidad de la democracia. No hay última palabra, los conflictos no acaban, se administran aceptando, o incluso dándole la bienvenida al surgimiento del disenso en el entendimiento que quizás esta vez alguno entre nosotros encontró un argumento que permitirá mejorar nuestra convivencia.

Desde hace unas pocas décadas los derechos sociales han adquirido esa virtualidad. Ellos han producido reinterpretaciones fundamentales de los contenidos del derecho, de los procedimientos jurídicos y políticos y de los roles institucionales de actores fundamentales de la democracia. La discusión sobre su naturaleza se entiende en ese contexto. En efecto, el retorno de la discusión sobre obligaciones correlativas de hacer o la idea de los derechos sociales como derechos positivos, quebró algunas concepciones previas que entendían a los derechos como meros límites negativos a la acción de las autoridades, como reflejando la aspiración de “ser dejado solo”. Los procesos y los roles de los actores se alineaban a ese entendimiento. Así, las sentencias tendían a mandar obligaciones de no hacer o a lo sumo de dar (en este caso en general de dar sumas de dinero) y el Poder Judicial concebía su lugar como remedial y excepcional y se entendía que no tenía nada que hacer respecto del status quo ante, la situación previa al daño.

Acaso también como una forma de reducir la alarma que producen los derechos sociales se los periodiza, llamándolos derechos

de segunda, o de tercera generación dado que supuestamente llegaron luego de los derechos civiles y políticos. Se les otorga incluso a cada uno un siglo (el XVIII para los civiles, el XIX para los políticos y el XX para los sociales) como si el hecho de llamarlos así, “derechos de x generación” tuviera alguna virtualidad explicativa. Esta explicación cronológica, que intenta ser genealógica y en última instancia trata de justificar en la gradualidad los reclamos de los derechos sociales que aparecen como excesivos en comparación con los otros dos tipos de derechos, resulta a todas luces inadecuada para fundar tal reclamo de autoridad. Si los derechos sociales deben ser respetados aun cuando ello signifique producir intervenciones disruptivas en la democracia constitucional debe ser porque ellos son formas institucionales de la defensa de algún principio sustantivo de la práctica moral en la que estamos aun inmersos.

Sin embargo, hay algo importante en esta cadencia que produce la tipología de los derechos. Los derechos políticos (el derecho al voto, a elegir y ser elegido, a asociarse en partidos políticos), los derechos civiles (a la vida, a la integridad física, a la libertad de expresión, de conciencia, de culto, de movimiento, de trabajo) y los derechos sociales (los derechos de propiedad, alimentación, salud, vivienda, educación, trabajo, seguridad social) parecen apuntar a cuestiones fundamentales en la vida de todo ser humano. El desafío radica en cómo se justifica tal importancia como para permitir que asuman el papel de derechos en tanto límites a la libre deliberación mayoritaria de los representantes democráticos. En particular los derechos sociales siempre parecieron problemáticos en la medida en que sus

reclamos deberían producir una reestructuración de acuerdos sociales muy extendidos tal que se debe esperar una multiplicación de la conflictividad que sólo una fuerte justificación moral y política puede obligarnos a asumir.

En lo que sigue voy a argumentar que la justificación de los derechos en la forma que propone Nino, y que yo creo que refleja adecuadamente la tradición moderna de la democracia liberal, nos permite ver con facilidad la naturalidad con la que los derechos sociales encajan en nuestra tradición y advertir que ellos no son cuerpos recientes, extraños, perturbadores, sino la extensión natural de nuestros compromisos morales y políticos. La manera de hacerlo que propondré, será modificar el orden de los principios para insistir en la deliberación como la piedra de toque del edificio del discurso moral moderno. Veamos.

Como lo expuse más arriba el relato canónico de los tres principios del liberalismo igualitario según Nino asume una forma clásica en la cual el principio de autonomía es la regla general, el de inviolabilidad su única excepción y el de dignidad la excepción a la excepción (para decirlo más claro: puedo decidir libremente mi plan de vida, salvo que para llevarlo adelante dañe a un tercero, salvo que el tercero consienta ser dañado).

En esta forma del relato la autonomía carga con el mayor peso. En ella parecen residir todas las libertades, las que defienden los derechos políticos, los sociales y algunos de los civiles, en la medida en que para poder decidir libremente y llevar adelante con éxito un plan de vida se requieren muchos de los bienes



cubiertos por ellas. A la inviolabilidad le queda el derecho a la igualdad y a la no explotación y a la dignidad el trato no discriminatorio. Este orden de los principios se da muy bien con la tríada propiedad (lo que tengo para hacer lo que quiero), daños (la forma en que me indemnizan cuando me instrumentalizan) y contratos (el intercambio consentido de autonomía) que vertebró el cuerpo del derecho moderno. Vista de esta forma la clasificación, si bien es clara es su orden deductivo, confunde a la hora de explicar la justificación de los distintos tipos de derechos en la forma en que nos hemos acostumbrado a nombrarlos.

Sin embargo hay otra forma que permaneciendo fiel a los principios de la deliberación de la modernidad, puede arrojar otro tipo de luz sobre la cuestión de los derechos sociales y ordenar con mayor claridad las clasificaciones tradicionales. La

propuesta consiste en lo siguiente: si estamos comprometidos a que la deliberación cumple un rol central en la teoría, la fenomenología de la deliberación nos insta a descartar el orden silogístico de la presentación tradicional de los principios y proponer uno nuevo, inverso.

En efecto, pensemos en la adquisición de derechos a medida que vamos creciendo en ciudadanía moral. Así, el primer paso para comenzar a deliberar con otros consiste en que ellos reconozcan mi capacidad para que mi consentimiento me obligue, que reconozcan que yo puedo acordar con ellos, eventualmente, la posibilidad de reducir mi autonomía. Tráteme dignamente en este sentido consiste en permitirme entrar en la deliberación, en no tratarme como a un niño o a un loco. El principio de dignidad es de esta forma primero, es el que abre la puerta a la sociedad, y si bien se va dando gradualmente (los niños van adquiriendo capacidad a medida que crecen) una vez adquirido es el que explica la ciudadanía moral. Sólo los seres capaces de ser dignos (capaces de responsabilizarse frente a otros) son ciudadanos morales.

En el segundo paso, una vez que me encuentro adentro de la deliberación, voy escuchando las propuestas de intercambio de autonomía que me hacen los demás para ayudarlos a llevar adelante sus planes de vida. El principio de inviolabilidad me cubre, me blindo en la medida en que gracias a él puedo decirles a otros que no. No pueden usarme sin mi consentimiento (ahora específico a una propuesta concreta, no el consentimiento general de entrar a la deliberación) para sus propios planes de vida.

En el tercer paso, cuando he escuchado diferentes propuestas, puedo comenzar a formar las mías de a poco y en la deliberación con otros, con la libertad que me brinda el principio de autonomía que rechaza justamente la posibilidad de que alguien pueda imponerme la suya.⁷

Espero que resulte ahora clara la propuesta. Cada uno de estos pasos justifica derechos. En esta presentación del orden de principios el de dignidad justifica la idea de los derechos políticos. Es que este principio define la ciudadanía e impide a que se le niegue el ingreso a la comunidad política a todo ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, a todo ser capaz de diseñar un plan de vida y guiarse por normas. Esta forma de concebir los derechos políticos como defendiendo el concepto de ciudadanía (moral, política, o entendida como capacidad civil o imputabilidad penal) pone la carga de la prueba en aquellos que intentan restringirla por cuestiones de edad, de capacidades psicológicas, de idoneidad, de habilidades físicas o del lugar de nacimiento. La dignidad de ser responsable se traduce entonces en derechos que tradicionalmente llamamos políticos, que

7 La posible primacía del principio de dignidad fue sugerida por Nino en estos párrafos: “Pero por otro lado, pareciera que el principio de autonomía presupusiera el de dignidad de la persona, ya que el valor de la elección de planes de vida por parte de individuos implica que hay, por lo menos, un tipo de decisiones que pueden y deben ser atribuidas a esos individuos y que deben ser tomadas seriamente en cuenta cuando se actúa respecto a ellos.” Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos*, p. 291.

Y también, cuando Nino hace la prueba de la inconsistencia pragmática en quien desconociera el principio de dignidad en la práctica del discurso moral moderno: “Este argumento es análogo al que se propuso respecto de la autonomía de la persona, pero en este caso el argumento presupone menos cosas –el que el discurso moral está dirigido a que se elija algo, sin importar aquí que ese algo sea un principio mora- y es, por lo tanto, más sencillo.” Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos*, p. 300 (el subrayado es mío).

se relacionan con la capacidad para ser parte de la comunidad deliberativa, que reclaman reconocimiento de la persona como tal y que se vinculan con el valor de la fraternidad.

El principio de inviolabilidad, por su lado, justifica los derechos que llamamos civiles, los derechos a la no interferencia de otros en la formulación y en el ejercicio del propio plan de vida, a no ser utilizado por otros para sus propios fines, los derechos a no ser explotado como mero medio. Resulta interesante notar en este sentido que los derechos civiles a los cuales se los relaciona tradicionalmente con la igualdad están en esta justificación relacionados con la tradición liberal clásica, incluso libertaria, la tradición del derecho a “ser dejado solo”. Sin embargo, dada la narrativa que estoy exponiendo aquí, la capacidad para “decir que no” está vinculada con la práctica deliberativa en un doble sentido. Por un lado permite efectivamente evitar ser utilizado en planes ajenos de los que no deseamos ser parte, pero por otro también permite la búsqueda de planes que nos seduzcan como para asumirlos como propios o como para ofrecer nuestra ayuda en su consecución. Esta segunda posibilidad es la que manda que la sociedad presente diversos planes de vida (lo que el liberalismo llama el “menú” de alternativas) para ser evaluados por las personas. Si bien tradicionalmente es la educación liberal la que carga con este mandato no necesariamente debe ser la única. La cultura, los medios de comunicación, la sociedad civil también deben ser parte de ese esfuerzo por cultivar y mostrar la diversidad cultural y el Estado puede, en la medida en que esto no suceda, intervenir para promocionarla.

Finalmente el principio de autonomía justifica los derechos sociales. En efecto ellos permiten la decisión libre y el ejercicio del plan de vida de cada uno de nosotros. Son los derechos que nos brindan los recursos intelectuales (educación), materiales (vivienda, salud) e incluso espirituales (como la tranquilidad de ánimo que trae el hecho de que las necesidades básicas estén satisfechas) que nos permiten llevar una vida autónoma. Es la etapa en el proceso de deliberación pública en el que asumimos el propio plan de vida y es allí cuando comenzamos a “decir que si” (a nuestra propia decisión y a las ofertas de colaboración de otros).

El hecho que los derechos sociales se fundamenten en la autonomía personal tiene importantes consecuencias. En la lectura tradicional nineana significa que esas decisiones no pueden estar limitadas por posturas perfeccionistas. Nadie mejor que yo para conocer y decidir sobre mi mismo. Sin embargo, quiero subrayar que en la forma de presentación que acabo de ensayar la autonomía no es sólo una posición antiperfeccionista, sino que también demanda el esfuerzo positivo de la comunidad para garantizar la satisfacción de las necesidades que hacen posible una elección sustantiva, no meramente formal, de los planes de vida. Es por ello que muchas de las discusiones sobre derechos sociales giran en torno a su exigibilidad, a la necesidad de acciones positivas de terceros y al costo de estos derechos. No puede ser de otra manera, como ahora resulta evidente. El piso de necesidades que requiere una ciudadana de la modernidad para ejercer su autonomía, si bien está vinculada con las posibilidades de su entorno no puede perforar un mínimo debajo del cual ya no existe autonomía sino que lo que hay es imposi-

ción de formas de vida no decididas por ella, una forma particularmente perversa de perfeccionismo. Como por supuesto el trato igual no está sólo reservado a la no discriminación en el reconocimiento de la dignidad aquí obliga también a proveer pisos mínimos sustantivos iguales para todos.

Habiendo llegado a los derechos sociales como garantizadores de autonomía podemos ahora volver a recorrer los tres principios a la manera nineana para advertir un par de cosas. La primera es la preocupación tradicional sobre los planes de vida caros. En efecto, quien decide libremente un plan de vida para el cual precisa extraer recursos en mayor cantidad que otros corre el riesgo de dañar el principio de inviolabilidad y utilizar a otros para sus propios fines. Así, los derechos sociales deben compatibilizarse con los derechos civiles para evitar la explotación de unos a otros. Pero también en estas desavenencias se vuelven a encontrar oportunidades para la fraternidad en la medida en que en estas discusiones entre personas que aspiran a utilizarse mutuamente se recurra a la dignidad, es decir al consentimiento para permitir ese uso mutuo, ese intercambio de autonomía que permite desarrollar planes de vida múltiples y cada vez más ricos.

Así, volvemos al comienzo. Dado que el peligro del conflicto acecha en cada uno de los difíciles movimientos sociales que van de la asunción de la ciudadanía al rechazo de la explotación y de éste a la asunción de una forma de vida, de ella al cuidado por los recursos ajenos o comunes, y de éste a la propuesta fraterna de intercambio de autonomía, es que todo el sistema

se basa en la deliberación. La apuesta a que ella disminuya los conflictos y aumente la coordinación está en la base misma de todo el sistema, estructura los principios, arma su traducción política en democracia constitucional, distribuye roles institucionales y asigna derechos y deberes.

En esa dinámica democrática los derechos sociales cumplen un rol fundamental: defienden la capacidad de decidir y de llevar adelante con otros, en un contexto particular de una sociedad particular, un particular plan de vida. La novedad de los derechos sociales no consiste en las demandas aparentemente excesivas que reclaman, la novedad consiste, en cambio, en que finalmente la modernidad está decidida a honrar uno de sus principios fundantes y a no hacerse la distraída limitando su promesa a la mera no interferencia. La finalidad de la disminución de los conflictos no consiste en evitar la sociabilidad o en edificar palacios para reyes solitarios, sino que tiene como meta la aspiración a vivir una vida digna con otros también dignos, en la felicidad de haber elegido el propio destino con la ayuda de otros y de haber ayudado a otros a lograrlo. Los derechos sociales son la base material de esa aspiración.



Bibliografía

BÖHMER, Martin: “Igualadores y Traductores. La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional”. En: Alegre, Marcelo; Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos: Homenaje a Carlos S. Nino. Buenos Aires, La ley, Facultad de Derecho U.B.A, 2008. También publicado en: Villarreal, Marta y Courts, Cristian: Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados. Sans Serif Editores, México D.F., 2007.

NINO, Carlos: Ética y Derechos Humanos. Astrea, Buenos Aires.

NINO, Carlos: La Constitución de la Democracia Deliberativa. Gedisa

III

El derecho a la protesta y a la libertad de expresión

[Volver al índice](#)

La discusión sobre el derecho a la protesta y la libertad de expresión volvió a estar presente en la discusión cotidiana. Como tantas otras veces, se ha vuelto a debatir un tema en particular: los cortes de calle en el marco de las protestas sociales.

El renacimiento de un tema que parecía superado, retornó a la arena pública. Quizá por el hartazgo que provoca a las personas que circulan por las calles y no logran llegar a tiempo a los lugares de destino o tal vez, debido a que este mecanismo de protesta es un derecho que las personas tomaron como propio y no se imaginan perderlo. En este escenario, el gobierno nacional que asumió en el 2015, presentó un protocolo de regulación de las protestas sociales que inclinaba la balanza hacia uno de los lados, priorizando la libre circulación por sobre el derecho a la protesta.

Esta situación ha abierto la puerta a una nueva sección temática como parte de la Revista. Siguiendo los lineamientos de la propuesta original, hemos solicitado tres contribuciones específicas sobre el tema: Nicolás Tauber, propondrá una reinterpretación del derecho a la protesta y la libertad de expresión consagrado en la Constitución de la Ciudad; Natalia Federman, se pondrá los zapatos de Jueza de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, para pronunciarse sobre la constitucionalidad del protocolo de regulación de protestas propuesto por el Gobierno Nacional y su inaplicabilidad en la Ciudad de Buenos Aires. Por último, y a los fines de ampliar las voces de este debate, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia contribuirá con la desgrabación de la video-conferencia realizada el día 08 de marzo de 2016, de la que participaron el profesor Roberto Gargarella, la presidenta de la Cámara de Casación Penal y titular de Justicia Legítima, María Laura Garrigós de Rébora y el Diputado Nacional Pablo Tonelli.

Es nuestro deseo que esta experiencia piloto, sea la primera de muchas número de secciones temáticas sobre temas de actualidad.

III a

Reinterpretando
la constitución
de la CABA

Este espacio encuentra inspiración en “The Constitución in 2020” de Jack Balkin y Reva Siegel, pero aún más en la experiencia realizada a partir de la Constitución Nacional: La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria (Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011) a cargo de Roberto Gargarella a quien agradecemos la posibilidad de replicar la práctica en el ámbito local.

La propuesta consiste, en línea con los objetivos de esta publicación, en invitar a repensar la Constitución de la CABA en una clave igualitaria. Así, las autoras y autores tendrán el desafío de proponer modificaciones al texto legal, incluyendo o excluyendo algún aspecto y/o proponer la mejor interpretación posible.

En este tercer número, Nicolas Tauber se concentra en brindar distintos argumentos normativos para defender y proteger el derecho a la protesta, desde la Constitución de la Ciudad.



[Volver al índice](#)

La protesta social: instrumento del derecho

Por Nicolás Gabriel Tauber Sanz

Abogado UBA. Profesor Adjunto (int.) de Elementos de Derecho Constitucional y Profesor de Práctica Profesional en la Facultad de Derecho – UBA.

“Yo digo que quienes condenan los tumultos entre los Nobles y la Plebe atacan aquellas cosas que fueron la primera causa de la libertad de Roma y consideran más los ruidos y los bandos que de dichos tumultos nacían, y no los buenos efectos que ellas producían”

Maquiavelo “Discursos de la primera década de Tito Livio”

Planteo

Cuando comencé a trabajar en casos de protesta social tenía una intuición. El derecho debía protegerla en lugar de condenarla. A través de los años esa intuición se transformó en una convicción.

En dicha transformación tuvieron un papel central mis experiencias concretas como abogado defensor de personas acusadas penalmente por haber participado en distintos tipos de protesta¹, y el trabajo desarrollado por Roberto Gargarella² a través del cual demostró la estrecha y directa relación que existe entre protesta social, democracia y derechos.

1 El “Informe sobre criminalización de la protesta”, de marzo de 2012, realizado por los organismos de derechos humanos del Encuentro Memoria Verdad y Justicia (AEDD, APEL, CADHU, CEPRODH, CADEP, CORREPI y LIBERPUEBLO) da cuenta de la existencia de un total de 2268 personas sujetas a proceso penal por participar en actos de protesta o de organizaciones sociales, sindicales, estudiantiles, ambientales, políticas, etc. Accesible en: <https://encuentromvuj.files.wordpress.com/2012/03/informe-criminalizacion-de-la-protesta-organismos-ddhh-emvj-marzo-2012.pdf>

2 Gargarella, Roberto, “El derecho a la protesta. El primer derecho”, 1° Ed. Ad-Hoc, 2005. “Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta”, 2° ed. Bs. As., Siglo Veintiuno Editores, 2015. “De la injusticia penal a la justicia social”, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008. “El castigo penal en sociedades desiguales”, 1° Ed. Ciepp, 2012, entre otras obras.

Entiendo que el problema central de nuestro sistema jurídico y de nuestra sociedad actual es la falta de vigencia efectiva de los derechos, garantías y principios reconocidos por las normas que integran el bloque de constitucionalidad. Esta falta se traduce en intolerables niveles de desigualdad, y de impunidad que impiden la consolidación de una práctica social³ que garantice un efectivo autogobierno colectivo.

Continuando el camino trazado por quienes vienen trabajando sobre este tema⁴, pretendo realizar un aporte demostrando que la protección de la protesta social no sólo es un compromiso ineludible de la democracia, sino también de los derechos, en tanto y en cuanto la protesta es una de las principales herramientas para lograr el respeto, la vigencia efectiva y la ampliación de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Sobre esa base y con esa preocupación es que pretendo comenzar a desarrollar los fundamentos que demuestran que la protesta social lejos de ser un aspecto negativo o que se debe tolerar, es una herramienta sumamente valiosa y reconocida constitucionalmente para lograr la efectiva vigencia de los derechos de todos.

3 Nino, Carlos Santiago, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, 2002, Pág. 7.

4 En particular organismos de derechos humanos como la Asociación de Ex Detenidos Desaparecidos, Liberpueblo, Correpí, APEL, CADHU, CEPRODH, CADEP (integrantes del Encuentro Memoria Verdad y Justicia), SERPAJ, CELS, Amnistía Internacional, ACIJ, entre otros.

¿Qué es la protesta social?

Antes de avanzar se impone precisar a qué nos referimos cuando hablamos de “Protesta Social”. Lo entendemos como sinónimo de “reunión” en los términos utilizados por Relator Especial sobre los derechos de reunión pacífica y de asociación en su informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, quien la define como “... una concurrencia temporal y deliberada en un espacio público o privado, con una finalidad concreta, que puede adoptar la forma de manifestaciones, encuentros, huelgas, procesiones, campañas o sentadas, con el propósito de expresar quejas y aspiraciones o facilitar celebraciones (véase A/HRC/20/27, párr. 24). Este concepto podría abarcar incluso los acontecimientos deportivos, los conciertos y otros eventos similares. Aunque una reunión se define como una concurrencia temporal, cabría incluir las protestas y sentadas prolongadas y las manifestaciones de tipo “ocupación”.⁵

⁵ Informe conjunto del Relator Especial sobre los derechos de reunión pacífica y de asociación y el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la gestión adecuada de las manifestaciones, aprobadas en el 31º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, individualizado como: A/HRC/31/66, párr. 10.

De lo antedicho se desprende que el piquete o el corte de vías de circulación, la forma más comúnmente utilizada por la sociedad argentina al realizar una protesta o manifestación, se encuentra contenida en la definición de “reunión” dada por Naciones Unidas. No existe un sector social que no utilice el corte de vías para manifestarse. Los vecinos a quienes les cortan la luz, los desocupados que reclaman trabajo, los trabajadores que exigen que se respeten sus derechos, los estudiantes que piden mejorar el sistema educativo, los productores agropecuarios por sus reivindicaciones sectoriales, los ambientalistas contra la contaminación y los pueblos originarios por sus tierras ancestrales y su cultura.

La manifestación es una herramienta para canalizar reclamos de manera colectiva, en el ámbito público a las autoridades públicas o a los particulares, a fin de que cumplan con sus obligaciones respetando los derechos fundamentales que dan legitimidad al sistema jurídico, que habiendo prometido “tratar a todos como iguales”⁶, convive con una realidad donde la falta de cumplimiento de su promesa es la regla.

6 Gargarella, Roberto. “El derecho a la protesta. El primer derecho”, 1º Ed. Ad-Hoc 2005, pág. 19.

El desafío de la vigencia efectiva del derecho

Tenemos un problema respecto de la eficacia del derecho. Todo el derecho, traducido en cualquier sistema jurídico, pretende regir las relaciones sociales que se suscitan en el mundo de lo fáctico. Si el derecho no genera prácticas sociales⁷ acordes a su contenido y programa político, rige la anomia⁸.

