

# Ab

Revista de Abogacía

ISSN 2545-8485

AÑO VIII  
JULIO  
DE 2024

NÚMERO

14

## Presentación

Congreso y dictadura. La Comisión de Asesoramiento Legislativo (CAL)

El derecho a migrar y una inconsistencia normativa bajo la lupa de los derechos humanos

La segmentación de tarifas de energía, ¿se reabre el debate? Una mirada desde el acceso a la información pública

Justicia gratuita en materia ambiental

Operatividad de los Tratados de Derechos Humanos en el Derecho Argentino. El Instituto de la Prescripción en los temas referentes a delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes

El sentido emancipador del derecho

Ser o no ser. Dilemas libertarios: entre la esclavitud o el Estado

Márgenes y encrucijadas del derecho y los discursos de odio

“Siempre aliento a los demás a buscar lo que les entusiasma”. Entrevista a Macarena Marra Giménez

## **Ab-Revista de Abogacía**

**Año VIII | N° 14 | julio de 2024**

© 2024, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2024 EDUNPAZ, Editorial Universitaria

**ISSN:** 2545-8485



Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**

Vicerrectora: **Silvia Storino**

Secretaria General: **María Soledad Cadierno**

Directora General de Gestión de la Información y

Sistema de Bibliotecas: **Bárbara Poey Sowerby**

Jefa de Departamento Editorial: **Blanca Soledad Fernández**

División Diseño Gráfico Editorial: **Jorge Otermin**

Arte y maquetación integral: **Florencia Jatib y Mariana Aurora Zárate**

Coordinación editorial: **Paula D'Amico**

Corrección de estilo: **María Laura Romero, Nora Ricaud,**

**Mariangeles Carbonetti y Laura González**

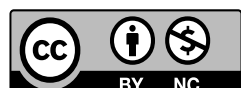
## **staff**

Director y editor responsable: **Martín Cormick**

Coordinador editorial: **Gonzalo Gastón Semeria**

Publicación electrónica - distribución gratuita

Portal EDUNPAZ <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/>



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc)

Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de esta publicación ni de la Universidad Nacional de José C. Paz



**Ab-REVISTA DE ABOGACÍA**  
AÑO VIII | N° 14 | JULIO DE 2024

## Índice

### PRESENTACIÓN

<b>Presentación</b> Gonzalo Gastón Semeria	<b>5</b>
---	----------

### ARTÍCULOS

<b>Congreso y dictadura. La Comisión de Asesoramiento Legislativo (CAL)</b> Pedro Caressi y Pedro Fuentes	<b>9</b>
--	----------

<b>El derecho a migrar y una inconsistencia normativa bajo la lupa de los derechos humanos</b> Walter Lara Correa	<b>17</b>
--	-----------

<b>La segmentación de tarifas de energía, ¿se reabre el debate? Una mirada desde el acceso a la información pública</b> María Soledad Manin	<b>39</b>
--	-----------

<b>Justicia gratuita en materia ambiental</b> Lucía Martín	<b>65</b>
---	-----------

<b>Operatividad de los Tratados de Derechos Humanos en el Derecho Argentino. El Instituto de la Prescripción en los temas referentes a delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes</b> Ma. Celeste Minniti	<b>75</b>
--	-----------

<b>El sentido emancipador del derecho</b> María Victoria Mocellin	<b>85</b>
--	-----------

<b>Ser o no ser. Dilemas libertarios: entre la esclavitud o el Estado</b> Matías Muraca	<b>93</b>
--	-----------

<b>Márgenes y encrucijadas del derecho y los discursos de odio</b> Osvaldo Nan	<b>101</b>
---	------------

### ENTREVISTA

<b>“Siempre aliento a los demás a buscar lo que les entusiasma”.</b> <b>Entrevista a Macarena Marra Giménez</b> Martín Cormick	<b>111</b>
--	------------



# Presentación



*Gonzalo Gastón Semeria*

Bienvenidos/as a la decimocuarta edición de *AB Revista de Abogacía* de la UNPAZ. Otro número que muestra el valor de producir derecho desde los márgenes. Curioso sustantivo, el valor, para pensar este hacer.

Quienes enseñamos filosofía del derecho, con el objetivo de mostrar la complejidad del discurso jurídico, solemos advertir a los estudiantes sobre la ambigüedad, vaguedad y textura abierta del lenguaje. Presentamos las teorías que creen que esta situación, a la que se define como problemática, es superable o cuanto menos posible de contener con la aplicación de alguna receta técnica que permita saltar, en el tráfico jurídico, las fallas de los lenguajes naturales.