El desafío histórico por hacer que el derecho rijan en la realidad diaria es más actual que nunca. Más de Mil millones (1.000.000.000) de seres humanos viven con menos de 1 dólar por día, Dos mil ochocientos millones (2.800.000.000) de personas, es decir, cerca de la mitad de la población mundial, viven con menos de 2 dólares al día y cada día Treinta mil (30.000) niños de menos de 5 años mueren de enfermedades que habrían podido ser evitadas.⁹ La situación medio ambiental es

7 Nino, Carlos Santiago, "Fundamentos de derecho constitucional", Ed. Astrea, 2002, Pág. 7.

8 Nino, Carlos Santiago, "Un país al margen de la ley", 1º Ed. Ariel, 2005.

9 Las cifras sobre la pobreza, difundidas por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, http://www.teamstoendpoverty.org/wq_pages/es/visages/chiffres.php

de tal gravedad que pone en riesgo la vida misma del planeta a mediano plazo.

Frente a estas gravísimas injusticias y problemas el derecho pretende ser una herramienta útil para enfrentarlos, lo que se traduce en el contenido de las normas que integran el bloque federal de constitucionalidad y la Constitución de la Ciudad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos declara “... como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”.¹⁰

La Constitución Nacional tiene como objetivo “... constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad...”.¹¹

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fija como su finalidad “... promover el desarrollo humano en una democracia fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos. Reconociendo la identidad en la pluralidad, con el propósito de garantizar la dignidad e impulsar la prosperidad de sus habitantes...”.¹²

10 Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

11 Preámbulo de la Constitución Nacional.

12 Preámbulo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Para la concreción de esos fines, se reconocen los derechos, garantías, y se establece la forma de autogobierno colectivo como medios para su concreción, protegiendo especialmente la igualdad, la autonomía y la libertad de cada individuo, la libertad de asociación, de peticionar a las autoridades y obtener de ellas una pronta resolución, de publicar las ideas sin censura previa, la libertad de investigación, de opinión, de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio, de enseñar y aprender, a fundar sindicatos y a sindicarse en defensa de sus derechos, a la organización libre y democrática de estos sindicatos, el principio de participación ciudadana en el gobierno (como dentro del ámbito de la propia empresa privada), el carácter democrático del gobierno y declara expresamente el principio de la soberanía del pueblo (arts. 14, 14 bis, 15, 16, 19, 33 y 36 CN; arts. 4, 12, 13, 20, 21, 22, 24 DADDH, arts. 1, 2, 18, 19, 20, 21, 22, 23 inc. 4, 26, 28 DUDH; arts. 1, 2, 13, 15, 16, 22, 23, 26, 29 CADH; arts. 1, 2, 8, 13, 15 PIDESC; arts. 1, 2, 5, 18, 19, 21, 22, 25 PIDCP; y artículos concordantes del resto de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 CN).

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCA-BA) es especialmente robusta en reconocer estos derechos, estableciendo expresamente el carácter democrático participativo (arts. 1, 24, 27, 29, 32, 33, 40, 47, 61 CCABA), el derecho a comunicarse y expresar sus ideas y/u opiniones por cualquier medio y sin ningún tipo de censura (arts. 12 inc. 2, 32, 47, 61 CCABA), la promoción de todo tipo de políticas en pos de promover el desarrollo humano, la superación de las condiciones

de pobreza y exclusión, para hacer efectivos los principios de libertad, igualdad y solidaridad (arts. 11, 13, 17, 18, 20, 21, 23, 32, 38 CCABA), garantiza el pleno ejercicio por parte de los ciudadanos de sus derechos políticos (arts. 61, 62, 63, 64, 65, 66 y 67 CCABA).

Para poner en movimiento los mecanismos que hacen posible dicha protección el derecho reconoce y garantiza medios institucionales y no institucionales para lograr su efectividad (art. 28 DUDH)¹³.

Entre los institucionales, se encuentra la organización del gobierno y de tribunales imparciales, idóneos, independientes y con poder coercitivo y el reconocimiento de la jurisdicción de tribunales internacionales de derechos humanos. Para acceder a éstos últimos crea y reconoce distintas vías de acceso a la justicia, entre los cuales están los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus, hábeas data.

En cuanto a los medios no institucionales, reconoce y garantiza el derecho a huelga (otorgando a los representantes gremiales las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical), a realizar manifestaciones públicas o asambleas transitorias en público o en privado¹⁴, hasta llegar al derecho de resistencia contra quienes ejerzan actos de fuerza contra el or-

13 Art. 28 DUDH: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

14 Según la definición de reunión expresada por el Relator especial sobre los derechos de reunión pacífica y de asociación en A/HRC/20/27 del 21/05/2012 y A/HRC/31/66 del 4/02/2016.

den institucional y el sistema democrático o se prolonguen funciones o poderes violando su texto, entre otros (arts. 14 bis, 33, 36 CN; arts. 4º y 12 inc. 2º CCABA, arts. 21, 22, 24 DADDH, art. 13 y 15 de la CADH, arts. 2, 19, 21 y 22 PIDCP, arts. 19, 20, 23 inc. 4 DUDH, art. 8 PIDESC, art. 5 ICERD, arts. 4 y 7 CE-TFDCM y concordantes en los términos del art. 75 inc. 22 CN).

Una manifestación concreta del compromiso de la Constitución Nacional con el reconocimiento del derecho de los ciudadanos de ejercer y luchar por sus derechos lo podemos encontrar en el art. 14 bis cuando establece que “Los representantes sindicales gozarán de las garantías *necesarias* para el cumplimiento de su gestión sindical”. La Constitución no por casualidad utiliza el término “*necesarias*” otorgando una clara orden destinada a los poderes públicos y a los empleadores de que deben implementar toda medida que se requiera, sin efectuar ninguna delimitación ni restricción, a fin de que los sujetos protegidos lleven adelante su acción sindical.

Esta protección es extensiva a todos aquellos ciudadanos que participen en acciones de protesta social en defensa de derechos constitucionales por aplicación directa del principio de soberanía popular (art. 33 CN), del carácter democrático del gobierno y del reconocimiento del derecho de resistencia (art. 36 CN) y la obligación del Estado de promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales (art. 75 inc. 23 CN), así como en virtud del principio pro homine (arts. art. 5 Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 5 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); art. 1.1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño).¹⁵

La CCABA demuestra una especial preocupación por que sus disposiciones tengan efectiva vigencia. Al menos en 9 oportunidades se utilizan los términos “eficacia”, “eficaces”, “eficiencia” y “eficientes” (arts. 12, 21, 27, 40, 48, 54, 102, 132 CCABA), en 3 oportunidades la palabra “real” (arts. 36, 40 y 80 inc. 7 CCABA) y en 1 oportunidad el término “operatividad” (art. 14 CCABA).

En línea con esta preocupación promueve la remoción de cualquier obstáculo que impida la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad (art. 11 CCABA), el derecho a expresarse libremente por cualquier medio y sin ningún tipo de censura (art. 12 inc. 2 CCABA), promueve la descentralización, la democratización y la participación de la población en lo concerniente a las políticas de salud, educación, medioambiente y juventud (arts. 21, 23, 27, 33, 52 CCABA), promueve la participación directa de los ciudadanos en la vida pública de la Ciudad declarando expresamente el derecho y el deber que tienen en defender los derechos formalmente pro-

15 Pinto, Mónica, “El principio pro-homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de derechos humanos”, en Abregu, Martín (coord.) “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Ed. CELS- Editores del Puerto, año 1997.

clamados (art. 26 CCABA), promueve la autogestión como herramienta para acabar con el déficit habitacional (art. 31 CCABA), promueve todas las actividades creadoras protegiendo y difundiendo las manifestaciones de la cultura popular (art. 32 CCABA), establece como obligatorio que los medios de comunicación estatales garanticen y estimulen la participación social (art. 47 CCABA), garantiza la libre creación, funcionamiento y difusión de ideas de partidos políticos (art. 61 CCABA), se promueve la participación y el desarrollo de las organizaciones no gubernamentales, cooperativas, mutuales y otras que tiendan al bienestar general (art. 104 inc. 29 CCABA) y amplía el derecho de resistencia (previsto en la CN) al extenderlo contra actos que prolonguen funciones o poderes en violación del texto constitucional (art. 4 CCABA).



Foto Jorge Aloy

Protección al derecho a la protesta social

La revolución francesa y norteamericana han prestado especial atención a la relación entre participación popular, vigencia de los derechos fundamentales y autogobierno.¹⁶ Esta idea se trajo, por ejemplo, en el art. 7º de la Constitución Francesa de 1793 que estableció: “El derecho a manifestar el propio pensamiento y las propias opiniones, ya sea por medio de la prensa, ya sea de otra manera; el derecho de reunirse pacíficamente; el libre ejercicio de los cultos; no pueden ser prohibidos. – La necesidad de enunciar estos derechos supone o la presencia o el recuerdo reciente del despotismo.”

El pensamiento revolucionario francés, especialmente desconfiado respecto de los sistemas de representación política, influyó en América, “has peleado, conquistado y ganado tu libertad, entonces mantenla ... No la confíes a nadie lejos de tus manos, estate seguro de que, si lo haces, nunca más vol-

¹⁶ Ver Declaración de Independencia de 1776 y arts. 2º, 6º y 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

verás a obtenerla”.¹⁷ Así en los Estados Unidos de América el constituyente garantizó el derecho de reunión y de manifestarse en la primera enmienda.¹⁸ La Suprema Corte de los Estados Unidos sostiene desde el caso “De Jonge v. Oregon”¹⁹ que los Estados no pueden convertir en delito el reunirse pacíficamente, y que quedan constitucionalmente cubiertos los derechos a hacer manifestaciones, marchas y organizar piquetes en el caso “Hague v. CIO”.²⁰

Siendo plenamente conscientes que resulta imprescindible que la ciudadanía se comprometa y se organice para luchar a fin de lograr la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, la Asamblea General de Naciones Unidas sancionó la “Declaración sobre el derecho y del deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos”²¹ a fin de proteger a los defensores/as de derechos humanos.

La declaración protege como defensores/as de derechos humanos a cualquier individuo, grupo, institución u organización no gubernamental que luche en pos de la efectiva vigencia de las libertades fundamentales.

17 A Farmer and a Planter, en Borden M.: The antifederalist papers, Michigan State University Press, 1965, pág. 72, citado por Gargarella, Roberto en “El derecho a la protesta”, ob. cit., pág. 196.

18 “El Congreso no hará ley alguna con respecto a la adopción de una religión o prohibiendo la libertad de culto; o que coarte la libertad de expresión o de la prensa, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, y para solicitar al gobierno la reparación de agravios.”

19 299 US 353, 1937.

20 307 US 496, 1936.

21 A/RES/53/144, del 8 de marzo de 1999, aprobada en la Quincuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Naciones Unidas les reconoce “la importante misión de contribuir a sensibilizar al público sobre las cuestiones relativas a todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (art. 16) y “(...) una importante función y una responsabilidad en la protección de la democracia, la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales y la contribución al fomento y progreso de las sociedades, instituciones y procesos democráticos” (art. 18 inc. 2). Y les asigna “el importante papel y responsabilidad de contribuir, como sea pertinente, a la promoción del derecho de toda persona a un orden social e internacional en el que los derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos de derechos humanos puedan tener una aplicación plena” (art. 18 inc.3).

Para cumplir con sus objetivos declara que “toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional: a) A reunirse o manifestarse pacíficamente; b) A formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, y a afiliarse a ellos o a participar en ellos; c) A comunicarse con las organizaciones no gubernamentales o intergubernamentales” (art. 5), reconociendo el derecho a conocer, recabar, obtener y poseer información, a publicar, impartir o difundir opiniones, informaciones y conocimientos, así como a estudiar y debatir si los derechos humanos se cumplen en la práctica y a llamar la atención del público sobre esas cuestiones por los medios que sean adecuados (art 6), entre otros derechos vinculados con la promoción de la vigencia de los derechos humanos.

En atención a los graves riesgos que pesan sobre la libertad, patrimonio, integridad física y la vida de quienes se involucran en la lucha por la efectiva vigencia de los derechos fundamentales se ordena expresamente al Estado a proteger a toda persona que ejerza los derechos mencionados en la Declaración frente a toda violencia, amenaza, represalia, discriminación, negativa de hecho o de derecho, presión o cualquier otra acción arbitraria sean realizados por el Estado, grupos o particulares²².

El Consejo de Derechos Humanos, organismo responsable dentro de Naciones Unidas de la promoción y protección de todos los derechos humanos, declaró que “las reuniones desempeñan un papel muy dinámico en la movilización de la población y la formulación de sus reclamaciones y aspiraciones, pues facilitan la celebración de eventos, y lo que es más importante, ejercen influencia en la política pública de los Estados”²³, que “pueden contribuir al pleno disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”, expresando “su preocupación por el número de agresiones dirigidas a defensores de los derechos humanos y periodistas en el contexto de manifestaciones

22 “Art. 12. Inc. 1°. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente a participar en actividades pacíficas contra las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Inc. 2°. El Estado garantizará la protección por las autoridades competentes de toda persona, individual o colectivamente, frente a toda violencia, amenaza, represalia, discriminación, negativa de hecho o de derecho, presión o cualquier otra acción arbitraria resultante del ejercicio legítimo de los derechos mencionados en la presente Declaración. Inc. 3°. A este respecto, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a una protección eficaz de las leyes nacionales al reaccionar u oponerse, por medios pacíficos, a actividades y actos, con inclusión de las omisiones, imputables a los Estados que causen violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como a actos de violencia perpetrados por grupos o particulares que afecten el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

23 A/HRC/20/27 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, párr. 24.

públicas, expresando su preocupación también por la creciente criminalización, en todo el mundo, de personas y grupos que organizan manifestaciones o participan en ellas”, y “que las manifestaciones pacíficas no deberían considerarse una amenaza y, por consiguiente, alentando a todos los Estados a que entablen un diálogo abierto, incluyente y fructífero cuando aborden las manifestaciones pacíficas y sus causas”. Así ha resuelto que los Estados “tienen la responsabilidad, también en el contexto de manifestaciones pacíficas, de promover y proteger los derechos humanos e impedir que se vulneren esos derechos (...) y exhorto a los Estados a que impidan en todo momento que se abuse de los procedimientos penales y civiles o que se amenace con acciones de este tipo”, debiendo los Estados “promover un entorno seguro y propicio para que los individuos y los grupos puedan ejercer sus derechos a la libertad de reunión pacífica, de expresión y de asociación, velando además porque sus leyes y procedimientos nacionales relacionados con estos derechos se ajusten a sus obligaciones y compromisos internacionales en materia de derechos humanos, incluyan en forma clara y explícita un supuesto favorable al ejercicio de estos derechos, y se apliquen de forma efectiva”.²⁴

Como herramienta para lograr la vigencia efectiva de las libertades humanas fundamentales el Relator Especial sobre derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación ha emitido distintas recomendaciones a fin de que sean aplicadas por los distintos Estados. Así, ha declarado que “coincide con la eva-

24 A/HRC/25/L.20, del 24 de marzo de 2014.

luación del Grupo de Expertos sobre la Libertad de Reunión de la OIDDH²⁵ de que la libre circulación vehicular no debe anteponerse automáticamente a la libertad de reunión pacífica. En este contexto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que “las instituciones competentes del Estado tienen el deber de diseñar planes y procedimientos operativos adecuados para facilitar el ejercicio del derecho de reunión ...(incluido) el reordenamiento del tránsito de peatones y vehículos en determinada zona.”²⁶ Además, el Relator Especial se refiere a una decisión del Tribunal Constitucional de España, en la que éste declaró que “en una sociedad el espacio urbano no es solo un ámbito de circulación sino también un espacio de participación”.

En el plano nacional la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció que “si bien el derecho de reunión no está enumerado en el art. 14 de la Constitución Nacional, su existencia nace de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, y resulta implícito, por lo tanto, en lo establecido por el art. 33 de la misma. El derecho de reunión tiene su origen en la libertad individual, en la libertad de palabra, en la libertad de asociación. No se concibe cómo podrían ejercerse estos derechos...sin la libertad de reunirse o de asociarse, para enseñar o aprender, para propagar sus ideas, petitionar a las autoridades, orientar la opinión pública y tratar otros fines lícitos”.²⁷

25 Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.

26 Informe sobre seguridad ciudadana y derechos ciudadanos, OEA/Ser.L/V/II, párr. 193. Puede consultarse en: <http://cidh.oas.org/countryrep/Seguridad.eng/CitizenSecurity.Toc.htm>.

27 Fallos, 191:197 (“Arjones”).

En una causa reciente, la Cámara Federal de Resistencia²⁸ dictó el sobreseimiento en la causa penal iniciada contra dos integrantes de la comunidad Qom de Formosa (Amanda Asijak y Félix Díaz) utilizando como fundamento la relación existente entre protesta y eficacia. El Tribunal hace mérito de la violación a derechos fundamentales que los habían motivado a cortar la ruta (atención médica, agua y restitución de sus tierras), del carácter de sujeto de preferente tutela del que gozan los pueblos originarios (art. 75 inc. 17 CN, Convenio 169 OIT y art. 79 de la Constitución de Formosa), del hecho que “... los citados reconocimientos constitucionales de derechos y garantías constituyen a la vez límite y fundamento para que las autoridades efectúen las políticas necesarias a efectos de asegurar la efectividad de la protección constitucional, entendiendo “ que es tarea de la Justicia el hacer prácticos los derechos enunciados, los que por sí mismos son operativos y deben aplicarse per se, evitando que las cláusulas constitucionales devengan retóricas y vacías de contenido”.²⁹

Iluminando el aspecto del conflicto de derechos que suele presentarse en los casos de protesta, hallamos el fallo dictado en la causa “Movimiento Nacional Ferroviario”³⁰, en el cual se sostuvo que resulta imposible desconocer que la manifestación pacífica en la vía pública es un modo razonable de ejercer el derecho que tienen los ciudadanos de hacer escuchar sus reclamos y pe-

28 Sentencia dictada en causa “Autores varios s/ Infracción Art. 194 C.P.”, Registro de Cámara N° 50.713, de fecha 6/11/2012.

29 Voto de la Dra. Ana Victoria Order, correspondiente al fallo de cita precedente.

30 Causa n° 16031/11 caratulada “Movimiento Nacional Ferroviario y otros s/ interrupción de las comunicaciones”, Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 4, Secretaría N° 8, del 28/06/2012.

tionar, y que ese derecho no puede ser suprimido ni vulnerado arbitrariamente por el poder público (...) La historia de nuestro país nos ha mostrado, afortunadamente, ejemplos de que el derecho a manifestarse pacíficamente es una valiosa herramienta de cambio tanto en gobiernos autoritarios como democráticos y que, por más molesta o ruidosa que pueda ser, de modo alguno puede ser tildada de delictiva. La importancia de este derecho básico de una democracia, a su vez, ha llevado al legislador a sancionar penalmente a todo aquel que atente contra su libre ejercicio. Por ejemplo, encontramos los delitos contra la libertad de reunión (art. 160 del Código Penal) o contra los espectáculos deportivos en estadios de concurrencia pública (art. 7° de la ley 23.184).” En cuanto al conflicto de derechos ocasionados por los cortes de calles sostiene que “Nadie podría imponer su derecho a transitar libremente por un determinado lugar en que se está efectuando una manifestación pacífica (religiosa, política, gremial, deportiva, comercial, etc.) si puede, aunque ello le lleve un mayor tiempo o recorrido, circular por otras arterias para llegar a su destino. Desde ya que todos debemos tolerar –y consentir— esas molestias en una sociedad democrática para que el derecho de reunión de otros pueda realizarse”.

Aplicando la doctrina del “foro público”³¹ Naciones Unidas reconoce que “las reuniones son un uso tan legítimo del espacio público como las actividades comerciales o de tránsito de vehículos y peatones. Todo uso del espacio público requiere cierta medida de coordinación para proteger intereses distintos,

31 “Columbia Broadcasting v. Democratic National Committee”, 412 US 94, 193 (1973) disidencia, “Food Employees Local 590 v. Logan Plaza Valley”, 391 US 308 (1968)

pero hay muchas formas legítimas en que los ciudadanos pueden utilizar los espacios públicos. Debe tolerarse cierto nivel de perturbación de la vida cotidiana a causa de las concentraciones, como la perturbación del tráfico y las molestias o incluso los perjuicios para las actividades comerciales, a fin de que no se prive al derecho de su esencia”.³²

Asimismo se encuentra reconocido que “la libertad de reunión pacífica es un derecho, no un privilegio”, que “sólo es posible cuando existe un entorno propicio y seguro” donde no existan represalias, ni castigos desproporcionados por violación de la ley sobre los participantes en manifestaciones, ni se les restrinja el uso del espacio público y que el Estado tiene la obligación positiva de facilitar las reuniones.³³

En cuanto al carácter pacífico de la manifestación, que tantas veces se repite, resulta imprescindible mencionar que la normativa internacional no desprotege a las manifestaciones no pacíficas. El Consejo de Derechos Humanos estableció que “debe presuponerse³⁴ el carácter pacífico y hacerse una interpretación amplia del término pacífica”³⁵, que los actos esporádicos de violencia o los delitos que cometan algunas personas no deben atribuirse a otras, ni comprometen el carácter de la

32 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Kuznetsov v Russia, demanda núm. 10877/04, 23 de octubre de 2008, párr. 44, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos”, párr. 197, ambos citados por A/HRC/31/66, párr. 32.

33 A/HRC/31/66, párr. 7, 21 y 37.

34 A/HRC/20/27, párr. 26 y A/HRC/23/39, párr. 50.

35 Nowak, Manfred, “UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary (Kehl am Rhein, Engel, 2005), pág. 487.

reunión³⁶, que el derecho de reunión no puede estar sujeto a autorización por parte de las autoridades³⁷, que “el hecho de que no se notifique una reunión a las autoridades no la convierte en ilícita y, en consecuencia, esa circunstancia no debería servir de base para disolverla”³⁸ y que los organizadores de la reunión “no deben ser considerados responsables del comportamiento ilícito de otras personas”³⁹ y que “no debería suscitarse la responsabilidad penal, civil o administrativa de ninguna persona por el mero hecho de organizar una protesta pacífica o participar en ella”⁴⁰. El carácter no pacífico de la reunión no implica que la misma debe ser disuelta o prohibida, ya que “aunque los participantes en una reunión no actúen de forma pacífica y, como resultado de ello, pierdan el derecho de reunión pacífica, conservan todos los demás derechos, con sujeción a las limitaciones normales. Por consiguiente, ninguna reunión debería considerarse desprotegida”⁴¹.

Las declaraciones, resoluciones del Consejo de Derechos Humanos y recomendaciones de los Relatores Especiales de Naciones Unidas son de observancia obligatoria por parte de los poderes públicos nacionales, dado que son las instituciones de interpretación y aplicación que fijan las condiciones de vigencia de los tratados internacionales de DDHH del art. 75 inc. 22 CN.

36 A/HRC/31/66, párr. 20.

37 A/HRC/31/66, párr. 21.

38 A/HRC/31/66, párr. 23.

39 A/HRC/20/27, párr. 31, A/HRC/23/39, párr. 78 y A/HRC/31/66, párr. 26.

40 A/HRC/31/66, párr. 27.

41 A/HRC/31/66, párr. 9.

La protesta social al servicio de la eficacia del derecho

Las manifestaciones y todo tipo de acciones en el plano social ponen de manifiesto la existencia de conflictos en los cuales hay una demanda por la vigencia o ampliación de derechos populares, y una necesidad de respuesta a esa demanda.