Pero también, quienes trabajamos en la corriente crítica señalamos la (im)posibilidad de superar este aparente vicio, que resulta constitutivo del lenguaje mismo, del que ineludiblemente está hecho el derecho. Así, entonces, puede notarse que del sentido que se le asigne al *valor*, en el párrafo con que damos inicio a este texto, derivan múltiples interpretaciones o significados posibles para comprender el hacer en estos márgenes –signo, este último, sobre el que también podríamos hacer un ejercicio similar–.

Como verán, no es una cuestión de justeza de la acepción. La polisemia es, justamente, una marca que nos permite recordar la paradójal libertad del lenguaje.

¿En qué sentidos *valen* los artículos de este número? Las respuestas, nuevamente, nos remiten a la apertura del texto y a ustedes que, como lectores, darán contenido a la pregunta por el *valor*, ya sea que indaguen o no en nuestra intención que, en definitiva, resulta exterior.

Posiblemente, si se toman un poco en serio este juego, se sorprendan del asombro que provoca la desnaturalización de los sentidos, es decir, del desocultamiento de su condición contingente. No es casualidad que, en lo que vamos, no les hayamos presentado una sola definición o precisión del sentido o alcance que en la frase en cuestión le corresponde al *valor*.

En este número participan una heterogeneidad de personas, con diversos trayectos académicos y recorridos profesionales, que nos permiten abrirnos paso en esta senda.

El artículo de Caressi y Fuentes nos presenta el accionar de la Comisión de Asesoramiento Legislativo que ocupó, durante la última dictadura cívico-militar, las oficinas del Congreso Nacional; uno de los puntos más eludidos, pos recuperación de la democracia, por la teoría del derecho y el análisis político. En su trabajo han reconstruido el funcionamiento de este dispositivo del “Proceso” destacando su profuso legado en el derecho argentino.

Correa nos presenta un minucioso estudio sobre las inconsistencias normativas de la Ley N° 25871, cruzando el derecho a migrar y los derechos humanos de las personas migrantes, pasando revista a los antecedentes más actuales y relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Lucía Martín, en su artículo, se propone responder a la pregunta por la gratuidad de las acciones judiciales que tengan por objeto la protección del medio ambiente, tanto para la búsqueda de la prevención, la recomposición y/o indemnización. Para ello comenta y analiza el fallo ADUCC de la Corte Suprema junto con otros antecedentes jurisprudenciales nodales, como el recitado “caso Mendoza” y la normativa especializada.

Manin presenta un análisis sobre la discusión en torno a la utilización de datos personales para establecer regímenes de segmentación de las tarifas de energía eléctrica. Realiza un interesante planteo sobre la legitimidad de esos usos y propone algunas salidas.

Celeste Minniti analiza la operatividad de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el derecho argentino, a partir del análisis de cómo opera el instituto de la prescripción en delitos cometidos por niños, niñas y adolescentes.

Mocellin, a partir del comentario de casos jurisprudenciales emblemáticos, se pregunta por el sentido emancipador del derecho, tomando como marco de referencia los puntos de partida de Boaventura de Sousa Santos.

Muraca nos comparte un artículo muy interesante en torno a una pregunta dilema que, en su texto, atravesaría al Hamlet de este tiempo: ¿deben los decisores de políticas empujar a los ciudadanos en

las tomas de sus propias decisiones o, por el contrario, deben abstenerse de cualquier tipo de intervención? En este trabajo aborda los dilemas de la libertad para pensar la administración del Estado.

Oswaldo Nan aborda un tema que ocupa a gran parte de los paneles sobre actualidad: los discursos de odio. Se propone cruzar este fenómeno con el derecho en búsqueda de respuestas.

Por último, en la sección entrevistas, Martín Cormick nos trae la palabra de Macarena Marra Giménez, jueza a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12 de Capital Federal.

Que disfruten este número, que tiene mucho valor.