Maquiavelo prestó especial atención a los conflictos existentes dentro de la sociedad romana, viendo en ellas la principal causa de su libertad y poderío. Contra quienes condenaban “los tumultos” sostuvo que ellos fueron la primera causa de la libertad en Roma y que aquellos “(...) tampoco consideran que en toda república hay dos humores distintos, el del pueblo y el de los poderosos, y que todas las leyes a favor de la libertad nacen de su desunión. (...) Tampoco se puede tildar de desordenada a una república con alguna razón, cuando hay tantos ejemplos de virtud, porque los buenos ejemplos nacen de las buenas leyes, las buenas leyes de esos tumultos a los que muchos condenan con desconsideración y, si alguien examina bien sus fines, no encontrará que hayan producido exilio o violencia alguna en

desmedro del bien común, sino leyes y órdenes en beneficio de la libertad pública. Y si alguien dijera que los medios eran extraordinarios y casi feroces, porque se ve al pueblo unido gritando contra el Senado, al Senado contra el Pueblo, correr tumultuosamente por las calles, cerrar las tiendas, alejarse toda la plebe de Roma, cosas todas que espantan solamente al que las lee, le digo que cada ciudad debe tener sus modos con los cuales el pueblo pueda desahogar sus deseos, y más en el caso de aquellas ciudades que, en los asuntos importantes, se quieren valer del pueblo, entre ellas, la ciudad de Roma tenía este modo, y cuando el pueblo quería conseguir una ley o no quería enrolarse para ir a la guerra hacía alguna de las cosas citadas, y tanto que para aplacar lo era necesario satisfacerlo por lo menos en parte. Y los deseos de los pueblos libres raras veces son perniciosos para la libertad, porque ellos surgen del estar oprimidos o de sospechar que pueden ser oprimidos”.⁴²

El ciudadano ha delegado en el Estado la toma de decisiones, el control de los recursos económicos, el uso de la violencia otorgando el monopolio de la fuerza en el Estado. Ante estas delegaciones el pueblo tiene el derecho y el deber de hacer preservar su derecho de criticar y exigir a aquellos en los que ha delegado el ejercicio de la soberanía que cumplan con sus obligaciones. No podemos perder de vista que en las sociedades modernas muchos hechos fundamentales de nuestras vidas están en manos de otros (salud, educación, seguridad, alimentación, fuentes de ingresos, etc.).

42 Maquiavelo, Nicolás, ob. cit., pág. 64 y 65.

Foto Nicolás Kliczkowski



La protesta es el ejercicio directo por parte de la población del derecho más básico en sociedad: exponer su situación, pedir la solidaridad del resto y exigir respuestas al Estado.

Von Ihering sostenía que la lucha (los tumultos, las protestas) son inseparables de la idea del derecho porque “el derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea o tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. (...) No hay un solo título, sea por ejemplo el de la propiedad, ya el de obligaciones, en que en la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar a él. Mas el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia. La idea del derecho encierra una antítesis que nace de

esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo.”⁴³

La historia humana enseña que “todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no lo aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo, como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlos. (...) El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo.”⁴⁴

Los Tribunales en Roma⁴⁵, las garantías penales de debido proceso, las ocho horas diarias de labor, el voto femenino, el fin de la esclavitud, la igualdad ante la ley, la libertad individual, el sistema republicano, la democracia y todos los demás derechos hoy reconocidos fueron conseguidos a través de la lucha, la mayoría de ellas calificadas como ilegales o subversivas por los poderes constituidos.

43 Von Ihering, Rudolf, “La lucha por el derecho”, en Clásicos del Derecho, Ed. Librería El Foro, 2010, pág. 143.

44 Von Ihering, Rudolf, ob. cit., pág. 144.

45 El tribuno de la plebe (*tribunus plebis*) era un cargo de la antigua república romana elegido por los ciudadanos que componían la plebe. Su función esencial es proteger a la plebe individualmente o como clase, contra eventuales arbitrariedades de los magistrados patricios (El Romano, la tierra, las armas. Evolución histórica de las Instituciones del Derecho Romano. Haroldo Ramón Gavernet y Mario Antonio Mojer. Editorial Lex, 1992. La Plata, Argentina).

Conclusión: el estado frente a la protesta social

Tal como ha subrayado el Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, los Estados tienen una obligación positiva, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, no sólo de proteger activamente las reuniones pacíficas sino también de facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de reunión pacífica.⁴⁶

Cuidar a quienes critican al poder público es una obligación del Estado. Se funda en que “estamos en una democracia representativa y, como hemos transferido el control de los recursos económicos y el control de las armas al poder político, nos preocupa que éste no abuse de los extraordinarios poderes que le hemos dado.”⁴⁷

46 ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, informes al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/20/27, 21 de mayo de 2012, párr. 27 y A/HRC/23/29, 1 de mayo de 2013, párr. 49.

47 Gargarella, Roberto. Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Tomo II, “Derechos”, p. 825.

Para cumplir con su obligación constitucional el Estado Argentino y el de la Ciudad, deben cumplir dos roles complementarios: por un lado, deben proteger el derecho a manifestarse, permitiendo a las personas expresar su disenso y ejercer su derecho de peticionar a las autoridades de manera pacífica. Por el otro lado, tienen el deber de velar y garantizar la seguridad de todos los ciudadanos, de los que se manifiestan y de los que no, ya sea frente a posibles daños de terceros como, y especialmente, ante abusos en que pueda incurrir el propio Estado.

Es que la protesta social no atenta contra la seguridad, sino que permite canalizar de forma colectiva y pública, las demandas y expresiones de la población dentro de una sociedad republicana y democrática, siendo una forma lícita y promovida de participación en la vida pública.

El derecho positivo vigente en nuestro país impone que ante la realización de una manifestación pública el Estado no debe tener como prioridad el cese de la protesta o “el cese del corte” en caso de que se produzca, sino que debe en primer lugar garantizar el derecho de las personas a manifestarse, y luego avocarse a la canalización y resolución del objeto del reclamo.

La protesta no solo es un derecho fundamental en sí mismo, sino también un medio por el cual los ciudadanos pueden asegurar la protección de sus otros derechos, a través de la acción, el reclamo y la denuncia.

Tanto la sociedad como las instituciones, lejos de verse debilitadas, se fortalecen cuando se permite el libre intercambio de

ideas y la expresión de críticas por los distintos medios disponibles. En este sentido, el ejercicio pacífico del derecho a la protesta social – a través de cortes de vías de circulación, huelgas de hambre, huelgas con permanencia en el lugar de trabajo, marchas, acampes– es un elemento esencial para la existencia del Estado de Derecho.

Es por estas razones que la represión o criminalización de la protesta social son actos antijurídicos cometidos por el Estado. Crímenes contra la vigencia del derecho, en tanto viola disposiciones concretas que protegen al derecho de manifestación, genera nuevas y mayores barreras que dificultan la efectiva vigencia de los derechos, y que lejos de resolver la conflictividad social existente la incrementa al incorporar más violencia institucional a la sociedad.

La represión de quienes protagonizan las manifestaciones impactan directamente sobre la construcción de ciudadanía lo cual a su vez tiene relación inmediata con la vigencia efectiva de los derechos y de la democracia.⁴⁸ La existencia de ciudadanos solidarios, comprometidos, que no toleren callados y alcen su voz contra las injusticias a las que son sometidos otros o ellos mismos, debe ser promovida y defendida por ser el punto de partida para hacer posible enfrentar el drama de la desigualdad social y garantizar el doble compromiso igualitario con el autogobierno colectivo y la autonomía individual.⁴⁹

48 Von Ihering, Rudolf, ob. cit., pág. 187.

49 Gargarella, Roberto, “La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010), Katz Editores, 2014, pág. 362.

La protesta social es una herramienta jurídica reconocida, protegida y promovida por el derecho vigente. Cumple distintas y simultáneas funciones: 1) es formadora de ciudadanía, 2) dignifica a quienes la ejercen haciéndolos protagonistas en forma efectiva en la discusión de asuntos públicos y 3) es un medio jurídico no institucional para lograr la efectiva vigencia de los derechos fundamentales.

La razón de su protección se debe a que los derechos y la democracia no son algo que se “da” ni que el poder “concede”, sino que son el resultado, siempre precario y en movimiento, de las luchas protagonizadas contra las injusticias que sufren.⁵⁰

La historia enseña que ninguna Ley es garantía suficiente para el respeto efectivo de los derechos fundamentales; es por esta razón que el derecho requiere imprescindiblemente del pueblo dispuesto a luchar por él.

50 Pisarello, Gerardo, “Un largo Termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático”, 1a reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 4), págs. 24 y 25.



III b

“En los zapatos de...”

Dicen que dicen que la crítica externa es fácil, que con el diario del lunes cualquiera escribe una mejor sentencia. Haciéndonos eco de estos rumores, esta sección le propone a una autora o autor, un juego intelectual: ponerse en los zapatos de un/a integrante del tribunal y redactar un fallo alternativo al propuesto. Para ello, solo podrá, como su personaje en la vida real, usar los materiales jurídicos producidos por la comunidad hasta el día de la fecha en la que se sentenció la causa. Con los mismos hechos y sin el diario del lunes.

Vale mencionar que, nuevamente, este ejercicio académico tiene tres antecedentes en los que se “inspiró”, dos internacionales y uno, nacional. Los internacionales: *What Brown v. Board of Education Should Have Said* y *What Roe v. Wade Should Have Said*, ambos editados por Jack Balkin . El nacional, ¿Cómo podría haber sido decidido el caso “Peralta”? Repensando la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema, coordinado por José Sebastián Elias,; Julio C. Rivera (h.) y Damián Azrak.

En esta oportunidad, invitamos a Damián Zayat a que se ponga los zapatos de juez del Tribunal Superior de Justicia, y resuelva un caso en donde están en juego los derechos de refugiados senegaleses, las condiciones de arribo en la ciudad que los acoge, sus posibilidades de inserción social y las facultades policiales.

En su sentencia, la Jueza Natalia Federman, se pone en los zapatos de Jueza de la Sala II del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad, en un caso, en donde mediante un habeas corpus preventivo se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad del protocolo presentado a por el Gobierno Nacional y su, consecuente, inaplicabilidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



[Volver al índice](#)

El derecho a la protesta, el protocolo en la CABA

Por Natalia Federman

Ciudad de Buenos Aires, 23 de febrero de 2016

Causa N° 2356-00-00-16 CC – Sala II.

VISTOS:

Viene a conocimiento de esta Alzada la acción de hábeas corpus preventivo presentado por Bruno Diego Martínez, en su carácter de miembro del Consejo Directivo de la Asociación de Trabajadores del Estado de Capital Federal –ATE CAPITAL–, con motivo de la elevación en consulta dispuesta por el Titular del Juzgado del Fuero N° 4, Dra. Graciela Dalmas.

Y CONSIDERANDO QUE

Antecedentes del caso. Hechos.

El pasado 2 de febrero la Comisión Directiva de la Central de Trabajadores de la Argentina -CTA- decidió convocar a una jornada nacional de protesta para el 24 de febrero. Por su parte, ATE CAPITAL, convocó a marchar en la Ciudad de Buenos Aires, desde Avenida de Mayo y la Av. 9 de Julio hasta la Plaza de Mayo. Esta convocatoria fue realizada a través de medios masivos de comunicación y, así, el Gobierno Nacional tomó conocimiento de la actividad planificada.

El 17 de febrero el Ministerio de Seguridad de la Nación presentó un nuevo protocolo de actuación de las Fuerzas de Seguridad y citó a los organizadores para anotarlos del contenido de aquel e informarles que sería aplicado en el marco de la manifestación por ellos convocada.

Ante esta situación, Bruno Diego Martínez en su carácter de miembro del Consejo Directivo de ATE CAPITAL interpuso una acción de habeas corpus preventivo en la que, además de

solicitar la declaración de inconstitucionalidad del protocolo y su aplicabilidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, solicitó que se requieran informes a las autoridades en relación a la identificación de las personas responsables de la aplicación del protocolo, del operativo y de las negociaciones con los referentes de las organizaciones. También solicitó que se informe sobre la utilización de armas de fuego con munición letal y /o con balas de goma por parte del personal, entre otras cuestiones. Asimismo, solicitaron que se ordene que en caso de realizar alguna aprehensión en el marco de la movilización, las fuerzas de seguridad actúen solo con autorización del Ministerio Público Fiscal, con la intervención de un magistrado de la Ciudad, el que deberá dar intervención a la Defensoría Oficial.

A su vez, en virtud de “la urgencia de los acontecimientos y que probablemente no se llegue a realizar el procedimiento establecido en la ley 23.098 antes del 24 de febrero” solicitaron el dictado de medidas precautorias para garantizar la seguridad de los manifestantes. Así, requirieron que se ordene al Ministerio de Seguridad que las fuerzas de seguridad no porten armas de fuego ni utilicen las balas de goma contra la manifestación y que identifiquen a una persona civil responsable políticamente del operativo, y que esa persona garantice la seguridad de los manifestantes y lleve adelante las negociaciones.

Resolución de primera instancia.

La jueza de primera instancia, atento a la inminencia del acto organizado por las centrales obreras, entendió que correspondía expedirse sobre las medidas cautelares solicitadas por los accionantes y, en consecuencia, hizo saber a la Señora Ministra de Seguridad de la Nación, Patricia Bullrich, que en el marco de la marcha y movilización programada para el día de mañana, miércoles 24 de febrero de 2016, que realizará la Asociación de Trabajadores del Estado de Capital Federal –ATE CAPITAL–, entre la Avenida de Mayo y 9 de Julio hacia la Plaza de Mayo, de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, deberá: 1) arbitrar los medios necesarios para que las Fuerzas de Seguridad no porten armas de fuego, ni utilicen balas de goma contra la manifestación; 2) En caso de realizar alguna aprehensión en el marco de la movilización, deberán actuar sólo con autorización del Ministerio Público Fiscal correspondiente, con la intervención de un magistrado de la ciudad, que deberá dar intervención a la Defensoría Oficial que corresponda. 3) Identifi-



Foto Nicolás Kliczkowski

car a una persona civil responsable políticamente del operativo, y que esa persona garantice la seguridad de los manifestantes y lleve adelante las negociaciones.

En relación a la acción intentada, resolvió que no resulta ser la vía idónea para procurar la protección de los derechos y garantías constitucionales de todos quienes participarán en la manifestación del día 24 tal como fueran invocados por el accionante. Consideró, en cambio, que la petición debía canalizarse a través de la acción de amparo prevista en la Ley 2145 de esta ciudad. Se declaró incompetente para seguir entendiendo en las actuaciones y las remitió, previa elevación en consulta a esta Cámara, al Juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad.

¿Amparo o Habeas Corpus?

La resolución de primera instancia fue acertada en cuanto recondujo la acción interpuesta mediante la acción de habeas corpus preventivo a través de la acción de amparo en los términos de la ley 2145 de esta Ciudad.

El artículo 2 de la ley 2145 señala que “La acción de amparo es expedita, rápida y gratuita y procede, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte”.

Entre ambas garantías –la acción de amparo y la acción de habeas corpus– existe solamente una relación de género-especie. El habeas corpus es, simplemente, una acción de amparo destinado a la protección de la libertad física. Ambos mecanismos

tienen como objetivo la salvaguarda de los derechos humanos de las personas, más allá del tipo de restricción ilegítima.

Así, en la medida en que el habeas corpus busca proteger la libertad ambulatoria y en el presente caso existen otros derechos en juego distintos a aquella, corresponde tramitar la petición por la vía del amparo.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al señalar que, “dada la índole peculiar de ciertas pretensiones, compete los jueces la búsqueda de soluciones que se avengan estas, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas, a fin de evitar que la incorrecta utilización de las formas, pueda conducir la frustración de derechos fundamentales (cf., en lo pertinente, doctrina de Fallos: 327:2127 2413; 332:1394, 335:44 entre otros).

Así, una vez confirmada la resolución de primera instancia en relación a que la presente acción debe ser comprendida como una acción de amparo y la consecuente incompetencia de este tribunal para entender en ella, resulta necesario pronunciarse sobre si corresponde mantener las medidas precautorias dictadas por la jueza, atento a la inminencia de la marcha convocada.

Procedencia de las medidas cautelares solicitadas.

Conforme los hechos reseñados anteriormente, en la reunión mantenida por representantes de las organizaciones convocantes a la manifestación y representantes del Ministerio de Seguridad de la Nación, los funcionarios públicos indicaron que durante la manifestación las fuerzas de seguridad adecuarían su accionar a lo dispuesto en el protocolo señalado.

El Protocolo, aunque no cuenta con publicación en el Boletín Oficial, ni número de resolución, ha sido presentado por las autoridades como una pauta de actuación vigente. Así corresponde entenderlo ya que se encuentra publicada en la página web del Ministerio (<http://www.minseg.gob.ar/pdf/protocolo-final.pdf>), fue invocado en la reunión mantenida con los representantes de las organizaciones que convocan a la manifestación pública que se desarrollará y los funcionarios de dicha cartera han declarado a los medios de prensa que será ese documento el que guiará la actuación policial el día de mañana (<http://www.lanacion.com.ar/1873140-el-gobierno-estrena-con-ate-el-protocolo-de-las-protestas>). Dicho protocolo establece:

“Tanto las FFSS federales, provinciales, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en sus respectivas jurisdicciones, deben garantizar la libre circulación de personas y bienes –sea en calles, avenidas, autopistas, rutas nacionales, corredores de transporte público y de los principales accesos y avenidas centrales de los ejidos urbanos y rurales– dicha numeración es ejemplificativa y no taxativa, disponiendo con criterio objetivo la táctica a utilizar, con atención preferencial de personas que requieran una protección especial de sus derechos, tales como niños, adolescentes, mujeres embarazadas, adultos mayores y personas con discapacidad.

(...)

Ante una manifestación pública, las FFSS procederán de acuerdo a las siguientes reglas: (...) Se establecerá un espacio de negociación para que cese el corte y se dará aviso a la justicia. Resuelto positiva o negativamente la negociación, el Jefe del Operativo de Seguridad impartirá la orden a través de altoparlantes, megáfonos o a viva voz, que los manifestantes deben desistir de cortar las vías de circulación de tránsito, deberán retirarse y ubicarse en zona determinada para ejercer sus derechos constitucionales, garantizando siempre la libre circulación. Se advertirá que ante el incumplimiento de dicha instrucción, se encontrarán incurso en el artículo 194 del Código Penal, y en su caso, en las contravenciones previstas en cada jurisdicción

(...)

Si los manifestantes no cumplieren con la orden recibida, se les solicitará que depongan el corte bajo apercibimiento de proceder conforme lo establecido para los casos de los delitos cometidos en flagrancia, según lo dispuesto en los Códigos de procedimiento Penal de cada jurisdicción. Si los manifestantes no cumplieren con la orden recibida, se les solicitará que depongan el corte bajo apercibimiento de proceder conforme lo establecido para los casos de los delitos cometidos en flagrancia, según lo dispuesto en los Códigos de procedimiento Penal de cada jurisdicción...”

La actora entiende que esta situación podría derivar en numerosas detenciones y aprehensiones. Agrega que “la idea de que la realización de una marcha implica la comisión de un delito constituye lisa y llanamente impedir el derecho a manifestarse públicamente, garantizado por el artículo 14, 1, 22 y 33 de la Constitución Nacional”.

Por ello, solicitó que el dictado de las medidas precautorias anteriormente reseñadas.

Las medidas cautelares buscan que la tutela jurídica que la parte actora aguarda de la sentencia definitiva, no resulte inútil por el simple paso del tiempo. Su procedencia, conforme surge del artículo 15 de la ley 2.145, está condicionada a que se acredite la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita y el peligro en la demora. Para su dictado, entonces, no se requiere un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido (Fallos, 316:2060, entre otros).

Por su parte, el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se establece que “Las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en éste, aunque lo petitionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida”. Y que “Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar las medidas

urgentes...”. A su turno, en el artículo 189 del referido código se dispone que “Las partes pueden solicitar la suspensión de la ejecución o del cumplimiento de un hecho, acto o contrato administrativo, en los siguientes supuestos: 1) Si dicha ejecución o cumplimiento causare o pudiere causar graves daños al/la administrado/a, el tribunal, a pedido de aquél/lla, puede ordenar a la autoridad administrativa correspondiente, la suspensión del cumplimiento del hecho, acto o contrato, en tanto de ello no resulte grave perjuicio para el interés público; 2) Si el hecho, acto o contrato, ostentare una ilegalidad manifiesta, o su ejecución o cumplimiento tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión...”.

La procedencia de las medidas cautelares se halla supeditada a que se acredite la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien la solicita, y el peligro en la demora, que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda no pueda, en los hechos, realizarse; es decir, que a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes.

Dentro del acotado marco de conocimiento de la medida cautelar, considero que estos extremos se hayan presentes. La jurisprudencia señala, en el sentido, que los dos requisitos mencionados se hallan relacionados de modo tal que, a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente en la demostración del peligro en la demora y viceversa (conf. CAYT, Sala II, in re “Banque Nationale de Paris c/ GCBA s/ amparo”, EXP 6/0, del 21/11/00).

En el presente caso, la intervención judicial debe determinar entre varios derechos en juego –el derecho a la libre circulación por cada una de las calles de la ciudad de Buenos Aires o el derecho a la protesta social– cuál es más relevante y, por lo tanto, el que más le interesa al Estado tutelar cautelarmente.

En este sentido, se advierte que el Protocolo que se pretende aplicar podría afectar el ejercicio del derecho a reunión, a la libre expresión, derecho a peticionar a las autoridades y los amplios derechos sociales reconocidos por la (Artículos 14, 14 bis, 19 y 33 de la Constitución Nacional y artículos 13 y 15 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entre otros). Ello, en virtud de que el derecho a protesta se encuentra protegido por el juego armónico de dichas normas.

“Si bien el término ‘protesta’ no aparece en el texto de ningún tratado internacional, los instrumentos universales y regionales de derechos humanos protegen de forma clara el derecho a la protesta a través del reconocimiento de los derechos a la libertad de reunión, de expresión y opinión, y a la libertad de asociación, incluidos los derechos sindicales” (International Network of Civil Liberties Organizations [INCLO], *Recuperen las calles: Represión y criminalización de la protesta en el mundo*, Octubre de 2013).

Como en el resto del mundo, la protesta en la Argentina se ha convertido en una herramienta de reclamo de derechos, en general, de los sectores excluidos y, por ello, al igual que otras for-

mas de participación pública, conforman un elemento esencial de una sociedad democrática.

Por ello, la implementación de leyes, resoluciones o protocolos que busquen limitar este derecho o imponen obligaciones específicas a los manifestantes tienen una fuerte presunción de inconstitucionalidad. Ello, en tanto que todas estas medidas, so pretexto de mantener el orden del tránsito y asegurar la libre circulación, encubren un objetivo ilegítimo que es el disciplinamiento de quienes buscan hacerse escuchar.

La utilización de leyes, resoluciones o reglamentos para restringir la posibilidad de la ciudadanía de manifestarse libremente ha generado una creciente preocupación en los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, que en los últimos años han efectuado numerosos llamamientos a los Estados para que eviten dictar normas que busquen limitar el derecho a la protesta social.

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha reclamado a los Estados que deben garantizar que “leyes concebidas para garantizar la seguridad y el orden públicos contengan disposiciones claramente definidas con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos, incluido el principio de no discriminación, y que no se utilicen dichas leyes para obstaculizar o restringir el ejercicio de ningún derecho humano, incluidas las libertades de expresión, de asociación y de reunión pacífica, que son esenciales para la promoción y protección de otros

derechos” (ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/RES/22/6, párr. 4).

También se ha señalado que el Estado no sólo no debe obstaculizar la realización de manifestaciones públicas, sino que tiene a su cargo la obligación de garantizar que se desarrollen a través de la adopción de medidas positivas. “La protesta social legítima no debe ser criminalizada. El Estado, a nivel federal, estadual y municipal, debe adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que las formas legítimas de protesta gocen de la protección reconocida por los estándares internacionales de derechos humanos” (ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre Derecho a la Alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/13/33/Add.6, 19 de febrero de 2009, la traducción me pertenece).