# Congreso y dictadura

## La Comisión de Asesoramiento Legislativo (CAL)



*Pedro Caressi y Pedro Fuentes\**

La última dictadura cívico-militar (1976-1983) usurpó el Poder Legislativo y creó una nueva institución, bajo las siglas de CAL (Comisión de Asesoramiento Legislativo), que subsumió al Congreso de la Nación a un dispositivo más del aparato represivo. Conformada por nueve oficiales superiores de las Fuerzas Armadas que arrebataron violentamente las instalaciones del Senado, la CAL buscó dotar de legitimidad las más de 1.700 normas aprobadas durante el terrorismo de Estado. Las acciones de asedio y control de la CAL a trabajadoras y trabajadores del Congreso, observables en los informes vejatorios, reflejan parte del carácter persecutorio que las Juntas militares ejercieron sobre toda una sociedad. Varias de las leyes de la CAL continúan vigentes condicionando la vida democrática del país.

### Contexto histórico

A partir del año 1955, con el derrocamiento y proscripción del presidente Juan Domingo Perón se dio inicio a un proceso político en Argentina caracterizado por un sistema electoral de democracia tutelada por las Fuerzas Armadas. Un periodo histórico que duraría casi dos décadas y estaría signado por golpes cívico-militares, candidaturas proscriptas, violencia política y el exilio del líder del movimiento peronista.

\* Pedro Caressi es abogado (UBA). Pedro Fuentes es Lic. en Ciencias Políticas (UBA) y Mg. en Políticas Públicas (FLACSO).

Con el surgimiento de la Doctrina de la Seguridad Nacional hacia finales de los años sesenta, junto al entrenamiento de militares en la Escuela de las Américas en Panamá, las Fuerzas Armadas se hallaron habilitadas a ejercer tareas de represión interna y acciones de combate dentro de todo el territorio nacional. Las sucesivas crisis económicas, militares y sociales del periodo derivaron en una serie de insurrecciones populares conocida como “el ciclo de los azos”. Desde el Rosariazo hasta el último Cordobazo, las puebladas buscaban poner fin a las dictaduras.

Así, la dictadura autodenominada “Revolución Argentina” (1966-1973) enfrentó una resistencia transversal y multipartidaria que exigía una salida democrática sin proscripciones políticas. La organización de la resistencia popular lograba arrancarle a la dictadura el llamado a elecciones para el 11 de marzo de 1973, aunque impidiendo la candidatura del expresidente J. D. Perón. El Frente Justicialista para la Liberación (FREJULI) ganó las elecciones con el 49% de los votos y el binomio triunfante de Cámpora–Solano Lima habilitó a Perón a participar de nuevas elecciones para septiembre de 1973. La fórmula Perón-Perón triunfó el 13 de septiembre de ese mismo año con más del 60% de los votos, la primera elección sin proscripciones en años.

El desarrollo de una conciencia nacional había echado raíces durante las dos presidencias constitucionales de Perón (1946-1955) a partir de los nuevos derechos civiles, el crecimiento del empleo formal y la participación de la sociedad en los asuntos públicos, lo que llevó a que las expectativas de una tercera presidencia fueran muy altas. Sin embargo, el 1 de julio de 1974, a menos de un año de haber asumido el cargo, Perón fallece. Tras la desaparición física del presidente se recrudecieron los enfrentamientos dentro y fuera del movimiento. Con la vicepresidenta María Estela Martínez de Perón al mando del gobierno, cobraron centralidad figuras como la del entonces ministro de Bienestar Social, José López Rega, y su aparato represivo, denominado Alianza Anticomunista Argentina (la Triple A). El ejercicio de la violencia se apoderó de la vida del país.

La proscripción, persecución, los derrocamientos, las recurrentes crisis económicas y el incumplimiento de los acuerdos que avivaron la lucha armada instalaron, como antesala de la dictadura de 1976, una lógica de insatisfacción democrática que encontró en el orden represivo la aparente salida para reencauzar el país.

El 11 de septiembre de 1975 a la salida del Congreso de la Nación, y con motivo de reunirse con el presidente del Senado, quien estaba a cargo de la Presidencia de la Nación por la licencia de Martínez de Perón, el entonces comandante en jefe del Ejército, Jorge Rafael Videla, declaró<sup>1</sup> ante la prensa:

Periodista: ¿General, llegaremos a 1977 con esta institución?

Videla: ¿Con cuál institución se refiere?

P: Con el Congreso de la Nación Argentina.

V: Las instituciones son permanentes, entiendo que sí.