La adopción de medidas implica, así, garantizar que los manifestantes puedan acceder al espacio público para hacer escuchar su protesta. Es esta la materia que debe ser objeto de protocolos de actuación de las fuerzas policiales y de seguridad. Así lo ha señalado el Relator Especial sobre los Derechos a la Libertad de Reunión Pacífica y de Asociación.

“El acceso al espacio público significa concretamente que los organizadores y los participantes deberían poder utilizar las plazas, carreteras y calles públicas para celebrar reuniones pacíficas, ya sea estáticas o en movimiento. (...) Fundamentalmente, las fuerzas del orden deberían ofrecerse a cooperar francamente y en todo momento con los organizadores, teniendo presen-

te su deber de facilitar y proteger la reuniones pacíficas”. Por ello, el Relator Especial exhortó a los Estados a: “a) Establecer en las leyes, en forma clara y expresa, la presunción a favor de la celebración de reuniones pacíficas, y facilitar y proteger las reuniones pacíficas (...), d) Asegurar el acceso a los espacios públicos, tales como calles, carreteras y plazas públicas, para la celebración de reuniones pacíficas, reordenando el tránsito de peatones y vehículos cuando sea necesario” (ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, Maina Kiai, A/HRC/23/39, 24 de abril de 2013, párrafos 66, 71 y 83).

La preocupación del sistema universal de protección de derechos humanos sobre este asunto ha provocado que el Consejo de Derechos Humanos adoptara en el año 2013 la Resolución A/HRC/22/L.10 en la que instó a los Estados a favorecer las manifestaciones pacíficas facilitando a los manifestantes el acceso a espacios públicos y protegiéndolos, donde sea necesario, contra cualquier forma de amenaza, y subrayó a tal efecto el papel de las autoridades locales. Agregó que los Estados deben evitar el uso de la fuerza en manifestaciones pacíficas y a que, en los casos en que dicho uso sea absolutamente necesario, se aseguren de que nadie sea objeto de un uso de la fuerza excesivo o indiscriminado. Por ello, exhortó a los Estados, con carácter prioritario, a que sus leyes y procedimientos nacionales sean conformes a sus obligaciones y compromisos internacionales en lo que se refiere al uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en particular los principios aplicables del cumplimiento de la ley, a saber los principios de

necesidad y proporcionalidad, sin perder de vista **que la fuerza letal solo puede usarse como protección contra amenazas inminentes a la vida y no es admisible para simplemente dispersar una manifestación.** A su vez, destacó la importancia de que los Estados pongan a disposición de los funcionarios de las fuerzas del orden **equipos de protección y armas no letales, desalienten el uso de la fuerza letal durante las manifestaciones pacíficas, y al mismo tiempo se esfuercen por reglamentar el uso de armas no letales y establecer protocolos a tal efecto** (ONU, Consejo de Derechos Humanos Resolución A/HRC/22/L.10, párr. 4, 7, 8 y 11, el destacado me pertenece).

Por su parte, el sistema interamericano de protección también se ha pronunciado sobre la importancia del derecho a la protesta social y la necesidad de que las regulaciones al respecto se encuentren orientadas a garantizar su ejercicio.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos puntualizó que “[l]as instituciones competentes del Estado tienen el deber de diseñar planes y procedimientos operativos adecuados para facilitar el ejercicio del derecho de reunión. Esto involucra desde el reordenamiento del tránsito de peatones y vehículos en determinada zona, hasta el acompañamiento a las personas que participan en la reunión o manifestación, para garantizarles su seguridad y facilitar la realización de las actividades que motivan la convocatoria...”. Agregó que aun cuando en algunas ocasiones el ejercicio de este derecho distorsiona la rutina de funcionamiento cotidiano de las ciudades, especialmente

en las grandes concentraciones urbanas, y que incluso puede llegar a generar molestias o afectar el ejercicio de otros derechos que merecen de la protección y garantía estatal, como, por ejemplo, el derecho a la libre circulación “este tipo de alteraciones son parte de la mecánica de una sociedad plural, donde conviven intereses diversos, muchas veces contradictorios y que deben encontrar los espacios y canales mediante los cuales expresarse” (OEA, CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, 31 de diciembre de 2009 [OEA/Ser.L/V/II], párr. 192, 193 y 198. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Seguridad/seguridadindice.sp.htm>.)

En relación a la adopción de protocolos o normas similares, se ha señalado que “todas las reglamentaciones legales son ambiguas y vagas, por ende, se pueden interpretar discrecionalmente. Un protocolo de protesta sería un arma muy peligrosa para que toda protesta social pacífica se transforme en una protesta ‘ilegal’, por ende, criminalizable y así justificar el uso de la violencia estatal en contra de cualquier manifestación social” (ARRIMADA, Lucas, “Los peligros de regular la protesta: entre la criminalización y la censura”, *La izquierda diario*, 5-II-2016, disponible en <http://www.laizquierdadiario.com/Los-peligros-de-regular-la-protesta-entre-la-criminalizacion-y-la-censura>).

En igual sentido, la represión o criminalización del conflicto social, que dicho protocolo pretende habilitar, tiene como consecuencia “vaciar de contenido el derecho de libertad de expresión, en tanto él se muestra como aglutinamiento y vehiculizador de otros derechos constitucionales de quienes protestan,



Foto Jorge Aloy

de inembargable trascendencia para el desenvolvimiento de la institucionalidad republicana” (FERREYRA, Raúl Gustavo, *La Constitución Vulnerable*, Ed. Hammurabi, 2002, p.46).

Gargarella, por su parte, al analizar la tendencia de criminalizar la protesta social a través de la aplicación del artículo 194 del Código Penal referenciado en el protocolo y su contraposición con los derechos constitucionales a la libertad de reunión, de expresión y opinión, entiende que “al momento de hacer un balance acerca de qué peso asignarle a cada derecho, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática. Esto es, en casos como los que examinamos, la libertad de expresión no sólo merece ser tomada en cuenta como cual-

quier otro derecho afectado, sino que –mucho más– requiere una atención privilegiada: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático” (Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2007, p. 26).

Como se advierte, tanto a nivel universal como regional el Estado Argentino y local se encuentra obligado a garantizar el derecho a la protesta social con los alcances que aquí fueron reseñados. Ello, ya que tal como lo destaca GARGARELLA, el derecho que debe prevalecer es aquel que está mas cerca del “nervio democrático de la Constitución Nacional”, el que se relaciona más directamente con la forma de gobierno democrática. Así, entiende que el derecho a la libre expresión y, en particular, la libertad de crítica hacia las autoridades en ejercicio del poder, sin duda forma parte de unos de los elementos esenciales de un gobierno democrático (GARGARELLA, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*. Editorial Siglo XXI, 2006, páginas 20 y ss).

Sin embargo, según se desprende de los fundamentos del protocolo, esa regulación pretende “brindar la certeza de que todos los miembros de la sociedad pueden gozar de los mismos derechos, por ello, la libertad de un individuo o grupo termina donde comienza la del otro; manifestar en la vía pública, es una de las formas de expresión de derechos amparados constitucionalmente, tales como el derecho de peticionar a las autoridades, el de libertad de expresión, el derecho de reunión, o el derecho de huelga; los que a su vez suponen, que quienes no participan

de una manifestación en la vía pública, no vean afectados sus derechos a circular libremente, a trabajar y ejercer toda industria lícita, a comerciar, a educarse y demás derechos también amparados constitucionalmente”. Asimismo, tal como se señaló, indica que los manifestantes deben desistir de cortar las vías de circulación de tránsito y que para ejercer sus derechos constitucionales deben garantizar siempre la libre circulación.

Por otra parte, indica que si así no lo hicieran la autoridad policial deberá actuar conforme el entendimiento que se está frente a la comisión del delito previsto en el artículo 194 del Código Penal y que actuará conforme lo establecido para los casos de los delitos cometidos en flagrancia.

Todo ello obliga a que desde el Poder Judicial se adopten medidas para asegurar que la aplicación de la pauta ministerial no haga peligrar el derecho a la libre expresión, derecho a peticionar a las autoridades y los amplios derechos sociales reconocidos por nuestra Constitución Nacional. Ello, en tanto que tal como señala Ferrajoli “Poco importa, finalmente, que la Constitución garantice, como principio, el habeas corpus y el monopolio exclusivo de la autoridad judicial en cuestiones de libertad personal, si después las detenciones policiales se practican ilegalmente o si, incluso, la propia ley [o un protocolo que no fue aprobado siquiera por una resolución] confiere a la policía amplios poderes discrecionales para restringir la libertad. Lo que importa, ante todo, es el grado de efectividad del edificio teórico y normativo integrado por el derecho penal y procesal, esto es, que los delitos y las penas sean sólo los determinados

por la ley penal, y que la comprobación de los primeros y la imposición de las segundas sean sólo obra de la autoridad jurisdiccional a través de las formalidades que le son propias. (...) en los ordenamientos que respetan formalmente el principio de legalidad, el monopolio legal y judicial del uso de la violencia puede resultar burlado por los poderes paralelos que, en materia de libertades, concede la propia ley a las fuerzas de policía” (“Derecho y Razón”, Luigi Ferrajoli, pag. 763 y sgtes.).

Sobre estas bases, y sin perjuicio de lo que se vaya a resolver en la oportunidad respectiva, el protocolo dictado, cuyo objeto alegado es regular la actuación policial de modo tal de asegurar la libre circulación, no es sustento suficiente para validar, en principio, una restricción administrativa al goce de un derecho fundamental como lo es el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de reunión y, con ello, el derecho a la protesta social. Con ello, se encuentra suficientemente cumplido, en esta etapa del proceso, el recaudo relativo a la verosimilitud en el derecho. Por otro lado, el peligro en la demora se desprende de la circunstancia de que en solamente unas horas más se desarrollará la manifestación.

Por todo lo expuesto, el tribunal RESUELVE: Confirmar la resolución de primera instancia en todos sus puntos.



Ver Fallo

http://www.adaciudad.org.ar/docs/Rechazo_Sala_2.pdf

III c

Opinión

Desgrabación de la video-conferencia realizada el día 08 de marzo de 2016, de la que participaron el profesor Roberto Gargarella, la presidenta de la Cámara de Casación Penal y titular de Justicia Legítima, María Laura Garrigós de Rébora y el Diputado Nacional Pablo Tonelli.

[Volver al índice](#)

Video-conferencia:

Derecho a la protesta
y el protocolo
de actuación ante
manifestaciones
públicas



Desgrabación del debate online organizado por ACIJ a propósito del recientemente adoptado "Protocolo de actuación de las fuerzas de seguridad del Estado ante manifestaciones públicas" del Ministerio de Seguridad de la Nación.

Primera parte

Exposiciones iniciales de los panelistas

P.T.: El Protocolo que nos convoca, que nos invita a este debate, desde un punto de vista es un intento de armonizar derechos, es un intento de armonizar derechos que en los últimos tiempos y con mucha frecuencia hemos visto en pugna: son el derecho de protestar, el derecho de expresarse, y el derecho de circular o transitar libremente.

Desde mi punto de vista, el derecho de expresarse, de protestar, es importantísimo, es fundamental, forma parte de la libertad de expresión, que es algo que tenemos que cuidar muy mucho, porque no hay República ni mucho menos democracia sin absoluta y total libertad de expresión. Pero siendo un derecho de primerísimo orden, no es absoluto, como no lo es ningún derecho. Como todos los derechos, tal como dice la Constitución y reiteradamente lo han resuelto nuestros tribunales, es un derecho que está sujeto a reglamentación. Y cuando se plantea una pugna con el derecho a transitar o circular, que es lo que normalmente ocurre cuando hay piquetes, cuando hay manifesta-

ciones en la vía pública, hay que partir de la base de que ambos derechos son igualmente importantes, al menos desde mi concepción y desde mi punto de vista, y ambos derechos merecen resguardo, merecen tutela de parte del Estado, de parte de la autoridad, que es la que tiene que velar por la vigencia de los derechos individuales.

De manera tal que lo que el protocolo intenta es que quienes desean expresarse y desean protestar - que en definitiva es una manera de expresarse- lo hagan sin cortapisas y sin limitaciones que no sean razonables, pero que al mismo tiempo quienes quieren transitar, quienes quieren circular, sea por la ciudad o sea por las rutas, también puedan hacerlo.

Aunque últimamente en la Argentina la experiencia en general ha sido que cuando se producen piquetes, eso interrumpe de manera total y absoluta el tránsito de vehículos o inclusive la circulación de personas, hay experiencias sobradas, tanto en Argentina como en el mundo, de que es posible armonizar los dos derechos; es posible que la gente se exprese y proteste [palabra inaudible] ... y quienes quieran circular, circulen y transiten libremente. [palabras inaudibles] ...lo que busca el protocolo es básicamente eso, armonizar esos dos derechos. Yo creo que es muy razonable la reglamentación, más allá de que siempre pueda haber algún detalle para mejorar o para cambiar. De hecho, yo mismo hace ya dos años presenté un proyecto de ley en el Congreso bastante parecido en algunos aspectos al Protocolo, con la misma intención de hacer que los dos derechos puedan ejercerse, sin limitaciones, pero a su vez, sin anular al otro o sin

cercenar el derecho del otro. Creo que las dos cosas son posibles; creo que tenemos que hacer un esfuerzo, que el protocolo en todo caso es una especie de guía o de ayuda, pero que también hace falta un cambio cultural en Argentina. Me parece que nos hemos acostumbrado demasiado a que las manifestaciones públicas, las protestas, sean absolutas e interrumpan de manera definitiva y total la circulación o el tránsito. Esto no me parece que sea conveniente, que sea un uso adecuado de ese derecho o ejercicio adecuado del derecho de expresarse, de manera tal que creo que lo tenemos que hacer, con la ayuda del Protocolo, y sobre la base de la orientación que el Protocolo indica -que puede ser, reitero, perfectamente corregida en lo que haga falta- tenemos que encontrar el modo civilizado y razonable de hacer que estos derechos que tan en pugna han estado en los últimos tiempos en Argentina, y tanto han confrontado, puedan ser ejercidos armónicamente y en paz.

R.G.: Quería hacer cuatro puntos. El primero, es que yo creo que para pensar bien la protesta es importante clarificar de qué modo es que uno piensa la democracia y qué lugar tiene ahí la protesta. Hay quien puede ver a la protesta como una interrupción a la democracia, y de hecho, todos los primeros fallos, muy flojitos, que hubo en Argentina a comienzos del siglo nuevo en torno a la protesta social mostraron esta lectura muy limitada, muy pobre de la democracia, en donde la protesta era como una interrupción a la democracia, una molestia a la democracia y por eso, digamos, la primera herramienta de respuesta era la idea de la sedición, la idea de la interrupción, la idea de la amenaza al orden democrático, “se derrumba el orden demo-

crático”, se decía. A mí, como a muchos, me interesa pensar el derecho desde una visión democrática y uno a veces parece que está como exagerando, teorizando demasiado, pero lo cierto es que aún estos muy pobres fallos mostraban una lectura de la democracia que era una lectura yo diría muy pobre, en donde todo era limitativo y en donde ésto, la democracia, había que resguardarlo porque todo era un modo de cercenar el edificio democrático. Yo entiendo y he entendido siempre, desde hace treinta años, la democracia de otro modo, que tiene que ver con una conversación extendida, con procesos de discusión pública, con modos de pensar colectivamente cómo vamos a vivir en conjunto y, en ese sentido, la protesta, la queja, no sólo no es una disrupción, no es vista como una disrupción, sino como un insumo necesario para poder decidir bien, o sea, la democracia tiene como objetivo la toma de decisiones que nos sirvan a todos -lo que uno podría decir la imparcialidad- y si algunos puntos de vista -como ocurre en sociedades desiguales como la nuestra- sistemáticamente están ausentes, entonces decidimos mal. Por eso es que es imprescindible tener siempre ese insumo del punto de vista del que critica: el que critica de cualquier partido que sea, de cualquier grupo que sea. Necesitamos ver por qué se queja el que se queja. Ese sería, entonces, el punto introductorio, digamos, la idea de que para quienes entendemos la democracia como una discusión entre iguales, la queja, la crítica, el punto de vista disruptivo, es necesario para el que va a tomar la decisión para no tener una decisión sesgada, para no tener una decisión que prive, que no reconozca lo que el otro

reclama o el modo en que el otro procesa una cierta política. Ese sería el punto introductorio.

Pensando más directamente sobre el protocolo, lo primero que diría es que hay un problema, yo creo, de todo tipo, aún entendiendo que es importante que nos sentemos a conversar también y, tal vez especialmente, sobre cosas tales como las cuestiones de la protesta. Queremos armonizar derechos, pero de las distintas fallas -que yo creo que son fallas políticas, son fallas jurídicas, son fallas procedimentales, son fallas sustantivas- el primero punto que yo pondría es procedimental, y es que una cuestión en la cual estamos divididos simplemente porque pensamos muy distinto sobre algo muy importante, sobre una política pública muy importante, es crucial que pensemos políticamente entre quienes disentimos, y entonces era imprescindible en lugar de hacer un protocolo a las apuradas -yo creo que se explica por una vocación de mostrar autoridad, pero no importa eso, no quiero entrar en un análisis psicológico, pero creo que la explicación pasa por ahí- es imprescindible sentarse a discutir cómo ordenar la reflexión en la materia con quienes piensan distinto, entonces, juntarse con organizaciones de Derechos Humanos, con sindicatos, con distintos grupos que pueden ser afectados, desde ciudadanos comunes a organizaciones civiles. Entonces, eso, conversar con quienes piensan distinto. Entonces yo creo que hay una falla procedimental importante en imponer una solución a un problema que debe ser discutido más horizontalmente. No se salva eso diciendo “están invitados los que quieran a traerme su propuesta alternativa”, no, no, tengo que salir a buscar ese punto de vista porque la gente no se

va a movilizar porque sí, de cualquier modo. Entonces, hay una falla ahí procedimental que yo creo que es seria.

Sobre los detalles, mencionaría un par. El primero tiene algo que ver con lo que decía el Diputado. Yo entiendo mucho lo que él sostiene, pero me parece que hay una falla que está -me parece a mí- en la presentación, pero que está sobre todo en la presentación del protocolo, que es esta idea de “aquí hay un derecho contra otro derecho: está el derecho de libertad de expresión contra el derecho de tránsito”. Esa yo creo que es una mirada también muy reduccionista porque simplifica algo que es mucho más complejo. Y no complejo en el sentido trivial, porque todo es más complejo, uno siempre puede complejizarlo todo. Pero creo que fallan en algunas cosas importantes. Primero, que si uno pone las cosas así, no sólo no ve que hay toda una gama de derechos afectados, que incluyen, de modo muy sustancial derechos que tienen que ver con derechos sociales que el Estado tiene la obligación de resguardar. Entre paréntesis -y es para mí un paréntesis muy importante- la gente cuando va a protestar, no va a protestar por su derecho a la protesta, va a protestar por derechos sociales afectados. Entonces, no es que está “tengo mi derecho a expresarme”. Sí, tengo mi derecho a expresarme, pero ahí es instrumental a otra cosa que es, normalmente, no siempre, pero normalmente es “estoy protestando porque entiendo que derechos que el Estado debe garantizar -que no ha garantizado ni este gobierno, ni el otro ni el otro- no me está garantizando”. Entonces, normalmente la protesta es por derechos sociales que entiendo vulnerados y que el Estado tiene obligación de asegurar. Entonces, la pintura de -que te la pone el protocolo

en su primer párrafo- “hay éste derecho a la expresión contra el derecho mío de tránsito” yo creo que es una simplificación nada interesante, porque entre otras cosas, no sólo se pierde la complejidad de derechos allí incluídos, sino que se pierde algo muy especial, que es dónde está el Estado. Si fuera esto así, hay un molesto aquí y otro transitando por allá; y no, lo que está primero es el Estado que tiene fallas y que no asegura los derechos que tiene que asegurar. Entonces, la pintura que el propio protocolo propone en su primer párrafo es una pintura sesgada y equivocada -no digo que lo hayan hecho de mala fe- pero es una pintura sesgada y equivocada porque justo hace faltar a la pieza más imprescindible que es el Estado, lo hace desaparecer de la escena. El Estado está ahí presente y no aparece, y el Estado es normalmente responsable principalmente de violaciones de derechos que deben ser garantizados. Entonces, ahí hay una ausencia, la presencia de una ausencia que es seria.

Y el último punto que mencionaría es el otro tema que tiene que ver con una falla estatal, que no es solamente la falla estatal por no asegurar derechos -en particular sociales, económicos, que debe asegurar- sino una falla que es institucional, y es que la gente no sale a protestar de modo extra-institucional porque tiene ganas, porque le gusta hacer deporte a la mañana, tomando frío, sino porque encuentra que los canales institucionales y todos los botones que toca no funciona ninguno. Y eso ocurre aquí y ahora, como ocurrió en toda la década anterior, ha sido así. Digamos, no hay esos canales, y por eso es que esta modalidad de protesta nace en el 2001, porque la gente entiende que no están funcionando los botones institucionales. En-

tonces, hay otra falla, otro fracaso institucional que es del Estado que tiene que ver con esto: con no solucionar los caminos institucionales para permitir que la gente proteste por modos institucionalizados.

M.L.G.R.: Yo decía que lo que más me preocupaba del Protocolo es que no establecía prescripciones respecto de cómo debían enfrentarse al evento las fuerzas de seguridad, que sí decía el protocolo anterior que se había confeccionado en el Ministerio de Seguridad cuando estaba a cargo la Ministra Garré. En aquel protocolo se establecía que las fuerzas de seguridad tenían estricta prohibición de utilizar armas de fuego para el control de manifestaciones, estaban obligadas a vestir el uniforme y las identificaciones. Además, establecía que tenía que monitorearse las comunicaciones, tanto telefónicas como radiales, de los efectivos que estuvieran participando del operativo para eventualmente controlar después cómo lo habían llevado a cabo, y que las fuerzas de seguridad tenían que facilitar la labor periodística. Digo esto porque, a partir de lamentables sucesos de los que hemos tenido todos conocimiento, es que, por ejemplo, el 19 y 20 de diciembre, Kosteki y Santillán, el caso Ferreyra, ha sido la labor periodística la que ha permitido esclarecer y ayudar a llegar a una solución en el ámbito judicial, mientras que en el Protocolo actual no solamente se omiten todas estas consideraciones, sino que se establece que, en todo caso, los periodistas tienen que estar en un lugar destinado especialmente que diseñarán las fuerzas de seguridad, aparte del grupo que está manifestando.

Otra cosa que quería apuntar, que me parece interesante tener en cuenta, es que el Protocolo no está dirigido a nosotros, los eventuales manifestantes; está dirigido a las fuerzas de seguridad, y que, en todo caso, es una normativa dirigida a las fuerzas de seguridad, dándoles instrucciones de cómo deben actuar, para evitar -me parece- tener que darles instrucciones caso por caso y en cada circunstancia. Tal vez se pretenda de esta manera eludir la responsabilidad de los jefes más altos; sin embargo, podrán eludir la responsabilidad directa, pero nunca van a eludir la responsabilidad política del resultado de lo que ocurra, el control de una manifestación por las fuerzas de seguridad. Así que, lo que habría que pensar, es que, en todo caso, el Protocolo debiera también proteger la labor de las fuerzas de seguridad en tanto trabajadores y darles pautas claras que les permitiera cumplir con su labor, en lugar de dejar estas oscuridades que surgen del cotejo de una norma que regía hasta el advenimiento de esta nueva norma y la actual. Me parece que, en lugar de protegerlos, se los desprotege al no ser específicos y concretos respecto de éstas cuestiones.



Segunda parte

Comentarios adicionales

D.A.: Muchas gracias. Ahora la idea es seguir con tres minutos de complementación de lo anterior o de réplicas a lo que se fue diciendo en la exposición.

P.T.: Bueno, sin dudas, el gran mérito del Protocolo es que estemos aquí discutiéndolo y discutiendo este tema de la protesta, de la circulación y los distintos derechos. Eso es auspicioso porque, como dije en el principio, el mejor modo de resolver los conflictos que se planteen en esta materia es hablando y discutiendo y tratando de ponernos de acuerdo.

Yo, a diferencia de lo que proponía Roberto Gargarella... la teoría es al revés, creo que en vez de complejizarla, trataría de simplificarla. Y en tren de simplificarla, yo hago la siguiente pregunta: ¿es posible protestar, expresarse, sin interrumpir el tránsito de vehículos o de personas? Mi postura es que sí. Entonces, si es posible protestar, expresarse, decir lo que uno tenga ganas contra el gobierno, o contra quien sea, sin interrumpir el tránsito, haciéndolo en una vereda si son pocos manifiestan-

tes, en una plaza si son muchos, en fin, me parece que entonces es relativamente fácil también encontrar puntos de armonía. Por supuesto que no se me escapa que en esta materia como en todas las materias, hay una pauta que es la de la razonabilidad que hay que aplicar, pero que también depende de la envergadura de la protesta: si se junta un millón de personas a protestar por algo, es bastante lógico que no entren en ningún lado y que corten una plaza, una avenida o lo que fuere. Ahora, y en ese caso, es razonable que corten el tránsito y hay que aguantarse las molestias que eso genera.

Ahora, lo que no es posible, y lo que yo he visto muchas veces, el otro extremo es que se juntan veinte chicos de un colegio secundario o diez personas que protestan por algo, cortan una calle y se sientan a tomar mate y son diez personas. Esto no tiene ningún sentido porque esa misma protesta la pueden hacer en la vereda.

Por otra parte, y también en relación con lo que decía Roberto, es cierto y está claro que la mayoría de las protestas, posiblemente casi todas, se dirigen al Estado, que en muchas oportunidades no cumple con su deber de asegurar o de garantizar ciertos servicios, ciertos derechos, ciertas prestaciones. Ahora, me parece que el hecho de que el Estado a veces, o muy frecuentemente -como habitualmente en la Argentina y en nuestra esta región- no cumpla con sus obligaciones hacia los ciudadanos tampoco nos autoriza a los ciudadanos a dejar de cumplir la ley, porque con ese criterio, si extendiéramos -yo sé que no es lo que dijo Roberto- pero si extendiéramos, podríamos decir que como el

Estado muchas veces incumple las prestaciones o servicios que nos debe, estamos autorizados a dejar de pagar los impuestos o a dejar de cumplir la ley, y no parece que eso sea correcto ni que sea así.

Respecto de los déficits que señalaba la doctora, es evidente que sí los tiene y, en ese sentido, el protocolo anterior al que ella se refería contenía ciertas previsiones y ciertas precisiones que personalmente me parecería muy bien incorporar al presente. De todas maneras, que falten esas previsiones puestas de manera expresa en el Protocolo no me parece que sea indicativo de que el Gobierno piense actuar, o que las fuerzas de seguridad piensen actuar en algún imprevisto de alguna manera incorrecta o inapropiada. Pero estaría muy bien agregar esas precisiones.

En definitiva y para concluir, yo reitero que me parece relativamente fácil y sencillo encontrar el modo de armonizar los derechos en la medida que partamos de la base que todos estemos de acuerdo en que todos los derechos son igualmente importantes, porque si optamos por darle más jerarquía a un derecho que a otro, entonces ya la cosa cambia. Pero si nos ponemos de acuerdo o estamos de acuerdo en que todos los derechos tienen la misma jerarquía y todos los derechos merecen respeto y protección, me parece que a partir de allí con protocolo o sin protocolo, debería ser relativamente sencillo que, como sociedad, nos pongamos de acuerdo o encontremos el modo de que quien quiera protestar lo haga sin ningún tipo de limitación o cortapisa, así sea un resultado de un partido de fútbol, y que quien quiera transitar también lo haga sin ningún tipo de limitacio-

nes, no sólo para ir al trabajo o al hospital, sino para ir al cine o visitar a la tía. Si lográramos encontrar ese punto de armonía, yo personalmente me sentiría muy feliz y dichoso.

D.A.: Muchas gracias. ¿Roberto?

R.G.: Un par de cosas. No, por un lado, creo que estamos todos de acuerdo en que el tema adquirió una importancia, una seriedad que hace necesario que lo hablemos y lo sigamos hablando, o sea que creo que todos podemos estar de acuerdo que es importante hablar del tema. A mi me suena que... me parece que no es una cuestión de simplificar o complejizar, yo no quiero complejizar por complejizar. Me parece que algunas de las faltas que en el Protocolo se advierten muestran que el tema no está bien encarado. Marcaba una: el hecho de presentar un derecho con otro derecho quitando del medio la responsabilidad del Estado, me parece que es una falta grave que omite lo que es central. Entonces es como un encarar mal todo el problema... presentar, como tema central, el delito de flagrancia, yo creo que es tan injusto como si uno dijera “por las faltas que comete el Estado, entonces hablemos de un Estado criminal”. No hablemos ni de delincuentes... la gente que sale a protestar no son personas que están cometiendo delitos, que deben ser tratados como tales, sino que son víctimas del Estado y merecen respeto y ayuda del Estado y no un trato como delincuentes. Entonces, otra vez, no es una cuestión de simplificar o complejizar, sino que creo que está encarado mal el problema, como lo haríamos si hablásemos de un Estado criminal porque es un Estado que comete fallas graves. Entonces eso, yo creo que hay un mal

enfoque sustantivo, como ha habido además un mal procedimiento en cuanto a cómo se ha ido gestando el Protocolo. En todo caso, celebro que podamos seguir hablando de esto. Pero no es un mérito del Protocolo, sino en todo caso producto de sus faltas más que de sus méritos; en todo caso, bienvenido que podamos hablar y podamos discutir.

Sobre la comparación con el protocolo anterior, me parece que, lo que yo primero destacaría es el fracaso del protocolo anterior, o sea, si estuvo vigente diez semanas, es mucho tiempo. Lo que guió la política de seguridad, la etapa larga del gobierno anterior fue, digamos, el Ministerio de Seguridad, Berni, y una política vocingleramente humanista y represiva en los términos cotidianos, que implicó sobre manifestantes de Lear, de Kraft, de [inaudible], de cantidad de empresas, balas de goma. Entonces, yo creo que podemos rescatar tal o cual cosa de un protocolo anterior, bienvenido y estoy de acuerdo, pero sabiendo que ha sido un fracaso, que prácticamente nunca se aplicó y que la política general estuvo guiada por criterios silenciosamente represivos. Entonces, por eso es que necesitamos pensar críticamente sobre el tema y de un modo que sea consciente, no solamente de la necesidad de pensar la protesta, sino también la inexistencia de canales institucionales adecuados para canalizar, para transmitir las quejas. No es una cuestión de crear la plaza de la queja, sino de poder tocar un botón y que el Estado reaccione, poder tocar un botón y que hagamos responsable a quien sea responsable. Entonces, traer ese tema a colación, traer la responsabilidad del Estado a colación, y hablar de esa completitud; porque si a mí me dicen “discutamos sobre la pro-

testa” sin discutir lo otro, sin discutir las obligaciones hacia el Estado y sin discutir el fracaso institucional, eso va a seguir ocurriendo. Entonces, en ese sentido va a ser un fracaso el nuevo protocolo si no toma en cuenta que la gente no va a cortar una ruta por deporte, sino porque va, toca los botones que considera adecuados y esos botones no responden. Entonces, ese tipo de fracaso es el que genera eso. Entonces, ser conscientes de que la gente no protesta por vías extra-institucionales porque tiene ganas, porque le divierte, porque le resulta deportivo. Lo hace por desesperación en muchísimos casos. Por supuesto que hay montones de abusos, y esos también son preocupantes.

D.A.: Gracias.

M.L.G.R.: Bueno, finalmente tercera. Respecto del éxito o fracaso del protocolo anterior, yo aludí a aquel protocolo porque, existiendo uno que podría aplicarse, dictar otro implicaba supuestamente -o pretendidamente- un cambio de versión sobre lo que existía. Y si esto implicaba un cambio de versión y se hacen omisiones en aspectos que a mí me parecen muy importantes del protocolo anterior, estas omisiones adquieren relevancia. Pero por otra parte, en aquel protocolo, tampoco se descartaba las postas de goma -las postas de goma estaban autorizadas con fines defensivos- en aquel protocolo y lo que sí se mantuvo aún después de la gestión de la Ministra Garré fue la prohibición estricta de armas de fuego; y esto no figura en este protocolo, y esto sí puede ser grave.

Otra cosa que me parece interesante que no dije antes, tal vez porque perdí el hilo [NdR: a causa de un corte en la grabación por problemas técnicos], es que en este protocolo, se autoriza la detención y el secuestro para después comunicarse con el juez y poner a disposición del juez éstas actividades. En nuestro país, no es posible pensar hoy que se puede ejercer -salvo flagrancia- la detención y el secuestro sin orden judicial. En general, cuando hay una manifestación de este tipo, hay un juez interviniendo, y hay un juez que está tomando decisiones; será un juez de la Ciudad de Buenos Aires, porque en general esto tiene que ver con la agrupación en espacios públicos y la previsión o no de que se deje un carril libre o no se deje un carril libre, pero siempre hay un juez interviniendo. No es posible pensar que se dicte una norma interna para fuerzas de seguridad que autorice detenciones sin orden judicial o sin una previa consulta judicial. No parece propio de este período que estamos viviendo. Más que una omisión, este es un error garrafal, grave y que debería ser corregido.

VIDEO-CONFERENCIA: "DERECHO A LA PROTESTA Y EL PROTOC...



14:21 / 49:59



YouTube



Tercera parte

Debate libre entre los panelistas y preguntas de los participantes conectados a la videoconferencia

D.A.: Bueno, muchas gracias. Ahora siguen quince minutos de debate libre e intercambio de opiniones entre los participantes. ¿Alguien que quiera comenzar?

M.L.G.R.: Bueno, en principio yo quería aludir a lo que decía Gargarella respecto a que nosotros hemos tomado conocimiento y estamos hablando de este protocolo por los trascendidos periodísticos. Es cierto, ésto se reveló periodísticamente, pero yo creo que más que esto, fue un golpe de efecto adrede. Nos pegaron con el Protocolo desde el vamos, y después avanzaron sobre estas cosas, y estamos todavía hablando del Protocolo. Ésto empezó en enero de este año, ¿no? [palabras inaudibles de P.T] y todavía nosotros no hemos llegado a que sea modificado, a que lo adecuen a lo que se pretende, y tampoco han reconocido que cometieron un error al dictar el Protocolo en este sentido. Se está hablando de balas de goma para desalentar, disparando al piso, pero, entre tanto vemos, por ejemplo -a ver Tonelli- que se ataca a chicos de una murga en Villa 31.

P.T.: Bueno, ese episodio no está... no está del todo esclarecido.

M.L.G.R.: Si se hubieran tomado los recaudos del protocolo anterior, por ejemplo, de tener grabadas las comunicaciones, se hubiera podido esclarecer.

P.T.: Eso no fue un piquete, eso fue una persecución que fuerzas de seguridad hicieron respecto de presuntos delincuentes y en medio de la discusión se dio el tiroteo. Me parece que es una cosa totalmente...

M.L.G.R.: Se está usando la gendarmería como fuerza de seguridad en el ámbito urbano...

P.T.: Eso empezó en el gobierno anterior...

M.L.G.R.: Sí, es cierto, pero no con este nivel.

P.T.: El gobierno anterior mandaba la gendarmería para hacer cosas buenas, nosotros mandamos la gendarmería para hacer cosas malas

M.L.G.R.: No, no...

P.T.: Ésto es ridículo [inaudible]

R.G.: Es cierto que la gendarmería se usó cotidianamente en la Panamericana...

M.L.G.R.: En la Panamericana es una cosa, la Villa 31....

R.G.: No, no, no, se usó sobre trabajadores y no importa en ese caso el lugar, sino tratar de resolver un conflicto social con ba-

las de gomas, y eso fue reiterado; para no hablar de algo también comprobado que fue el espionaje montado desde gendarmería... Pero no es cuestión de echar culpas, digo que sí es una política equivocada que tiene una continuidad. No yo lo explico, digamos, en este caso, en el caso de este gobierno... parece que uno se las toma con vos.

P.T.: No, no, en este caso sí...

M.L.G.R.: Sí, él lo hace propio...

P.T.: Propio no, lo hago propio del gobierno, yo defiendo a éste gobierno, formo parte de este gobierno, del mismo modo que vos defendes al gobierno anterior

M.L.G.R.: No, no, no, no, no, no, no, te estás equivocando, en eso te estás equivocando.

P.T.: Defendiste a Garré como si hubiera sido la autora del mejor...

M.L.G.R.: Pero es que yo participé de los protocolos estos, por eso defiendo esta [inaudible]

P.T.: Vos defendés al gobierno anterior, yo defiendo al gobierno actual.

M.L.G.R.: Fuimos convocados, mucha gente de...

P.T.: Se puede... se puede defender al gobierno anterior sin tergiversar las cosas.

M.L.G.R.: No, no.

P.T.: Vos tergiversaste las cosas respecto de la gendarmería y el rol de la gendarmería en el gobierno anterior.

M.L.G.R.: ¿Por qué estás diciendo eso? Yo estoy defendiendo algunas acciones que me parecieron interesantes.

R.G.: Bueno, pero...

M.L.G.R.: La confección del protocolo que elaboró el Ministerio de Garré fue muy interesante.

R.G.: Pero... pregunto de buena fé, ¿por qué pensas que fracasó? dejó de implementarse a los pocos meses. Lo digo sinceramente, ¿por qué?

M.L.G.R.: No dejó de implementarse, nunca se usaron armas de fuego, nunca...y para mí eso es fundamental. Ni bien asumió Garavano, y hablando con Garavano, dijo “no, esa política no se va a dejar de lado”. Sin embargo, en el Protocolo no se dice que están prohibidas las armas de fuego... [palabras inaudibles de P.T.] ...y si no se dice, y antes se decía, la omisión es significativa.

P.T.: Bueno, tampoco hay que darle tanta trascendencia...

M.L.G.R.: No, es muy importante. En este país, es muy importante.

P.T.: Pero no es la única norma que rige la actuación de las fuerzas de seguridad. Hay muchísimas normas que rigen la actuación de las fuerzas de seguridad, hay instrucciones, hay directivas, y entre ellas está la de no usar armas de fuego en ciertas y determinadas circunstancias...

M.L.G.R.: ¿Por qué les parece que en el Código Procesal Penal se prohíbe a las fuerzas de seguridad a interrogar a los imputados cuando en el resto de Latinoamérica esto no pasa? Porque en este país hay tradición de problemas respecto a eso.

P.T.: Porque antes lo hacíamos...

M.L.G.R.: En el resto del país... en el resto del mundo no pasa, la policía interroga al imputado. Nosotros lo tuvimos que prohibir, ¿por qué? por las tradiciones anteriores que hemos tenido. Hay cosas que hay que dejar claras.

R.G.: Está bien, hubo un período que fue la década anterior en donde hubo una veintena de muertos en situación de protesta social, y merece eso una reflexión. Por qué, digamos, en un discurso de cuidado de derechos decuplicó la cantidad de muertos del gobierno de Menem o de Duhalde, digamos. Qué es lo que explica...

M.L.G.R.: O de De la Rúa...

R.G.: No, no, no, en el de De la Rúa no. En el caso de De la Rúa fue peor. Pero por qué en una década que vociferó la cuestión de los derechos hubo ese nivel de muertos, que es muy notable. Ha habido algo, alguna disonancia respecto también de este tipo de protestas, que es lo que explica que suceda... Eso, creo que hay que hacerse cargo de lo que ocurrió. Los que formaron parte o estuvieron cerca del gobierno anterior y todos los demás. Pregunto por si alguno tiene una intuición de qué es lo que ocurrió. Pienso simplemente eso, que merece ser objeto de reflexión qué es lo que ocurrió. Yo diría que en el caso de este

Protocolo, como explicación psicológica, a mí me parece que hay una obsesión del nuevo gobierno -que tal vez es entendible- de afirmar autoridad, frente a lo que fue...

P.T.: Pará, ¿y nunca se les ocurrió pensar que esa supuesta obsesión del gobierno responde a un clamor de la gente de terminar...de terminar con ciertos excesos? Porque eso es un punto de vista que no hemos abordado. Personalmente creo que hay muchísima, muchísima gente que está cansada de sufrir trastornos innecesarios... [palabras inaudibles] ...atender los deseos de esa gente.

R.G.: Es entendible retomar esa molestia, esa incomodidad, pero lo cierto es que para fijar políticas, sobre todo en materias sensibles de derechos, no es que uno va a tomar aquello como palabra santa, a tomar como palabra o seguir los testimonios y demandas de los familiares de las víctimas después de un crimen. O sea, es gente que merece ser escuchada, merece ser atendida, merece ser cuidada, pero otra cosa es que uno vaya a guiar la política por ese reclamo. Entonces, yo separaría las dos cosas: una cosa es retomar esa preocupación, otra cosa es pensar que la política va a estar guiada por...

P.T.: Así como el Estado tiene el deber de escuchar lo que reclaman quienes reclaman, también tiene el deber de escuchar los reclamos de quienes reclaman que se termine con los trastornos...

R.G.: Claro, pero para que no ocurra...

P.T.: Unos se lo expresan de una manera y otros de otra...

R.G.: Para que no ocurra que uno toma el clamor que quiere -porque hay clamor de distinto tipo- entonces, si uno hace una discusión -que es lo que yo estaba...lo que muchos estamos reclamando- sentarse entre iguales a discutir y pensar un problema, a decir “ah no, yo estoy tomando este reclamo”, porque frente a este reclamo, hay uno opuesto que también es entendible, y entonces, no es cuestión de decir “hay un reclamo y lo tomo”, porque hay un montón de reclamos en dirección a esa propuesta. Entonces, frente a este tipo de situaciones, cuando hay que fijar una política, hay que sentarse alrededor de una mesa con gente que piense distinto, y pensar qué se hace o no. Sino, la excusa del reclamo....

P.T.: Yo reitero lo que dije desde el principio, desde mi punto de vista lo que hay que hacer es dejar que los que quieren expresarse lo hagan, y quienes quieran circular, lo hagan.

M.L.G.R.: Este Protocolo no prohíbe la manifestación pública.

P.T.: No, a nadie se le ocurriría.

M.L.G.R.: Si este Protocolo no prohíbe la manifestación pública, tampoco va a evitar el problema que vos estás planteando.

P.T.: Si, intenta, intenta...

M.L.G.R.: Entonces, ¿cuál fue el sentido?

P.T.: Intenta evitarlo, intenta ordenarlo, en el sentido de darle directivas a las fuerzas armadas, a las fuerzas de seguridad, perdón, para que manifestaciones en la vía pública...

M.L.G.R.: No me digas fuerzas armadas, qué fallido el de las fuerzas armadas, horroroso. Sigamos.

P.T.: Ah bueno, no tengo más ganas de discutir. Me atribuí intenciones que no tengo.

M.L.G.R.: Fue un fallido. Bueno, tiene poco sentido discutir así.

P.T.: Me atribuí intenciones ocultas que están muy lejos de mí, que no las tengo, entonces me molesta.

M.L.G.R.: Suponiendo que no se pretende evitar las manifestaciones...

P.T.: Lo que se pretende es ordenarlas de manera tal que el que se quiere manifestar lo haga, sin interrumpir la circulación de personas y de vehículos, nada más que eso, así de fácil.

M.L.G.R.: Eso ya existe, hay una normativa en la Ciudad de Buenos Aires, específica...

P.T.: Pero es difícil cumplirla...

M.L.G.R.: Y esto va a ser más difícil de cumplir...

P.T.: La idea es reforzarlo por directivas a las fuerzas de seguridad, que de eso se trata el Protocolo.

M.L.G.R.: Y entonces eliminemos la prohibición de usar armas de fuego.

P.T.: No, pero eso de que no figura en el Protocolo no quiere decir que las fuerzas de seguridad vayan a salir a las calles

armadas con armas de fuego a matar a cuanta gente quiera protestar. Eso es atribuirle al gobierno y a las fuerzas de seguridad una intención que no existe. Pero además hay otras normas que regulan la actividad y el desempeño de las fuerzas de seguridad, y entre otras cosas lo que prohíben es llevar armas para contener manifestaciones. Eso ha sido siempre así, hay directivas internas de las fuerzas de seguridad, no todo figura en el Código Penal ni en la ley... [palabras inaudibles]... Que sería mejor que estuviera, de acuerdo, coincido, pero el hecho de que no esté, no quiere decir que el gobierno esté pensando en salir a usar armas de fuego para controlar manifestaciones ni nada que se le parezca. Simplemente no está, punto, pero no significa que se vaya a salir a reprimir manifestaciones con armas de fuego. De hecho, no ha ocurrido.

M.L.G.R.: A partir de la asunción de este gobierno se instaló otra vez -perdón, ya vamos- se instaló otra vez las aguas, eso, en Plaza de Mayo, que antes no estaban.

P.T.: ¿Qué son las aguas?

M.L.G.R.: Los camiones, esos que lanzan agua, que tienen una fuerza que lastima.

D.A.: Bueno, si les parece, para ir redondeando esto podemos retomar algunos de los comentarios que tenemos de los participantes, tenemos algunas preguntas, ir al próximo bloque con preguntas. ¿Ahora se fue la comunicación, no? Algunas pude recoger ya. Había una pregunta inicial a Roberto Gargarella que tiene que ver con preguntar si estaba promoviendo

que se discuta una ley que regule la intervención en el caso de manifestaciones o no, esa pregunta en particular, y si la mayor objeción tenía que ver con la forma en que se había aprobado el instrumento, la jerarquía normativa, el procedimiento, etc., esa era la primera. Después había otra pregunta sobre, una vez resuelto o no, positivamente o no, un reclamo relacionado con el cumplimiento de derechos fundamentales, y planteada de todas maneras entre el derecho a circular libremente y el derecho a la protesta, de qué manera desde lo teórico se podría resolver esa tensión, y qué propuestas hay para resolverla.

R.G.: A mí me marcó mucho en lo que fueron los inicios de este tipo de protestas argentinas, como que seguí bastante de cerca lo que fueron las primeras manifestaciones con cortes de rutas en el norte del país, en particular en Tartagal, Mosconi, y aparecieron tanto en el norte como en el sur del país manifestaciones que implicaban estos cortes, y lo que uno veía ahí, y lo que le comentaban a uno los que participaban es, en el caso de Salta, “nosotros, de un día para el otro desaparece YPF, se cierra todo, teníamos acceso al club, al teatro, al [palabra inaudible]”, digamos, el club donde iban los hijos a la escuela, etc., “y de repente de un día para el otro todo se ha cerrado, entonces bueno, vamos a hablar primero con el Diputado y no nos atiende, vamos a hablar con el otro representante y tampoco, vamos a hablar con el Vicegobernador, no nos atiende; finalmente salimos a cortar la ruta para que alguien nos escuche”. Para mí ese tipo de testimonios era muy importante por eso, porque primero había un reclamo que -insisto, es un punto de partida para pensar la cuestión, obviamente que no son todos

los casos así, pero sí que han sido históricamente cruciales en Argentina- entonces, había un problema muy grave, en el que estaba involucrado centralmente el Estado, había violaciones de derechos grave, había desatención de derechos básicos y había además este problema que no era sólo de violación en términos de derechos sociales básicos, sino además un problema institucional que era recurrir a todos los canales que uno entendía estaban allí tendidos y ninguno funcionaba. Entonces, en ese sentido es que la cuestión me parece más compleja en un sentido difícil, porque no es simplemente “bueno, usted déjeme acá el carril”, sino que, cuando hay por un lado violaciones graves de derechos sociales, y por otro lado, hay una dificultad en términos de cómo está organizado institucionalmente el país, pero eso no es un problema de este gobierno, es un problema que lleva mucho tiempo. Fue el centro de la crisis del 2001, tuvo que ver con eso, el sentir que nada servía en el sistema representativo. En ese sentido no es algo que uno dice “ah, este gobierno”, no, sino que a este gobierno le toca también enfrentar esta situación. Qué se hace cuando ese tipo de fallas en el sistema representativo están, y entonces, no es simplemente decir “ah, bueno, circule por acá” sino que la gente va a seguir, por donde le cierren va a buscar la puerta alternativa porque lo que necesita es hacerse escuchar y el sistema institucional no le está respondiendo. Entonces, por eso es que, yo diría, no se trata de “hagamos el protocolo de la protesta”, sino que eso está en un paquete que es más grande y que incluye asegurar ciertos derechos básicos, e incluye remediar ciertos fracasos en el sistema representativo, que si eso no se atiende simultáneamente,

es como que se está poniendo el centro en donde no está. Entonces, eso es lo que me preocupa, así...