<sup>1</sup> CAL. El Congreso en dictadura, documental Senado de la Nación, recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=jbkawuN-hfY&t=16s>

## El Congreso de la Nación en la Dictadura

El 24 de marzo de 1976 las Fuerzas Armadas, con la participación de grandes grupos económicos y diversos sectores de la sociedad civil, derrocaron al gobierno constitucional. A través del Acta del Proceso de Reorganización Nacional, y con la totalidad del aparato estatal puesto al servicio de las Fuerzas Armadas, se aplicó un plan sistemático de desaparición forzada contra la población en su conjunto y que arrojaría la terrorífica cifra de 30.000 personas desaparecidas.

La Junta Militar proclamó:

Agotadas todas las instancias del mecanismo constitucional, superada la posibilidad de rectificaciones dentro del marco de las instituciones y demostrada, en forma irrefutable, la imposibilidad de la recuperación del proceso por sus vías naturales, llega a su término una situación que agravia a la Nación y compromete su futuro. Nuestro pueblo ha sufrido una nueva frustración. [...] Las Fuerzas Armadas han asumido el control de la República. Quiera el país todo comprender el sentido profundo e inequívoco de esta actitud.<sup>2</sup>

Con el Poder Legislativo disuelto, el mismo día del golpe una comitiva militar irrumpió en el Congreso de la Nación, tomando el control de la institución, dando comienzo a la Comisión de Asesoramiento Legislativo (CAL). La misma fue integrada por nueve oficiales superiores, tres por cada una de las Fuerzas Armadas que sesionaba en lo que hoy es el Senado de la Nación.

Si bien todas las dictaduras en Argentina emitieron sus propias normativas a través de la sanción de decretos o leyes, el autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional” pretendió establecer una refundación de las instituciones del país a partir de la creación de un organismo abocado exclusivamente a analizar y recomendar normas que dotaran de legitimidad sus actos.

Más de 1.700 decretos-ley han obtenido vigencia bajo el pretendido manto de legalidad de funcionamiento que tuvo la CAL, es por ello que, además de ser reconocida en los documentos fundantes del proceso, esta Comisión fue determinante para guiar las acciones del gobierno cívico-militar durante todos sus años en el poder.

Los miembros de la CAL se distribuían en ocho subcomisiones temáticas de trabajo, con el fin de ejercer facultades de asesoramiento que permitieran interpretar el pensamiento militar frente a los asuntos trascendentes de la nación.

De este modo, la CAL no tenía competencia legislativa para redactar leyes en sí misma, por lo que *se limitaba a determinar si los proyectos de ley remitidos desde la Presidencia de la Nación eran o no revestidos*

<sup>2</sup> Proclama de la Junta Militar, recuperado de <http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL000162.pdf>

como de “*Significativa Trascendencia*”, recomendando en algunos casos su modificación y solicitando la concurrencia de ministros y secretarios de Estado o sus representantes.

El único proceso manifiesto constaba del ingreso de un expediente por la Mesa de Entradas que, remitido a la Sub-Comisión temática en cuestión, debía dar dictamen y elevarlo al pleno de la Comisión. Esta última recomendaba al poder político, representado por la Junta Militar de los comandantes generales, la decisión que debían tomar. Un procedimiento vertical que también se evidenció en la conducta de asedio y control a la que se sometió a todo el personal civil del Congreso.

## **La construcción de una administración represiva**

La Comisión de Asesoramiento Legislativo impuso, desde un lenguaje autoritario, la jerarquía y el control como único medio para seguir al mando. Insistentemente, sus miembros buscaron desterrar la idea democrática de la representación bicameral que tuvo nuestro Congreso Nacional acudiendo a fórmulas como “ex-diputados” o “ex-senado” en los documentos.<sup>3</sup>

Desde la instalación de la CAL, se desguazaron las funciones de distintas áreas del Congreso de la Nación, se clausuraron espacios dentro del edificio y se elaboraron todo tipo de escritos que buscaban legitimar los valores de la dictadura, justificando su arbitrariedad: borrones, tachaduras, sobrescritos, informes persecutorios, lenguaje despectivo, entre otras prácticas de la época. Es a través de estos documentos que se puede observar, precisamente, el ejercicio de las acciones de asedio, control y persecución que la CAL ejecutó contra los empleados y empleadas del Congreso.

La mayoría de los expedientes consultados pertenecen a la categoría “Asuntos Administrativos” del “Senado”, documentos que se encuentran finalizados con una resolución del jefe de la Comisión de las Fuerzas Armadas, delegado de la Junta Militar.

Así, de un total de 6.115 expedientes que conforman los asuntos administrativos, mensajes del Poder Ejecutivo, particulares y oficiales varios, además de los expedientes legislativos vinculados frecuentemente a temas económicos y financieros, la mayoría de los expedientes administrativos refieren a las bajas, cesantías y movimientos de trabajadores y trabajadoras del propio Congreso durante la dictadura.

---

3 Documentos de la CAL consultados en el Archivo y Registro de Leyes del Honorable Senado de la Nación.

**Cuadro 1. Expedientes CAL**

EXPEDIENTES DE LA COMISIÓN DE ASESORAMIENTO LEGISLATIVO		
<b>Asuntos Administrativos</b>	<b>Resoluciones de autoridades CAL</b>	<b>Resoluciones delegado del Ministerio del Interior</b>
↓	↓	↓
Dirección de asesoramiento jurídico	Delegación de las FF.AA en el Congreso	Delegación del Ministerio
↓	↓	↓
Personas con cargo militar	Personas con cargo militar	Personas con cargo militar
↓	↓	↓
680 expedientes	5315 expedientes	31 expedientes

Fuente: elaboración propia.

Bajo el control dictatorial de las autoridades militares, el personal civil del Congreso de la Nación sufrió el traslado, la vigilancia, la persecución, la detención, el secuestro y, en algunos casos, la desaparición forzada.

En términos administrativos, la Junta Militar promulgó los Decretos-Ley 21260 y 21274, prorrogados en distintas ocasiones, conocido este último como Ley de Prescindibilidad del Personal que autorizaban a *la baja por razones de servicio al personal realizadas con la necesidad de “producir un real y concreto proceso depurativo de la Administración Pública, sin connotaciones partidistas o sectoriales”*. Dicho instrumento significó el fundamento operativo con el cual la administración realizó investigaciones sobre los legajos del personal que concluían en la baja de servicios de los agentes que, a criterio militar, podían significar un “factor de perturbación” para los organismos del Estado.

El proceso de represión y violencia que sufrieron trabajadores y trabajadoras del Congreso mediante el sometimiento, acoso y desprestigio durante el funcionamiento de la CAL (1976-1983) también se evidencia mediante escritos, solicitudes, descargos y presentaciones, los diversos archivos históricos que dan testimonios del despojo del personal de sus puestos de trabajo, cargos y empleo. El autoritarismo arbitrario de la CAL se aplicó mediante resoluciones que significaron una pérdida de derechos laborales de todo el personal civil, dejando como resultado cientos de bajas, cesantías y “renuncias” condicionadas.

Las hojas desgastadas de documentos que llevan más de 40 años archivados expresan la valentía del personal que, tras el golpe de Estado, cuestionaban los argumentos arbitrarios de las cesantías elaboradas por las autoridades militares que establecían “disponer las bajas en aras a la depuración”, depuración que arrojó un número significativo de personas que, aún hoy, continúan desaparecidas.

## El legado de las Leyes Ilegítimas

Las acciones del gobierno dictatorial, refrendadas desde la interpretación del pensamiento militar, fijaron las huellas de una represión ejecutada con perspectiva refundacional del modelo económico, social y político del país. Modelo que puede ser examinado desde la vigencia de las leyes pergeñadas por la Junta Militar y la CAL.

A partir de su intención de “reorganizar” todas las áreas de la vida del país, la dictadura impuso su perspectiva económica en términos de intercambio internacional mediante el Código Aduanero (Decreto-Ley 22145) y el Régimen de Inversiones Extranjeras (Decreto-Ley 21382), mientras que en términos comerciales lo hizo bajo la Ley de Lealtad Comercial (Decreto-Ley 22802) y el Régimen General de Entidades Financieras (Decreto-Ley 21526). También lo hizo en materia de endeudamiento y emisión monetaria con la aprobación de la Segunda Enmienda al Convenio Constitutivo con el Fondo Monetario Internacional (Decreto-Ley 21648), el Bono Unificador de Deudas Consolidadas (Decreto-Ley 22329) y la Emisión de bonos de la deuda pública – Bonos de Consolidación (Decreto-Ley 22749).

En materia judicial logró imponer su mirada sobre la organización de la Justicia Federal (Decretos-Leyes 22292, 22106, 22098, 22090 y 22403), sobre el sistema penal con el tratamiento de los menores bajo el Régimen Penal Juvenil (Decreto-Ley 22278) y sobre su perspectiva religiosa a partir del Régimen de Jubilaciones de Obispos, Arzobispos de las Fuerzas Armadas y Vicariato Castrense (Decreto-Ley 21540) y el Régimen Jubilaciones y Pensiones de Sacerdotes Seculares del Culto Católico (Decreto-Ley 22430).