P.T.: Yo hay un punto en que coincido con vos. Efectivamente hay veces en que es tal la falta de un canal adecuado para transmitir la protesta, o la petición o el reclamo que efectivamente no queda más remedio que recurrir a vías de hecho. Pero lo que ocurre, es que me parece que en los últimos años, en la Argentina se ha facilitado tanto este tipo de manifestaciones, que hoy en día, en la gran mayoría de los casos se trata de un exceso, porque el primer método es el que debería ser el último. Entonces, a lo mejor se trata de hablarlo, discutirlo, poniéndose de acuerdo, tratar de volver las cosas a su cauce y que entonces el corte, el piquete, vuelvan a ser el último de los recursos al final de un camino...

M.L.G.R.: ¿Y por qué no se hace así?, ¿por qué no se habló, discutió, se convocó gente para tratar el asunto, diferentes opiniones?, ¿por qué se dictó el Protocolo de esta forma?

P.T.: Será por la misma razón que lo hizo Nilda Garré.

M.L.G.R.: Nilda Garré convocó a muchísima gente, y muchos expertos que trabajaron durante muchos años hasta que se redactaron los protocolos.

R.G.: Yo creo que es cierto que hay una tendencia extendida de que hubo una suerte de cualquierismo en donde había un discurso en la década anterior y una práctica diferente. Por eso yo mencionaba el número de muertos que hubo, o la balacera

que hubo cotidianamente en Panamericana porque contradecía el discurso, y entonces era esto; yo creo que eso dejó una mala sensación instalada que es, por un lado pasa cualquier cosa, hay un discurso que va por un lado y una práctica que va por otro. Entonces, se genera una situación de incomodidad colectiva.

M.L.G.R.: ¿Vos decís entonces que este Protocolo es una respuesta a lo que ocurrió en el gobierno anterior?

R.G.: Creo que es una mala respuesta a lo que ocurrió en el gobierno anterior.

M.L.G.R.: Ah, entonces ésto es la herencia terrible, digamos.

R.G.: No, no, no, me parece que es compatible con que esto sea malo y lo anterior sea malo, las dos cosas pueden ser posibles.

M.L.G.R.: ¿No encuentran ustedes que es mejor...[palabras inaudibles]? porque acaban de decir ustedes que el anterior era mejor.

P.T.: No, yo no dije eso. Dije que tenía algunas previsiones que eran acertadas y que deberían estar incluidas...

R.G.: Tampoco se trata de decir quien gana, yo creo que han hecho las cosas mal antes y ahora. Yo creo que el protocolo anterior era mejor, pero la práctica demostró que todo lo que se hizo fue muy malo, el resultado fue muy malo y tuvo que ver también con el [palabras inaudibles]. Entonces no es cuestión de decir “éste ganó”. Si vos me preguntas a mí quién ganó, ganó el protocolo anterior, pero no me parece una discusión interesante.

M.L.G.R.: No, yo porque creo que este protocolo es malo...

R.G.: La cuestión es, quedó instalada una mala situación; ha recibido una mala respuesta.

M.L.G.R.: y va a significar una mala respuesta al momento de aplicarlo.

R.G.: Correcto, pero ayudaría si asumiéramos que hay una mirada autocrítica respecto de lo que ocurrió, porque sino, parece que la discusión es “cuando a mi no me gusta”...

M.L.G.R.: No, bueno, a mi me convocaron para hablar del Protocolo, y creo que es muy malo.

R.G.: Por eso es que digo que no hagamos la comparación así, porque no sirve. Si hablamos de este Protocolo podemos hablar de eso. Hiciste la pregunta sobre qué era mejor, insistí a su vez, y te dije que me parece que no tiene sentido ese tipo de discusiones.

D.A.: Bueno, además de los problemas técnicos [con la grabación] hay una manifestación [que dificultata el audio]...

M.L.G.R.: A propósito del Protocolo...

D.A.: A propósito del Protocolo, hay una marcha con protesta...

M.L.G.R.: La primera manifestación que hubo a partir del advenimiento del Protocolo fue una concentración en Corrientes y Callao, que el Protocolo no se pudo aplicar, porque la gente sobrepasó a los efectivos policiales. Digo, tampoco sirvió para

proteger la labor del efectivo de la fuerza de seguridad, que son los que deben estar protegidos por su gente.

D.A.: Bueno, hay muchas preguntas que hicieron los participantes virtuales que no pudieron llegar a responder, pero se las vamos a transmitir y si ustedes quieren, por alguna u otra forma, canalizar algún tipo de respuesta, hay varias para todos los participantes.

Quiero agradecerles la participación, haber compartido generosamente sus opiniones sobre esto con nosotros. Desde ACIJ vamos a seguir trabajando sobre este tema. Nosotros hemos hecho una declaración, también hemos presentado observaciones al Ministerio en el espacio que se habilitó recientemente. Vamos a seguir trabajando y vamos a compartirles nuestras acciones por la web, redes sociales, etc., así que seguimos conversando sobre esto en diferentes espacios. Muchísimas gracias.

IV

Jurisprudencia

Uno de los elementos fundamentales en la construcción de la interpretación del derecho son, sin lugar a duda, las sentencias judiciales. Tanto nos interesan ellas que creamos una sección para jugar a estar en el lugar de quien resuelve una situación en particular (ver “En los zapatos de..”).

En esta sección, con criterio caprichoso, antojadizo y absolutamente subjetivo, escogeremos y compartiremos la jurisprudencia que entendamos relevante en función de su contenido, del contexto en que se dicta, de la temática que expondremos en cada publicación o por alguno de todos esos pensamientos, sensaciones y reacciones que generan los fallos judiciales.



[Volver al índice](#)

¡Inquilinos de
Argentina, uníos!

Comentario al fallo
de Alquileres.

Por Sebastián Tedeschi

Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho FD UBA



I

Introducción

Los conflictos con relación al problema de acceso a la vivienda suelen llegar al Poder Judicial centrados en la actuación el sector público estatal. Es así que el desarrollo de la jurisprudencia sobre derecho a la vivienda en los últimos quince años abordó la situación de los asistidos por la política de subsidios de emergencia habitacional, el derecho a la inclusión en un plan de vivienda, los desalojos administrativos, civiles y usurpaciones, etc. En cambio, casi no han llegado conflictos entre sujetos demandantes del derecho a la vivienda contra el sector inmobiliario, siendo que tal vez este sea el actor más importante en términos de influencia sobre el mercado de la vivienda, a la vez que mercado bastante descontrolado teniendo en cuenta la importancia que tiene su objeto comercial en las condiciones mínimas de vida de la población.

En la ciudad de Buenos Aires hay un 30% de hogares (343.443 hogares) que alquilan el lugar en donde residen. De los hogares inquilinos la mayoría alquilan departamentos (73%), casas (13%), 12% piezas de inquilinato, pensión u hotel; y finalmente un 2% habita en viviendas precarias. Esta es la foto de un proceso que tiende al aumento de la inquilinización. El censo 2010 muestra cambios significativos respecto de 2001. Mientras un 68% de los hogares eran habitados por sus propietarios y solo 22% era inquilino, en el Censo 2010 la cantidad de propietarios disminuyó a 56% y el de inquilinos aumentó a 30%¹.

Pese a ello las reformas legales de los últimos cincuenta años han ido en detrimento de los derechos de los inquilinos con excepción de las tibias reformas de la ley 23091² incumplida en sus aspectos más igualitaristas y hoy derogada por el nuevo Código Civil y Comercial.

Pese a ello, las reformas legales a lo largo de los últimos cincuenta años han ido en detrimento de los derechos de los inquilinos, impulsado por el fuerte lobby inmobiliario sobre las cámaras legislativas, que lograron instalar argumentos precarios, tales como que toda mejora en los derechos de los inquilinos es perjudicial para ellos porque esto provocaría una retracción de la oferta de inmueble en alquileres, de lo que resultaría un aumento de los precios y mayor exclusión de inquilinos. El

1 Cosacov, Natalia. Alquileres e inquilinos en la Ciudad de Buenos Aires. Una radiografía. Informe de Coyuntura LPP. Laboratorio de Políticas Públicas. Noviembre de 2012.

2 Su artículo 21 facultaba al Municipio de la Ciudad de Buenos Aires para fijar gravámenes diferenciales sobre las viviendas deshabitadas. Esta previsión nunca fue implementada y resultaba clave para estimular la ampliación de la oferta de vivienda en alquiler.

argumento es similar al que se utiliza para defender medidas regresivas respecto de los derechos laborales para promover el empleo. Un verso nunca comprobado al servicio de intereses cortoplacista del negocio que se trate, pero insustentables en el largo plazo.

El caso que comentamos es novedoso en cuanto encara la problemática de incumplimiento del derecho a la vivienda en los problemas de desigualdad que se da en la relación entre inquilinos y corredores inmobiliarios. Pero al hacerlo trae a cuenta discusiones antiguas como la relación entre derecho privado y derecho público, los límites de la autonomía contractual establecidos por el derecho público y el rol de las personas de derecho público no estatal. Todo ello en un contexto muy apropiado por el surgimiento de un actor –el Frente Nacional de Inquilinos –que pretende contrabalancear la influencia del sector inmobiliario y la vigencia del nuevo código civil y Comercial con renovados principios generales, a partir de agosto de 2015.



Foto Jorge Aloy

II

Los hechos del caso

El caso que comentamos fue iniciado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y por Gervasio Muñoz en su calidad de inquilino de la CABA e integrante de la agrupación “Inquilinos Agrupados” quienes presentan una acción de amparo colectivo en defensa del derecho a la vivienda digna de inquilinos y potenciales inquilinos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contra el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires (CUCICBA). La demanda se presentó en el fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires y tiene por objeto que se declare nula la Resolución 350/2016 dictada por el CUCICBA, se le ordene a esta entidad implementar un plan para el control efectivo sobre el cobro de aranceles por parte de los corredores inmobiliarios, con miras a evitar la repetición de prácticas ilegales en torno a las comisiones cobradas a inquilinos sobre locaciones de inmuebles destinados a vivienda única y la confección de un plan

integral para la difusión pública del monto máximo a cobrarse a los inquilinos en concepto de comisión inmobiliaria por locaciones de inmuebles destinados a vivienda única. Además se solicita la conformación de una mesa de trabajo entre las partes, con participación de la Defensoría de Inquilinos de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para realizar la planificación y el seguimiento conjuntos de las obligaciones mencionadas.

Para asegurar la eficacia de la acción, se solicita una medida cautelar para que el Juez ordene la suspensión de la Resolución 350/16 de CUCICBA hasta el dictado de la sentencia definitiva.

La demanda fue posteriormente ampliada para solicitar al juez que en virtud de la Ley N° 3588 de CABA, los corredores inmobiliarios cumplan el deber de exhibir en forma visible y destacada en los locales u oficinas comerciales en que desarrollen sus actividades –así como en su sitio web si lo tuvieran-la transcripción de los artículos 11 inciso 2° y 57 de la Ley N° 2340.

En el año 2007 entra en vigencia la Ley 2.340 CABA que establece que los corredores inmobiliarios no podrán cobrar a los inquilinos comisiones superiores al 4,15% del total del contrato de alquiler, lo que equivale a un mes promedio de alquiler para el caso de locaciones de inmuebles con destino de vivienda única (art. 57), hasta tanto se dicte una ley que regule los honorarios que los corredores inmobiliarios pueden cobrar a los contratantes que aún no se ha dictado (art. 11 inc. 2).

Los demandantes reclaman que desde el momento de su vigencia, los corredores inmobiliarios han mayoritariamente incumplido esta norma, en forma sistémica, posibilitado por la omisión de CUCICBA de ejercer el poder de policía sobre los matriculados respecto a esta obligación.

El conflicto se agravó este año cuando CUCICBA dictó la Resolución N° 350/16, en virtud de la cual pretende aplicar el principio de libertad contractual para todas las comisiones que cobran los corredores inmobiliarios, incluidas las que cobran a los inquilinos cocontratantes, y establece un valor supletorio al acuerdo de partes de “entre uno y dos meses de alquiler”. Esta decisión implicó en la práctica dejar sin efecto, el límite de 4,15% establecido por el art. 57 de la Ley 2.340.

Para decidir este cambio CUCICBA fundamentó su decisión en un supuesto cambio normativo que, según entiende, se habría producido con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en particular de los arts. 1255 (precio), 1350 (comisión) y 1351 (intervención de uno o varios corredores) aplicando erróneamente la regulación contractual entre corredores y comitentes, a las relaciones que se generan entre corredores y cocontratantes (inquilinos). El nuevo código incluso tiene una norma precisa, el art. 1355, en donde se determina que las reglas del Código no obstan a la aplicación de las disposiciones de normas especiales, léase en nuestro caso la Ley 2.340.



Foto Jorge Aloy

La otra cuestión en juego es la extralimitación de competencia de CUCICBA, quien al dictar la Res. 350/16, asume facultades que no le habían sido otorgadas por la legislatura, tales como dictar normas de regulación de honorarios, dejar sin efecto leyes dictadas por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y dictar normas de alcance general que pretenden instaurar interpretaciones jurídicas tendientes a resolver supuestas tensiones entre leyes de los Poderes Legislativos.

III

El contexto de la decisión

La resolución es adoptada en un contexto político económico que parece más propicio a la desregulación y empoderamiento de sectores empresariales, pero también en un momento en que se está constituyendo un nuevo actor social que es el Frente Nacional de Inquilinos. No es por casualidad que, unos días después de la orden cautelar, el dirigente y coactor de la acción de amparo Gervasio Muñoz haya recibido una carta documento –a modo de advertencia– por un importante empresario inmobiliario quien lo intimaba a rectificarse respecto de declaraciones en los medios gráficos con relación a este conflicto.

Simultáneamente la decisión es adoptada en un momento recesivo de la economía en el que existe una preocupación creciente por la dificultad de afrontar el costo del pago mensual de alquileres. El conflicto desnuda la débil mejora que significó el nuevo Código Civil Comercial al regular el contrato de loca-

ción de inmuebles para vivienda, tal como lo analizó críticamente Zayat cuando sostiene que “...en la propuesta de Código Civil los pobres han sido invisibilizados, y se sigue pensando en un mercado donde no existen desigualdades de poder entre las parte”³.

³ Zayat, Demian. “Los alquileres en el nuevo Código Civil y Comercial, un serio problema para los más pobres” publicado en el Diario INFOBAE del 4/1/2014 <http://www.infobae.com/2014/01/04/1618615-los-alquileres-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-un-serio-problema-los-mas-pobres/>



IV

La decisión cautelar, sus fundamentos y los mecanismos de control.

El juez decidió conceder la medida cautelar. Para ello refuta el argumento central de CUCICBA en cuanto a su interpretación del nuevo Código Civil. Específicamente el juez entiende -siguiendo a Lorenzetti- que al artículo 1255 del nuevo Código Civil y Comercial “ratifica el rol que cumplen las leyes arancelarias locales, como instrumento de afirmación de la justicia y de la paz social, al reconocer que los jueces deben fijar el precio en atención a las mismas”⁴. En cuanto al artículo 1350 del Código Civil y Comercial de la Nación afirma que *“la actividad del corretaje origina para el corredor el derecho al pago de un*

⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis. Director, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Tomo VI, Arts. 1021 a 1279, Rubinzal – Culzoni Editores, 2015, pág. 779.

precio por la misma, que se denomina comisión, remuneración o retribución. Esta estaba estructurada y consagrada en el artículo 37 del decreto – ley 20.266, incorporado por la ley 25.028, que establecía lo siguiente: ...respecto del monto de la comisión, deberá estarse a los aranceles que en la actualidad existen en la mayoría de las jurisdicciones y que están sometidos a la legislación local...”

Luego de esta interpretación el juez concluye que la Resolución 350/2016 es prima facie contraria no sólo al Código Civil y Comercial de la Nación –el cual deja a salvo lo establecido en la normativa local- sino también a la Ley N° 2.340 la cual de forma inequívoca establece que no es competencia del Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la de la Ciudad de Buenos Aires fijar el monto correspondiente a cobrar en concepto de comisión al inquilino sino esta atribución es de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, que aún no ha sido ejercida.

En cuanto a la competencia del CUCIBA para el dictado de la mentada resolución el juez concluyó que la Ley N° 2.340 no lo facultó expresamente a tal fin sino que, muy por el contrario la legislatura conservo su potestad para fijar los respectivos aranceles.

En una segunda fuente argumentativa el Juez destaca la importancia del derecho a la vivienda en el conflicto planteado. Primero señaló que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en correlación con el inciso 19 del artículo 75, pone en cabeza del Estado el diseño de políticas públicas para facilitar el acceso a una vivienda digna, no pudiendo el Estado pres-

cindir de llevar a cabo una política de desarrollo habitacional. También menciona en el mismo sentido, los instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, los cuales contienen directrices relevantes para la solución del problema planteado, en el sentido de la exigibilidad de los derechos sociales como los que aquí están en juego. Luego menciona las obligaciones de cumplir con el derecho a la vivienda según la formulación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 25), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 26) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. XI) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Art. 11.1).

El juez se funda en la Observación General N° 4 que este derecho “...se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos...” (Apartado 7). Asimismo, refiere que “...un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda, que sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Partes, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto” (apartado 11).

Finalmente concluye su argumentación sobre el derecho a la vivienda apoyándose en el estándar fuerte de protección que consagra el artículo 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que *“reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello, la Ciudad: 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”.

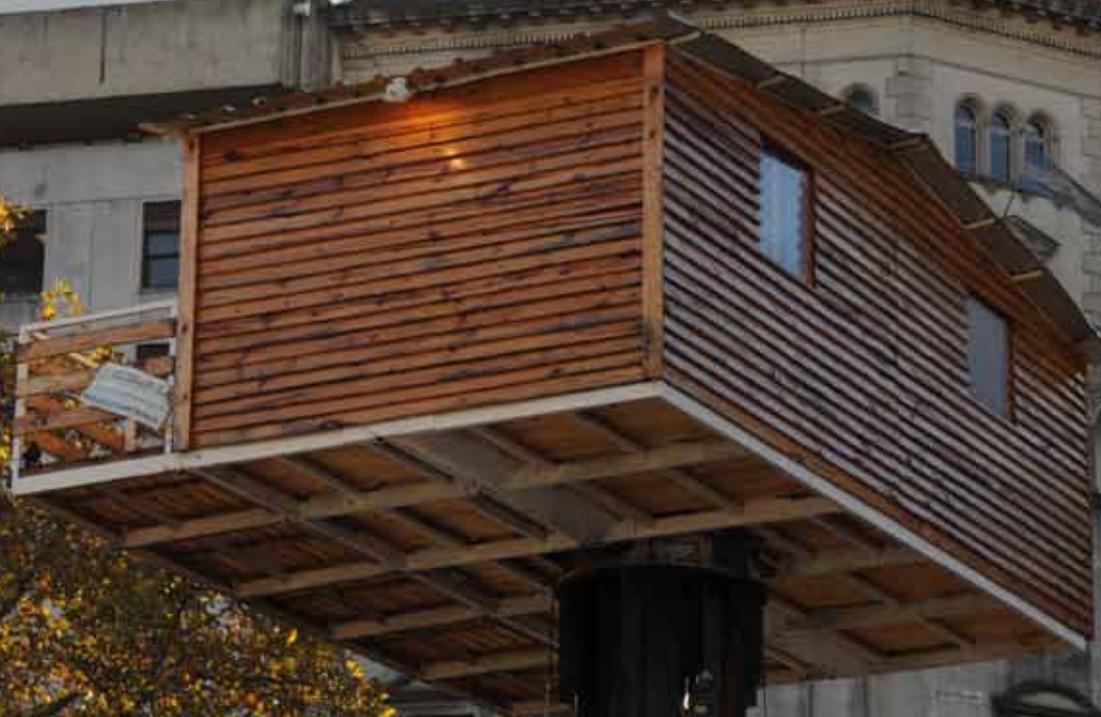
A partir de constatar la falta de control del CUCICBA en hacer cumplir la Ley N°2340 el juez le ordenó iniciar el procedimiento previsto a fin de aplicar las sanciones del artículo 42 de la Ley N°2340. En el caso que la sanción aplicada sea juzgada como irrazonable por la parte actora o por cualquier inquilino afectado, serán éstos quienes deberán iniciar la correspondiente acción individual de impugnación de acto administrativo. Ello, sin perjuicio de las acciones civiles y/o penales a que se crea con derecho el inquilino afectado.

Para vigilar el cumplimiento de la decisión el juez exigió a la demandada cumplir con su mecanismo de control y estableció una multa en el caso que CUCICBA incumpla con dicho control y su potestad disciplinaria. Siguiendo la pauta del art. 30 del Código Contencioso Administrativo y Tributario fijó el monto de pesos veinte mil (\$ 20.000) por cada incumplimiento acreditado en autos.

V

El aspecto colectivo del caso

Una de las cuestiones valiosas de este caso es que durante el trámite en virtud del carácter colectivo, el juez dispuso medidas tendientes a darle la debida publicidad a la acción. Siguiendo los lineamientos que hay había fijados la Corte Suprema de Justicia en los fallos “Municipalidad de Berazategui c/Cablevisión S.A.”(Fallos 315:1492), “Padec c/Swiss Medical S.A. s/nulidad de cláusulas contractuales” (sentencia del 21de agosto de 2013) y “Halabi” (Fallos 332:111) y por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA en los autos “Teso, Oscar Emilio y otros c/GCBA y otros/otros procesos incidentales” (sentencia del 11/09/2014). Ello motivó la presentación de diez corredores inmobiliarios y ocho inquilinos que aclararon que su pretensión se acoplaba al de los originales amparistas en su reclamo colectivo, y que no pretendían discutir su casos individuales. Al adoptar la medida cautelar el juez ordenó darle una amplia difusión mediante la publicación en el boletín oficial y la publicación por edictos por tres días en los diarios de mayor circulación de la ciudad: Clarín, La Nación y Página 12.



**PARA ESTA CASA
SOBRAN
CANDIDATOS**

UNTECHOPRAMIPAL.ORG/ARGENTINA

VI

Comentarios y conclusiones

Si bien es prematuro opinar sobre el impacto de un caso que aún no tiene sentencia de primera instancia la resolución que adopta la medida cautelar y establece el mecanismo de control es bastante sustanciosa en cuanto aborda la relación entre el derecho civil y derecho público, la competencia de una persona de derecho público no estatal e interpreta las regulaciones del Código Civil desde un paradigma de derecho privado constitucionalizado.