A 40 años de la CAL, el Congreso de la Nación es hoy símbolo de la representación y escenario de debates y manifestaciones, sin embargo, la vigencia de algunas de las leyes impuestas por la dictadura cívico-militar continúa siendo una deuda pendiente de nuestra democracia. Por la memoria de quienes ya no están, hoy más que nunca ¡Memoria, Verdad y Justicia!

## Referencias bibliográficas

- Anzorena O. y Salinas J. (1986), *Orígenes de la violencia armada: los fierros y las razones*, Buenos Aires, El Porteño, pp. 36-49.
- Aranguren G. Borrelli J. y Rosede L. (2024), *Leyes de la dictadura. Una deuda de la democracia: la vigencia de las leyes de facto*. [https://www.lasleyesdeladictadura.com.ar/index.php?a=ReadArticle&article\\_id=4](https://www.lasleyesdeladictadura.com.ar/index.php?a=ReadArticle&article_id=4)
- Cura I. (2015) *C.A.L. El Congreso en dictadura*, documental del Senado de la Nación, Buenos Aires, Honorable Senado de la Nación.
- Canelo P. (2008), *El proceso en su laberinto. La interna militar de Videla a Bignone*, Buenos Aires, Prometeo.
- Comisión de Asesoramiento Legislativo del Congreso de la Nación (2023), *Archivo y Registro de Leyes del senado*, sección C.A.L., Buenos Aires, Honorable Senado de la Nación.

Cortés H. y De Piero S. (2011), *Cinco minutos antes de la muerte. Luces y sombras de los partidos políticos antes del golpe de 1976*. Revista de Ciencias Sociales, n° 77, Facultad de Ciencias Sociales, Buenos Aires, UBA, pp. 55-59.

Documentos básicos y bases políticas (1980), Documentos de las Fuerzas Armadas para el proceso de reorganización nacional, Buenos Aires, imprenta del Congreso de la Nación.

Proclama de la Junta Militar (1980), Proclama del 24 de marzo de 1976, Buenos Aires, imprenta del Congreso de la Nación, pp. 11-13.





# El derecho a migrar y una inconsistencia normativa bajo la lupa de los derechos humanos



Walter Lara Correa\*

## Resumen

Este artículo aborda algunas reflexiones, a raíz de una inconsistencia normativa planteada por los artículos 29, inciso i) y 37 de la Ley N° 25871 –que disponen la expulsión del territorio nacional en el supuesto de ingreso irregular– y los artículos 3, 17 y 61 del mismo plexo legal, que establecen la intimación al extranjero, a fin de adecuar su situación de ingreso irregular a la normativa vigente.

Este punto de partida propone la observación del enfoque del derecho humano a migrar y su recepción, en distintas épocas, a través de algunos precedentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina.

Como correlato del análisis, se aportan algunas consideraciones sobre la ponderación de los derechos en tensión, a la luz de la protección del derecho a migrar como un derecho humano.

Cada controversia se inserta en el universo normativo actual, atravesado por la protección de múltiples derechos y demanda la ardua tarea de resolver conflictos, sabiendo que se encuentra en juego la igualdad material de las personas involucradas.

\* Walter Lara Correa, abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; maestrando de la Universidad Nacional de José C. Paz, Maestría en Derecho Administrativo; profesor adjunto interino en la materia Derecho Administrativo en la Universidad de José C. Paz; profesor adjunto interino en la materia Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Avellaneda, y profesor titular en la materia Derecho Constitucional en la Universidad Nacional del Oeste. Se desempeña como juez de 1º Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal No 10. E-mail: walter.lara.correa@pjn.gov.ar

## Palabras clave

derecho a migrar - migrantes - ingreso irregular de migrantes - expulsión de migrantes

## Abstract

This article addresses some reflections as a result of a regulatory inconsistency raised by articles 29, paragraph i) and 37 of Law N° 25.871 – which provide for expulsion from the national territory in the event of irregular entry –and articles 3, 17 and 61 of the same legal plexus, which establish the summons to the foreigner, in order to current regulations.

This starting point proposes the observation of the approach to the human right to migrate and its reception, at different times, through some precedents in the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation in Argentina.