La decisión judicial de primera instancia es una primera aproximación al conflicto del sector alquileres respecto del mercado de la vivienda. La medida visibiliza un conflicto que hasta ahora no estaba planteado como público colectivo, sino como individual. A partir de ahora otras cuestiones relativas a la relación

de inquilinos e inmobiliarias también podrán ser discutidas en la justicia y en los poderes legislativos nacionales y locales.

La decisión refuerza la competencia de la legislación local para limitar la libertad contractual. Este principio resulta clave no solo para resolver esta tensión entre inquilinos e inmobiliarias, sino para todo un amplio campo de regulaciones que podrían desarrollar los gobiernos municipales y provinciales, en el ámbito de su competencia para regular la actividad del mercado inmobiliario no solo en los contratos de alquiler sino también de compraventa. En este sentido compartimos las propuestas tanto de Habitar Argentina⁵ como las propuestas por Petrelli⁶ en cuanto a la necesidad de impulsar la adopción de instrumentos locales para crear una regulación más protectoria de los inquilinos y que permitan intervenir sobre alquileres locales para garantizar el garantizar el derecho a la ciudad y consecuentemente disminuirlas las desigualdades sociales y urbanas en la ciudad.

5 HABITAR ARGENTINA es un espacio conformado por organizaciones, instituciones académicas, movimientos sociales y legisladores, que están trabajando con el objetivo de generar un marco normativo que garantice el derecho a la vivienda, la tierra y al hábitat para todos. El espacio nace a partir de la confluencia de iniciativas de distintos sectores que venían trabajando la temática y que a partir del año 2009 fueron realizando encuentros y reuniones tanto en la Cámara de Senadores y Diputados, como en diferentes lugares del país, analizando las problemáticas alrededor de la temática del suelo, el hábitat, la vivienda, el ordenamiento territorial y urbano con el objetivo generar acuerdos y presentar propuestas superadoras. Desde allí hay una comisión de trabajo que está elaborando un proyecto de ley con el fin de mejorar regular el mercado de alquiler para vivienda equilibrando la relación dispar que sufren los inquilinos. <http://habitarargentina.blogspot.com.ar>

6 Petrelli, Hernan. Instrumentos jurídicos para una política pública local sobre alquileres. Publicado en <http://abogadosporelderechourbano.org/wp-content/uploads/2015/11/Instrumentos-locales-para-alquileres.pdf>

La decisión judicial también refuerza la aplicación de la ley de defensa del consumidor en algunos aspectos de la relación comercial del mercado inmobiliario, al traer a colación las sanciones previstas por la ley 3588 cuando establece que *“sin perjuicio de las facultades conferidas por ley al CUCICBA, las infracciones a la presente ley son pasibles de las sanciones previstas por las leyes nacionales 22.802 y 24240, según el caso a través del procedimiento establecido por la Ley N° 757”*. En este sentido resulta auspicioso una ampliación del espectro visible de la ley que protege a los consumidores sobre este campo de relaciones jurídicas tan íntimamente vinculado a la satisfacción de condiciones mínimas de vida adecuada.

El enfoque de derechos humanos y especialmente la argumentación con base a estándares específicos del derecho a la vivienda adecuada, es otro acierto de la decisión judicial. La impronta que los artículos iniciales del Código Civil y Comercial parecen establecer a partir de sus primeros dos artículos, en cuanto a la interpretación conforme los tratados de derechos humanos, es fuerte en los primeros dos libros, pero va perdiendo fuerza en la regulación de los Contratos y de los derechos reales.

En el ámbito jurídico deberíamos ser más conscientes –como ya lo son los economistas– de que el código civil es una de las principales formas de regular las relaciones de distribución de poder económico entre los particulares ya sea asignándole o quitándole valor jurídico o a sus diferentes tipos de relaciones. Si bien los principios de autonomía de la voluntad y propiedad individual parecen delegar todo el poder a los particula-

res, en nuestro modelo constitucional se destaca el importante papel que cumple el Estado interviniendo en la distribución de bienes. Desde un sentido clásico ya el derecho de familia, en sí, pone límites a esta libertad de intercambio, para preservar determinados intereses que la sociedad considera valiosos. El enfoque cambia cuando se pretende establecer estos mismos principios en el derecho contractual y en los derechos reales, los cuales parecen inmunizados frente a este orden público. Si realmente pretendemos considerar a las personas de forma individual o colectiva que pertenecen a las clases populares, el Código no debería ser un obstáculo para las políticas de intervención del Estado que pretenden intervenir en la distribución de los bienes para defender a las personas más vulnerables en las relaciones contractuales.

Siendo coherentes con el art. 2 del nuevo Código Civil y Comercial, en cuanto a que este debe ser interpretado teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, que una de las tareas interpretativas que se imponen, por ejemplo, es cotejar si una medida regulatoria se adecua al artículo 34 de la Carta de la OEA, en tanto establece que: *Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas:(...) b) Distribución equitativa del ingreso nacio-*

nal; (...) f) Estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social; (...) k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población; l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna, entre otros”.

Por otra parte, una línea argumentativa que suele soslayarse, en la relación entre derecho público y derecho privado, es el efecto horizontal de los derechos sociales en las relaciones privadas. Los derechos económicos sociales y culturales como parte de los derechos humanos contenidos en la constitución, alcanzan no sólo a las relaciones de derecho público: Estado – Ciudadanos, sino también a las relaciones privadas entre ciudadanos. La doctrina se ha referido así al efecto horizontal de los derechos fundamentales. Es decir, los derechos fundamentales no sólo son derechos de las personas frente al Estado para que este los respete, proteja, garantice y promueva, sino también como límite a la actuación de particulares en sus relaciones privadas⁷.

El derecho civil recibió, desde principios de siglo XX, muchos cuestionamientos en cuanto a su incapacidad para reconocer las desigualdades sociales existentes, protegiendo con sus principios generales las relaciones económicas y de clase, y consecuentemente, perpetuando esas desigualdades. Ante las dificultades de su reforma, se impulsaron procesos de descodificación, a través de la aprobación de estatutos especiales que

⁷ La tesis de la *Drittwirkung* fue elaborada por el jurista NIPPERDEY: *Grundrechte und Privatrecht*, Múnaco, 1961 y aceptada por el Tribunal Federal de Trabajo de la República Federal Alemana en 1954. En la doctrina alemana, HESSE: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, trad. e introduc. de Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, 1995.

sustraían materias completas de código. Véanse los ejemplos ya clásicos: la regulación del derecho del trabajo, disminuyendo el alcance del contrato de locación de servicio, los códigos rurales para reglar las relaciones contractuales y la propiedad rural en los países que hicieron reformas agrarias, la regulación de los derechos del consumidor, excluyendo las operaciones realizadas por estos sujetos de la regulación del contrato de compraventa de bienes de consumo, o las leyes de locaciones urbanas, como la nuestra. Pero esa crisis del derecho civil parece revertirse a partir de la Constitución española de 1978, con la constitucionalización del derecho privado. Lo cierto es que las relaciones entre el derecho civil y los derechos sociales, desde sus inicios, siempre ha sido tensa, pues en la práctica los derechos sociales operan como limitaciones a los principios clásicos de libertad contractual y derecho a la propiedad absoluta. En nuestra historia jurisprudencial tenemos valiosos ejemplos muy conocidos de limitaciones a la libertad contractual en los contratos de alquiler que se impusieron en Argentina desde 1921 y que fueron avalados por la CSJN, entendiendo que el derecho a la propiedad, como todos los derechos podría ser limitado teniendo en miras el interés social, podemos recordar los casos “Ercolano c. Lanteri de Renshaw (Fallos T. CXXXVI, pág. 161); “Manuel F. Cornü c. José Ronco” del 17 de octubre de 1924; Oscar Agustín Avico c. Saúl G. de la Pesa del 7 de diciembre de 1934 y Gobierno Nacional c. Carlos Saberna” del 23 de febrero de 1945.

En este sentido cuanto más se quiera reducir la mercantilización de los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades sociales (vivienda, alimentos, medios de pro-

ducción, salud) ello redundará en una limitación a la libertad contractual y a los poderes de los propietarios, claro está que se deberá evitar trabar el funcionamiento del mercado de comercialización de estos bienes, imponiendo restricciones compatibles con su existencia.

Por ello desde esta opinión saludamos y auspiciamos el abordaje igualitario dado por esta primera decisión judicial respecto al conflicto suscitado entre inquilinos e inmobiliarias. Ello porque nos preguntamos: si el derecho y el poder judicial no brinda soluciones a los problemas cotidianos de la gente en torno a la garantía de sus derechos fundamentales ¿Para qué otro fin válido constitucional, público y legítimo democráticamente podría servir?

Ver Cautelar

http://www.adaciudad.org.ar/docs/Cautelar_CUCICBA.pdf

V

Entrevista

Los textos –cualquiera sea su naturaleza suelen funcionar como intermediarios entre el lector y un mundo plagado de símbolos. Pero en ciertas ocasiones, esos textos también recubren, como un velo, el sujeto que estuvo –y está detrás: el autor. Ya lo dijo Barthes: la escritura es la destrucción de toda voz, de todo origen. En esta sección nos proponemos revertir el –fatal pronóstico del francés. Quienes escriben con la deliberada intención de intervenir en un mundo cada vez más complejo, lo hacen desde un lugar y, sobre todo, con una historia. Esa historia es la que queremos develar: quiénes son los que escriben aquello que leemos y que, directa o indirectamente, transforman nuestro mundo, qué piensan, por qué y cómo trazaron los caminos que los llevó hasta ese lugar de –inusual y por momentos invisible autoridad: la escritura performativa del derecho.



[Volver al índice](#)

Innovaciones democráticas en América Latina. Una historia, un proyecto, muchas ideas nuevas.

Entrevista a Thamy Pogrebinski

Por Mariano Valentini.

Abogado y magíster en derecho internacional de los derechos humanos de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente vive en Berlín mientras cursa un máster en políticas públicas en la Hertie School of Governance y trabaja como asistente investigador del proyecto LATINNO con sede en el Centro de Ciencias Sociales de Berlín (WZB).



LATINNO

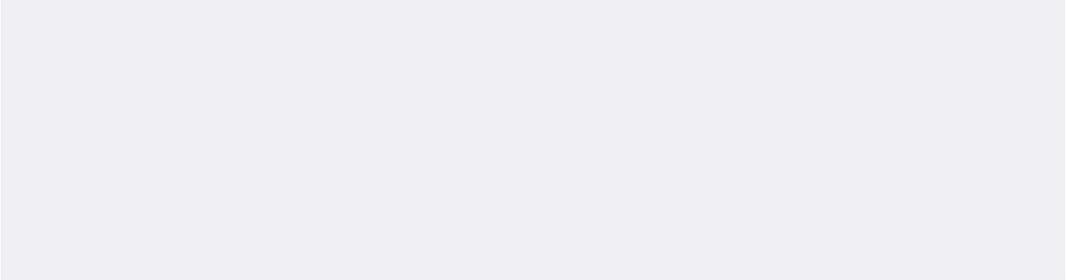
LATINNO será la primera base de datos completa y sistemática sobre las nuevas formas de participación ciudadana desarrolladas en América Latina.

La base recolecta datos sobre la evolución de las innovaciones democráticas en 20 países de América Latina entre 1990 and 2015. Los datos se codifican para 42 variables relacionadas con el contexto, el diseño institucional y el impacto de cada innovación. Junto con los datos cuantitativos, se adjunta y evalúa información cualitativa de cada uno de los casos.

Los países cubiertos por LATINNO son: Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, y Venezuela.

En Octubre 2016 se cargarán a la base los datos de los primeros países relevados.

En Febrero 2017 se llevará a cabo el lanzamiento oficial de la base de datos completa y se realizará el Taller Internacional de LATINNO



Nuestra entrevistada, Thamy Pogrebinschi, es actualmente una de las investigadoras más prolíferas en temas de teoría de la democracia y participación ciudadana en América Latina. Nacida en Río de Janeiro, hoy en día Pogrebinschi es investigadora *senior* del Centro de Ciencias Sociales de Berlín (“WZB” por sus siglas en alemán), miembro de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Humboldt y profesora asociada de ciencias políticas en el Instituto de Estudios Políticos y Sociales de Río de Janeiro (IESP-UERJ).

En el 2000 nuestra entrevistada accedió al título de abogada de la Universidad Católica de Río de Janeiro (PUC-Rio) donde también se tituló de Magister en Derecho Constitucional en 2002. Ese mismo año, Thamy se graduó de Magister en Ciencias Políticas y en 2007 obtuvo su doctorado en el mismo cam-

po del conocimiento, ambos en el Instituto de Investigación de la Universidad de Río de Janeiro (IUPERJ).

Su tema central de investigación es la transformación de las democracias en América Latina y en particular, el impacto de las innovaciones democráticas en la calidad de la democracia. Está particularmente interesada en identificar cómo aquello que entiende por nuevos medios de participación ciudadana -la deliberación, la democracia digital, la representación ciudadana y la democracia directa-, contribuyen (o no) a incrementar las diferentes dimensiones de la calidad democrática. Calidad que mide a partir de la capacidad gubernamental de dar respuesta a las demandas ciudadanas, la rendición pública de cuentas, la equidad social, la inclusión política y el Estado de Derecho. Siempre, tomando América Latina como centro de su trabajo empírico.

En 2009 nuestra entrevistada comenzó a adquirir reconocimiento internacional al desarrollar la idea de “democracia pragmática”. La expansión e incorporación de formas experimentales de gobierno en diversas democracias latinoamericanas -advier- te- no buscan desestabilizar las instituciones representativas, ni sustituirlas por instituciones alternativas; participativas o deliberativas. Por el contrario, este cambio pragmático en las democracias de América Latina busca corregir fallas propias de dichas instituciones representativas, como así también, materializar ciertas condiciones sociales que resultan inalcanzables a través de la democracia representativa clásica.

A la fecha, Thamy ha dado clases en ocho universidades de Brasil y Alemania, ha escrito 8 libros y ha participado en alrededor de 20 obras colectivas, ha publicado 24 artículos científicos y ha disertado en más de 100 conferencias. Asimismo, ha sido parte de 18 proyectos de investigación científica cumpliendo distintos roles.

“LATINNO” *-Innovaciones para la democracia en América Latina-* es su proyecto de investigación más ambicioso. Actualmente en curso y con sede en el Centro de Ciencias Sociales de Berlín (WZB), éste cuenta con la colaboración permanente de 11 asistentes de investigación que trabajan bajo su coordinación. “LATINNO” aspira así a ser la primera base de datos completa y sistemática sobre las nuevas formas de participación ciudadana *-innovaciones democráticas-* que surgieron en 20 países de América Latina a partir de 1990.

Si bien el proyecto apenas ha comenzado hacia finales del 2014, la evidencia acumulada a la fecha le permite a su directora arribar a ciertas conclusiones preliminares sumamente interesantes, muchas de ellas vinculadas a su idea de “democracia pragmática”.

En la presente entrevista buscaremos conocer un poco más acerca de los orígenes y la trayectoria académica de Thamy Pogrebinschi, como así también de sus convicciones acerca de la democracia, los derechos sociales y la igualdad. Además, le preguntaremos acerca del proyecto “LATINNO” y las primeras conclusiones que éste ha comenzado a iluminar.

Te recibiste de abogada, hiciste un Máster en Derecho Constitucional y luego te especializaste en Ciencias Políticas. ¿Cómo se dio ese transitar académico que fue despertando tus inquietudes científicas principales?

Derecho vino antes que todo, de una forma muy curiosa. Cuando era muy, muy joven me gustaba muchísimo leer. Leía todo. Tanto, que un día entré a la librería y en la sección general no me quedaban más libros que comprar. Entonces, en la sección jurídica encontré “La teoría pura del Derecho” de Kelsen. En esos tiempos tenía 15 años. Lo compré, lo leí y no comprendí nada. Pero me pareció muy interesante y desde ese día decidí estudiar Derecho.

Mi padre estaba en contra. Él quería que estudiase comunicación o periodismo, porque desde pequeña escribía. Me gustaba mucho escribir *sketches* teatrales e historias pequeñas. Por eso, mi papá me veía como periodista o escritora, y para eso quería que estudiase comunicación. Fue una lucha, pero al final lo convencí y comencé a estudiar Derecho en la Universidad Católica de Río de Janeiro.

Sin embargo, ya en el primer semestre de la carrera, tuve una clase de introducción a la política donde estudié los clásicos, Hobbes, Rousseau, etc., y eso me fascinó. Pensé en cambiarme de carrera, pero no lo hice porque al poco tiempo me incorporé a un grupo de investigación de la Facultad que se concentraba en temas de filosofía política, derechos humanos, etc. Era un

grupo de once estudiantes que investigaban en el marco de una beca del gobierno.

La Facultad, asimismo, contaba con una Maestría en Derecho Constitucional. Cuando estaba en el anteúltimo año de la carrera empecé a hacer unas clases de la maestría porque los profesores que conocí a través de las investigaciones me invitaron, y para el último año de Derecho tenía tomada la mayoría de las clases. Yo en ese entonces, ya quería comenzar a estudiar Ciencias Políticas, pero sólo me restaba escribir la tesis. Así fue que comencé una Maestría en Ciencias Políticas al mismo tiempo que escribía la tesis de Derecho Constitucional. Ésta en verdad fue sobre Ciencias Políticas, dado que trabajé sobre Hobbes y el problema de la obediencia política y el derecho de resistencia.

Y así fue que, después de eso, ya me quedé dentro del campo de las Ciencias Políticas. Por un tiempo seguí dando clases de Derecho en la Escuela de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas. Enseñaba Teoría del Derecho y Teoría de la Justicia. También fui profesora en la Escuela de Derecho de la Universidad de Río de Janeiro. Pero en un momento me volqué definitivamente a las Ciencias Políticas y no volví más.

[¿Cómo y cuándo comenzaste a definir tu campo de investigación?](#)

Con el grupo de investigación que integraba como estudiante de Derecho, nos enfocábamos mucha en la filosofía política. Estudiábamos mucho Rawls, Habermas, derechos fundamentales, etc. Entonces, algunas de las primeras cosas que escribí

fueron jurídicas, por ejemplo, sobre la dignidad de la persona humana. La preocupación por los derechos humanos fue el puntapié inicial. De hecho, trabajé como pasante con temas de derechos humanos. Ese fue mi primer aporte.

Después, un poco volví al estudio del marxismo y la cuestión de la emancipación. Mi doctorado fue sobre Marx. La cuestión de la democracia, la verdad, siempre estuvo presente. También durante la maestría, en mi investigación sobre Hobbes y la cuestión de la obediencia abordé el tema de los límites del poder.

Específicamente con Marx, quería comprender una dimensión de la democracia que, claramente, no era la liberal. Y así empecé a estudiar la cuestión de los límites de la representación política, los límites del poder y sobre todo, la relación del Estado con la sociedad civil. Ésta, de algún modo, estaba ya presente en mis primeras inquietudes sobre temas de derechos humanos. Así, primero con Marx, comencé a estudiar muy teóricamente la democracia como una relación entre Estado y sociedad civil: los límites de la representación y las posibilidades de la participación. De esta forma fue como llegué a mi tema de investigación.

Primero mi trabajo fue teórico, pero después del doctorado empecé a hacer investigaciones más empíricas sobre la cuestión de la participación en Brasil.

¿Una vez que terminaste tu doctorado, trabajaste unos años en Brasil y después te trasladaste a investigar a Alemania?
¿A qué se debió esa elección?

Sí, una vez que termine mi doctorado trabaje unos años como profesora, comencé las investigaciones sobre participación en Brasil e hice dos proyectos que fueron muy importantes para mi carrera. Uno para la Justicia y otro para la Presidencia de la República, sobre el impacto de la participación a nivel nacional.

No obstante, quería hacer un postdoctorado. Yo ya había vivido un año en Estados Unidos durante una instancia de investigación doctoral que tuvo lugar en la New School de Nueva York. Sin embargo, no quería volver a Norteamérica, deseaba muchísimo venir a Alemania porque mi doctorado fue sobre Marx y me interesaba el medio académico aquí. Entonces elegí primero el país y después el lugar específico para continuar mi trabajo. Sabía que acá en el Centro de Ciencias Sociales de Berlín estudiaban el tema de la democracia y vine con una beca postdoctoral de la Fundación “Alexander von Humboldt”.

Primero por un año, para luego volver a Brasil donde era profesora. Después ya me quedé y aquí comencé a estudiar América Latina más como un todo. En Brasil, mis investigaciones empíricas sobre participación tenían únicamente alcance nacional. Allí estude, por ejemplo, las Conferencias Nacionales. Aquí en Alemania, uno está más lejos y quizá por eso, se queda más cerca de sus orígenes al momento investigar. En efecto, aquí empecé a expandir los alcances de mi trabajo y pasé de estu-

diar la participación únicamente Brasil, a enfocarme en toda en América Latina.

¿Cómo nace el proyecto LATINNO y a quien está destinado?

Cuando estudiaba participación en Brasil quería conocer más e impulsar nuevas investigaciones acerca de qué pasaba en América Latina, porque presumía que había otras formas novedosas de participación fuera de mi país. Mi idea central a partir de la observación, era que la democracia en América Latina no era como la democracia liberal que se desarrolló en Europa Occidental principalmente.

Siempre me pareció que en América Latina había muchas manifestaciones de participación, de democracia directa. Distintas todas ellas al sistema representativo que, la verdad, fue siempre muy criticado y que se desarrolló a su propia manera. La interacción de todo esto, desde mi punto de vista, era muy clara. En Brasil, durante el gobierno de Lula, era evidente. La participación se institucionalizó un poco en el propio sistema de instituciones representativas. Por lo tanto, yo quería comprender mejor este fenómeno en toda América Latina. Así fue como empecé a investigar otros países y advertí que, en efecto, había innovaciones democráticas aquí y allá.

Antes de comenzar mis investigaciones empíricas, ya tenía mi propio enfoque teórico de la democracia que había comenzado a desarrollar en 2009 y que, desde un principio, estuvo vinculado a la idea de un “giro pragmático” propio de las democracias latinoamericanas.

Esta noción de “democracia pragmática” piensa a la democracia como un fenómeno dialéctico entre participación, representación y deliberación. Se enfoca en cómo estas tres dimensiones se relacionan y cómo las instituciones tienen la característica de adaptarse al contexto, lo cual es una característica del pragmatismo. Es a partir de estas ideas que empecé a concebir la noción de “democracia pragmática”, que en un principio era algo exclusivamente teórico. Yo suponía que esta idea aplicaba a gran parte de América Latina, por eso después, decidí indagar empíricamente. Primero escribí “El giro pragmático de la democracia en América Latina”, un artículo científico en el que relevaba algunos ejemplos. Después decidí investigar cómo se desarrolla este fenómeno. En particular, cómo evolucionan estos movimientos en otros países de América Latina. Cómo se desarrolla la participación, la deliberación, la representación y la relación entre ellos.

Tenía también la impresión que la democracia en América Latina no era y no iba a ser nunca como las democracias liberales de Europa Occidental. Quería conocer desde el punto de vista institucional esta interacción entre los distintos medios de participación. Conocía pocos ejemplos a partir de las investigaciones de otros científicos. De esta forma, empecé junto con una asistente de investigación a buscar casos de innovaciones democráticas en distintos países latinoamericanos. Después se sumó otra asistente y así se fue agrandando la base hasta alcanzar los 300 casos y ahí me dije, esto funciona. Hay muchos más casos fuera de Brasil.

A partir de esta convicción decidí intentar un proyecto más grande para poder relevar más innovaciones. Junto con mis doctorandos proseguimos el trabajo hasta desarrollar un primer banco de datos. Al mismo tiempo, las categorías que releva el proyecto se fueron agrandando, dado que en un principio tenía interés en pensar la combinación de los medios y los fines de las innovaciones democráticas. Más no solo eso, sino que quería también testear nuevas hipótesis. Por ejemplo, si la participación en América Latina era un producto exclusivo de los partidos políticos de izquierda o no. También quería corroborar cuestiones más teóricas sobre la participación y la deliberación. A saber, si es posible la participación a gran escala, como ser a nivel nacional. Tenía muchas inquietudes teóricas y quería testearlas empíricamente. En definitiva, el proyecto continuó creciendo hasta que un día pensamos en darle nombre propio al banco de datos y lo llamamos “LATINNO”, por “*Latinamerican Innovations*”. Luego de ello, el proyecto continuó ampliándose. Mucha gente comenzó a interesarse en él y a querer colaborar y yo busqué financiamiento para poder seguir avanzando. Actualmente, la base tiene alrededor de 1550 casos relevados.

La idea es que el proyecto le sirva a la comunidad científica y académica, dado que es el ámbito en el que me desempeño. Pero más allá de eso, “LATINNO” debería ser un instrumento útil para los gobiernos, las organizaciones de la sociedad civil, las organizaciones internacionales que apoyan proyectos de la sociedad civil en América Latina, y claramente, para los ciudadanos. Por tal motivo, estamos desarrollado la página web del proyecto. La intención es que los gobiernos de América Latina, en

sus distintos niveles, puedan tener información comparativa y de impacto para adaptar innovaciones democráticas a sus propios territorios. El objetivo es que haya más información sobre estos temas, porque usualmente lo que se conoce fuera de la región es la experiencia de presupuestos participativos en Brasil.

¿Y de las hipótesis iniciales que tenías, si bien el proyecto está en desarrollo, pudiste ya confrontar algunas?

Sí, algunas sí, pero es importante remarcar que el proyecto está en curso y que por lo tanto, todos los resultados son provisorios. Hoy en día, tenemos cinco países ya relevados (Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador y Venezuela) y otros cuatro sumamente avanzados (Argentina, Bolivia, Perú y México). A partir de estos nueve países podemos decir, por ejemplo, que la cuestión de los partidos de izquierda en la participación ciudadana no es algo tan determinante. Yo pensaba que el rol del giro a la izquierda en la región era concluyente. Que la mayoría de los casos que íbamos a encontrar eran innovaciones gestadas al calor de los gobiernos de izquierda, pero la verdad que no. Sólo un poco más de la mitad de ellas son desarrolladas por gobiernos de centro-izquierda e izquierda, lo que significa que el resto de las innovaciones son producto de gobiernos de centro, centro-derecha y derecha.

Eso fue una sorpresa. La verdad que yo no lo esperaba. Al principio ese resultado me decepcionó un poco, pero ahora me gusta mucho, porque habla y dice algo importante sobre la democracia: las innovaciones democráticas no son exclusivamen-

te un producto de los gobiernos de izquierda sino que son un producto de la democracia en América Latina. Se confirma así que estas innovaciones son formas de la democracia, comunes y significativas en América Latina, que no dependen de la ideología política ni del gobierno de turno. Los gobiernos de izquierda pueden implementar estas innovaciones en mayor medida, pero ellas no dependen exclusivamente de tales gobiernos, sino que son algo que tienen más que ver con la democracia que con la izquierda.

Por otra parte, el proyecto permite confirmar preliminarmente, una de las principales hipótesis de la idea del giro pragmático de la democracia. Esto es, que las innovaciones democráticas surgen en América Latina para responder, por un lado, a los déficits democráticos, pero también para responder a cuestiones sociales, tales como la desigualdad social y la pobreza.

Yo tenía la hipótesis que las innovaciones participativas buscaban implementar políticas sociales y esto se confirma. De hecho, la mitad de los casos relevados tienen como fin promover la igualdad social y/o la inclusión política. La promoción de políticas sociales es el objetivo mayoritario de las innovaciones relevadas. Relevamos muchísimas cuestiones de minorías, pero también muchas otras de derechos básicos, tales como salud, educación, vivienda, etc.

Esta es una observación preliminar que confirma la hipótesis inicial de que las innovaciones participativas son un mecanismo que los gobiernos en América Latina, también aquellos gobier-

nos de (centro) derecha, utilizan para llevar adelante políticas sociales. A veces es muy difícil construir mayorías parlamentarias para desarrollar políticas sociales y, posiblemente, estos mecanismos más participativos sean un camino.

A su vez, vinculado al tema de derechos fundamentales, se puede ver que más del 30% de las innovaciones tienen como finalidad la inclusión política. Tenemos relevadas muchas cuestiones de derechos de grupos minoritarios. Las innovaciones promueven el acceso a derechos, no solo políticos, sino también derechos sociales y culturales.

Cuestiones de reconocimiento de grupos están también muy vinculadas a las innovaciones participativas y éstas, a veces, son un medio para llegar a la ratificación de sus derechos. Hay casos en que la participación posibilitó la inclusión de nuevos derechos en la Constitución del Estado. Esto en Brasil sucedió bastante. Los derechos de la juventud son un ejemplo. Grupos sin poder tuvieron voz y pudieron luchar por sus derechos.

[¿El Estado institucionaliza esas innovaciones? ¿Qué pasa en esos casos, las innovaciones se transforman?](#)

En muchos casos sí, el Estado institucionaliza las innovaciones democráticas, pero no siempre. Luego, lo que sucede a partir de dicha institucionalización depende de la innovación y del país. La mayoría de los casos de innovaciones democráticas en América Latina son implementados por el gobierno. Pero no significa que la iniciativa originalmente no haya sido de la sociedad civil. Muchas veces lo es y después el gobierno la implementa.

Lo que muestran los datos es que los niveles de institucionalización son muy elevados. A la fecha, alrededor del 50% las innovaciones relevadas tienen un marco legal. Esta alta proporción evidencia mucha institucionalización.

Sin embargo, la efectividad de las innovaciones no depende de si están institucionalizadas o no. Hay casos en que de hecho no lo están pero aun así tienen impacto. Hasta ahora, con los datos que tenemos, no se puede afirmar que haya una relación directa entre institucionalización y efectividad de las innovaciones democráticas. Por lo tanto, lo que sucede después de que éstas son institucionalizadas depende del caso en particular: algunas cambian, algunas se interrumpen, otras continúan. Eso me impresiona un poco. Veo un cambio en cómo se toman decisiones. La democracia ahora, es más permeable a los mecanismos de participación.

Uno de los medios que está viabilizando innovaciones democráticas en América Latina es la Democracia Digital, conocida también como E-Democracy. ¿Cómo crees que estas nuevas herramientas digitales están incidiendo en los procesos democráticos actuales y qué prevés para el futuro próximo?

La Democracia Digital es el futuro de las innovaciones democráticas. No es que las otras innovaciones, predominantemente deliberativas, de representación ciudadana y/o de democracia directa vayan a desaparecer, sino que se van a adaptar a las nuevas tecnologías. Hoy se observa una tendencia de deliberación en medio digitales y se puede ver cómo, distintas formas

de consultas democráticas directas se operacionalizan a través de medios digitales. También se han ido adaptando innovaciones más afines a la representación ciudadana.

Desde mi punto de vista la Democracia Digital es el futuro, no hay como evitarlo. Habrá una adaptación de los otros medios a este; es la tendencia más fuerte en América Latina hoy en día. Es increíble ver cómo se crean mecanismos de participación *online* todos los días. Es algo muy fácil y práctico. La sociedad civil puede hacerlo muy rápidamente. Los gobiernos también están invirtiendo en este campo. Muchos ya están trabajando con laboratorios digitales específicos, con *hackerlabs*, por ejemplo. Esto es también una tendencia.

En América Latina, ya hay muchas ciudades que justamente buscan utilizar los medios digitales para promover mecanismos más participativos, para establecer relaciones más directas con los ciudadanos. Es un camino que, creo, va a fortalecer las iniciativas de la sociedad civil, porque es algo menos costoso que se puede desarrollarlo con bajos recursos. Al mismo tiempo, hay fundaciones en la región que están apoyando fuertemente iniciativas tales como, incubadoras de medios digitales para innovaciones sociales y políticas participativas. Fundación Avina, por ejemplo, es una de ellas. Por todo esto creo que cada vez va a haber más y más Democracia Digital.

Ahora, también es cierto que caben muchas preguntas acerca de cuándo una innovación digital es efectivamente participativa. Hay mecanismos que sólo requieren presionar un botón,

y ahí surge la duda de si eso es verdaderamente participación ¿Cómo calificar la naturaleza de la participación *online* que a veces es meramente *clickear* entre dos opciones simples? Esto está lejos de otros mecanismos más clásicos, como pueden ser algunos procesos de presupuesto participativo donde se discute varios días con la gente presente en el lugar. Efectivamente, ciertos medios digitales proponen formas más sencillas, pero son también participación.

Por otra parte, algunos mecanismos digitales posibilitan una participación más efectiva de las personas, e incluso deliberación. Existen plataformas que permiten discusiones de proyectos de ley y que, por lo tanto, se vinculan más a instancias deliberativas. Finalmente, hay otras herramientas *online* que son predominantemente informativas. Es decir, “para” el ciudadano, pero no “con” el ciudadano o “a través” del ciudadano. Un ejemplo de esto es la plataforma “Gobierno Abierto” o “Gobierno Electrónico”, que intenta facilitar la vida de los ciudadanos a través de los medios digitales. Incluso algunas aplicaciones que pretenden ser participativas, en el sentido de estrechar los vínculos entre gobernantes y ciudadanos, muchas veces sólo habilitan a optar entre pocas opciones. Son instancias participativas de consultas simples, o de tipo informativas. Permiten dar opinión, pero no promueven un involucramiento efectivo del ciudadano.

La Democracia Digital también presenta otros problemas. Por ejemplo, en el caso de las votaciones *online* ¿Cómo se acredita la identidad de los participantes? No obstante, creo que esas difi-

cultades con el tiempo se van a ir resolviendo. Ya existen nuevos softwares que van dando solución a estos inconvenientes.

Otra cuestión que me gusta mucho de la Democracia Digital son los mecanismos de administración de políticas urbanas, donde los medios digitales son muy importantes. Se puede ver cómo las herramientas *online* permiten que los ciudadanos interactúen con los gobiernos locales, por ejemplo, denunciando problemas en las calles o con los servicios públicos. Desde mi punto de vista, esto es muy interesante porque los gobiernos no pueden saber todo el tiempo todo lo que pasa.

Encuentro muy interesante que los ciudadanos, con sus *smartphones* y a través de una *app*, puedan denunciar de manera inmediata un problema urbano. Lo mismo sucede con la criminalidad. Esto es algo que me fascina muchísimo, porque posibilita una nueva visión de comunidad que encuentro importante para la democracia. Los ciudadanos se sienten responsables y también pueden participar. A su vez, estos mecanismos permiten a los ciudadanos monitorear cómo avanzan sus reclamos. Un ejemplo de ello lo brinda la herramienta “Por mi barrio” que se desarrolló en Uruguay. A mi entender, el monitoreo es una dimensión muy importante del *E-democracy*. Por todo lo dicho, soy muy optimista con la el avance de la Democracia Digital.

¿Y cómo incide la denominada “brecha digital”? ¿No crees que ésta afecta negativamente la participación de los sectores marginados?

En principio, si tenemos en cuenta los altos niveles de marginalidad social presentes en América Latina, se podría asumir que sí habría una exclusión muy marcada de quienes efectivamente pueden participar a través de la Democracia Digital. Pero no sé si esto es verdaderamente así. De hecho, un estudio que hizo el Banco Mundial en Bolivia demuestra cómo, en comunidades muy pobres, los *smartphones* permiten que las personas participen más activamente y superen ciertas barreras sociales. Por lo tanto, desde la teoría parece ser muy claro que la exclusión social impide la participación *online*. Sin embargo, existen elementos para pensar que hoy en América Latina, a veces las personas priorizan el acceso a los *smartphones* por sobre otros consumos, dado que son relativamente accesibles. Por ello, la verdad es que la presunción inicial puede funcionar de manera contraria. Las herramientas digitales pueden ayudar a que las personas que antes no participaban por pertenecer a sectores marginados, ahora participen y sean incluidas. Pero en última instancia, será una cuestión empírica saber cómo se da éste fenómeno en cada país.

En lo personal, creo que todo cambió con los *smartphones*. Aún con internet la exclusión digital era muy marcada. Hoy en día, hay países con más *smartphones* que habitantes. Puede ser que éstos estén concentrados al igual que la riqueza, claro. Pero en principio, aun cuando la brecha digital puede afectar la

participación, también puede ser que la Democracia Digital sea beneficiosa para los sectores excluidos.

¿Cómo ves el presente y el futuro de los partidos políticos en América Latina frente al avance de las innovaciones democráticas? ¿Crees que seguirán siendo un eslabón primordial de las democracias regionales o serán reemplazados por estos nuevos medios participativos?

En primer lugar, veo que algunos partidos o movimientos políticos ya se están adaptando a esta evolución. Un ejemplo es el “Partido de la Red” en Argentina. Aún no tiene representación institucional pero es una propuesta interesante como forma de conectar mejor a sus miembros y tomar decisiones partidarias más participativas. Este tipo de partidos políticos que utilizan *E-democracy* existen también fuera de América Latina. En Alemania, por ejemplo, funcionan “Liquid Democracy” y el “Partido Pirata”. Éste último fue pionero en utilizar este tipo de herramientas.

Por otro lado, creo que las innovaciones democráticas son mediaciones entre el Estado y la sociedad civil, así como también lo son los partidos políticos. Entonces, entiendo que hoy asistimos a una multiplicación de esos modos de mediación. Antes teníamos partidos, parlamentos, gobiernos. Ahora tenemos muchas instancias más, creadas incluso por los propios gobiernos y partidos políticos.

Los partidos estaban ya más débiles, hace mucho de esto. No es solamente en América Latina que los partidos tienen este problema, sino que es un problema de las democracias contem-

poráneas, de las democracias más avanzadas. Entonces, creo que la situación no puede empeorar. Sobre todo en nuestra región donde es difícil encontrar un sistema partidario fuerte. A mi juicio, si los partidos políticos se adaptaran y usaran estas nuevas tecnologías, a través de Foros Ciudadanos Participativos por ejemplo, la Democracia Digital puede solamente fortalecerlos, jamás debilitarlos.

¿Cuáles son las principales diferencias entre las democracias de América Latina y Europa Occidental?

Las democracias latinoamericanas son más jóvenes. Son, en su mayoría, democracias surgidas de procesos autoritarios. Por eso, existe la necesidad de la participación como un límite al poder, como una forma de garantizar la voluntad del pueblo frente a la opresión. También, como un mecanismo de la sociedad civil para afirmar sus derechos.

En América Latina, la sociedad civil se hizo bastante fuerte a partir de su resistencia frente al autoritarismo. Ello permitió el desarrollo de estos otros canales de comunicación con el Estado, más participativos. Las instituciones políticas representativas que se intentaron implementar con la democratización de América Latina no se adecuan a la cultura política de sus sociedades.

A su vez, debido a su juventud, parecen adaptarse más y mejor a estas nuevas demandas participativas. Un ejemplo de ello es la tentativa de los gobiernos de izquierda de combinar participación con igualdad social. En mi opinión, las instituciones

latinoamericanas se desarrollaron de un modo diferente. Menos liberal, con una preocupación mayor por la justicia social y la igualdad social. En gran medida, debido a la desigualdad social en la que se desarrollan.

Las democracias en América Latina deben lidiar con esto, con las presiones y los distintos canales de participación social. Los grupos minoritarios, los indígenas, toda esta diversidad, también contribuye con estos aspectos culturales y sociales que impactan mucho en las instituciones políticas latinoamericanas. Como dije antes, estas se desarrollaron de un modo diverso, menos liberal porque las elecciones no están en el centro, no son lo más importante, lo único. Como tampoco lo son los derechos civiles. Tienen más relevancia los derechos sociales, los derechos culturales, estos mecanismos de mediación entre el Estado y la sociedad civil que van más allá de las elecciones.

Entonces, creo que esto es propio de América Latina. La idea de un proceso de democratización que no se va a consolidar, pero que es un movimiento constante en busca de desarrollar, mejorar y perfeccionar las instituciones representativas a través de la participación, al mismo tiempo que también busca solucionar el problema social.

VI

Reseña Bibliográfica

[Volver al índice](#)

Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina.

Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria

Roberto Gargarella y Sebastián Guidi



Foto Roberto Gargarella

Lo que nos motivó a escribir estos “Comentarios de la Constitución” es cierta disconformidad con el estado de la doctrina y jurisprudencia prevalecientes en el país. Nuestro interés, en todo caso, es doble: descriptivo tanto como normativo. En primer lugar, nos preocupa que cada tema de la Constitución sea objeto en esta obra de un muy cuidadoso y prolijo análisis descriptivo. Queremos, ante todo, que quienes se dedican a la abogacía, la doctrina o la justicia encuentren en este trabajo una ayuda genuina, que les permita reconocer inmediatamente cuál es el estado de situación legal en relación con cada una de las cuestiones que aquí se examinan –cada uno de los aspectos de que trata la Constitución. Para ello, hemos asegurado que cada capítulo de este extenso trabajo dé cuenta exhaustiva de ese estado de cosas: qué dice la doctrina prevaleciente, en el país y en el extranjero, sobre el tema tratado; qué dice la jurisprudencia dominante, sobre cada artículo o aspecto de la Constitución. Este primer objetivo, fundamental, debe ser capaz de satisfacer las necesidades más urgentes del litigante, decisor o analista de la Constitución. Allí reside uno de los propósitos principales de este estudio. Sin embargo, y en segundo lugar, nos ha interesado que dicha aproximación descriptiva resulte informada, en cada caso, por una lectura crítica, no complaciente del tema abordado. Y es que asumimos que todo lo que

hacemos con el derecho –también describirlo– es una tarea interpretativa, como diría el jurista Ronald Dworkin. Por tanto, nos ocupamos de dejar en claro que la exposición de cada tema responde, expresa o se acompaña de una cierta concepción o mirada sobre el derecho, que es la que distingue a esta cátedra.

Esta preocupación bifronte es la que define y da carácter a este trabajo colectivo. Queremos –necesitamos– ante todo entender y exponer qué es lo que tenemos en materia constitucional, para facilitarle a los operadores jurídicos herramientas que son indispensables para su labor. Y al mismo tiempo, pretendemos que tales operadores obtengan, a partir de la lectura de este texto, instrumentos que les permitan pensar más críticamente –es decir, pensar mejor– el derecho que nos es propio.

Aunque consideramos que cada texto ofrecido en la obra representa, en sí, una lectura interpretativa, antes que una aséptica o neutral aproximación a cada porción de la Constitución, hemos decidido organizar nuestro estudio en artículos y columnas, que se orientan a cumplir con funciones diferenciadas. Los artículos juegan un papel fundamentalmente descriptivo, mientras que las columnas avanzan proposiciones fundamentalmente normativas o críticas. De modo más preciso, los artículos se dedican al examen detallado de cada aspecto o tema específico de la Constitución, repasando de modo puntilloso las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia prevalecientes en cada uno de los aspectos tratados. Las columnas, mientras tanto, expresan de modo abierto la opinión de algún especialista en el área, sobre el tema de que se trate (llámese libertad

religiosa, cuestiones de género, situaciones de protesta social, derechos sociales, igualdad, etc.). Los colegas que han sido invitados para cumplir con esta misión –ofrecernos su mirada personal sobre un cierto tema- no han sido convocados al azar, sino porque entendemos que son capaces de articular del mejor modo nuestros entendimientos compartidos –nuestra mirada crítica- sobre la temática abordada. En las columnas, por tanto, los operadores jurídicos podrán encontrar materiales teóricos apropiados para llevar a cabo un análisis (más) crítico de la materia en cuestión. En el “Índice por artículos” que está al final del segundo tomo de esta obra, quienes se acercan a ella podrán encontrar en qué artículos o columnas está tratado cada cláusula de la Constitución.

Estos volúmenes responden a un plan común, diseñado y ejecutado colectivamente. Nuestra intención fue la de presentar un panorama completo de los aspectos regulados por la Constitución Nacional. La instrucción que nos dimos fue compleja pero precisa: debíamos elaborar una obra que fuera de utilidad para toda la comunidad jurídica, que pudiera ayudar a resolver problemas efectivos, y que al mismo tiempo sostuviera nuestro compromiso con el ideal de una democracia igualitaria, basada en una discusión pública inclusiva. Cada artículo pretende ser una expresión de esos valores y compromisos compartidos.

Los autores de estos artículos son, en su mayoría, colaboradoras y colaboradores, miembros de esta cátedra. Para nosotros, esta membresía implica, ante todo, un espacio común de formación y diálogo permanentes. Varias veces al año, nos reuni-

mos a discutir textos e ideas, a pensar cómo concebir al derecho, y cómo posicionarnos en relación con él –finalmente, nos reunimos para pensar cuáles son los objetivos que queremos alcanzar como partícipes activos del debate jurídico. Los textos que componen esta obra, en particular, fueron discutidos y comentados al interior de la cátedra, y releídos en conjunto cuidadosamente, una y otra vez, tratando de asegurar que ellos fueran homogéneos en su forma, y a la vez representativos, en su sustancia, de un modo peculiar de acercarnos al derecho.

En nuestro grupo, concebimos al derecho como una conversación extendida en el tiempo, acerca de cómo organizar las bases de nuestra vida en común. Esto es –así lo asumimos- lo que el derecho debe ser (no lo que el derecho efectivamente es): allí reside nuestro ideal regulativo, la plataforma desde donde pensamos al derecho que tenemos. Este punto de mira es el que alimenta en buena medida nuestro inconformismo o nuestra aproximación crítica al derecho actual. Más explícitamente, nuestra incomodidad con el derecho tal como hoy es practicado se debe a que, en su desarrollo concreto, el derecho vigente tiende a reflejar exclusivamente los puntos de vista de algunos, que son los que privilegiadamente escriben, aplican o interpretan el derecho en los casos concretos. Nuestro derecho se encuentra marcado entonces por las voces ausentes –las que no están y las que son excluidas- tanto como por las presentes. Nuestro derecho es o ha sido el producto reiterado de decisiones unilaterales o “desde arriba” -producto del decisionismo, la arbitrariedad, o aquello que Carlos Nino llamaba el híper-presidencialismo- antes que el resultado de una discusión entre iguales, que es el

horizonte que nos promete la Constitución. Nos interesa, frente a lo dicho, ayudar a que el derecho comience a ser otra cosa, más afín con aquellos ideales (“afianzar la justicia”, “promover el bienestar general”) con que nuestra Constitución aparece comprometida desde sus primeras líneas. Nos interesa, finalmente, que esta obra sirva en la forja de un constitucionalismo igualitario –un constitucionalismo que esté en condiciones efectivas de asegurar la misma consideración y respeto “para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los habitantes que quieran habitar en el suelo argentino”.

Asociación
de Derecho
Administrativo
de la Ciudad
Autónoma
de Buenos Aires



Comisión Directiva

Presidente

Guillermo Scheibler

Vicepresidente

Rosaura Cerdeiras

Secretaria

Natalia Mortier

Tesorero

Leonardo Toia

Vocales

Mercedes Aveldaño

Mariano Oteiza

María Eugenia Páez

Juan Antonio Stupenengo

Valeria E. Zayat

Vocales Suplentes

Ariel Caplan

Griselda Floriani

Enrique Mabromata

Leandro Otero

adaciudad.org.ar