As a correlate of the analysis, some considerations are provided on the weighting of rights in tension, in light to migrate as a human right.

Each controversy is inserted in the current regulatory universe, crossed by the protection of multiple rights and demands the difficult task of resolving conflicts, knowing that the material equality of the people involved is at stake.

## Keywords

right to migrate - irregular entry migrants - expulsion migrants

## I. Introducción

Existe una tensión normativa en el plexo legal aplicable al supuesto de ingreso irregular de un extranjero al territorio nacional, regido por la Ley de Migraciones.

Por una parte, conforme lo prescripto en los artículos 29, inciso i) y 37 de la Ley N° 25871 se establece, directamente, la medida de la expulsión del territorio nacional.

Por otra parte, lo dispuesto en los artículos 3, 17 y 61 de la Ley N° 25871 exige, como primera medida, conminar al extranjero a regularizar su situación.

En consecuencia, de la Ley de Migraciones, se desprenden disposiciones que podrían resultar contradictorias para un mismo supuesto, constituido por el ingreso irregular del extranjero en el territorio nacional.

La cuestión migratoria ha sido tratada de diversas maneras en los fallos judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Desde 1944, año en que se dictó el precedente “Cuesta Urrutia, Tomás Luis s/ recurso de habeas corpus” hasta 2021, en que surgió el fallo “Huang, Qiuming c/ EN-DNM s/ recurso directo DNM”, el criterio de resolución se ha transformado, dejando expuestas las múltiples aristas que la situación trasluce, más allá de los objetivos de la política migratoria nacional.

La importancia de incluir la ponderación de los derechos humanos en el examen de posibles expulsiones de personas migrantes es de tal magnitud que resultan de ineludible valoración, aun en casos en los que la inconsistencia normativa señalada no esté presente.

El devenir de las decisiones jurisprudenciales y el reconocimiento de derechos convencionales convocan a reflexionar sobre posibles soluciones adecuadas a la intención del legislador, a la totalidad del ordenamiento jurídico y al fenómeno creciente de la inmigración, desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad.

## **II. Inconsistencia normativa en la Ley N° 25871: ¿expulsión o intimación?**

La tensión normativa existente enfoca la situación de personas migrantes que, por su ingreso irregular, son compelidas a abandonar el país durante el procedimiento administrativo y acuden a la Justicia para revertir su situación.

Frente al ingreso irregular del migrante, la Ley N° 25871 plantea dos posibles interpretaciones.

Por una parte, incluye dentro de las causas que impiden el ingreso y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional al ingreso irregular, y asigna a tal supuesto la medida de la expulsión.

Así lo establecen los artículos 29 inc. i) y 37 de la Ley N° 25871, el que reza que:

[s]erán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional, [i]ntentar ingresar o haber ingresado al Territorio Nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados al efecto<sup>1</sup> [y que e]l extranjero que ingrese a la República por lugar no habilitado a tal efecto, o eludiendo cualquier forma de contralor migratorio, será pasible de expulsión [en los términos y condiciones de la mencionada ley].<sup>2</sup>

1 Art. 29, inciso i) de la Ley N° 25871, BO 21 de enero de 2004.

2 Art. 37 de la Ley N° 25871, BO 21 de enero de 2004.

Por otra parte, la Ley de Migraciones manda que, ante la verificación de la irregular permanencia de un extranjero y atendiendo a sus circunstancias particulares subyacentes, el Estado –la Dirección Nacional de Migraciones– desplegará medidas dirigidas a que regularice su situación.

En este orden, la norma dispone en sus artículos 61 y 17 que:

[e]l Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros<sup>3</sup> [y que] [a]l constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión con efecto suspensivo y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión.<sup>4</sup>

Estas disposiciones bajo análisis deben encuadrarse en los objetivos planteados por la norma, en el artículo 3º de la Ley Nacional de Migraciones, entre otros.

Las directrices proyectadas por el legislador resultan de imprescindible valoración a la hora de desenrañar el alcance de las disposiciones encontradas en un caso concreto.

En función de ello, no se puede perder de vista que el plexo legal, se ha propuesto

[f]ijar las líneas políticas fundamentales y sentar las bases estratégicas en materia migratoria, y dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes; [c]ontribuir al enriquecimiento y fortalecimiento del tejido cultural y social del país, [g]arantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar, [p]romover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, los compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias y [p]romover la inserción e integración laboral de los inmigrantes que residan en forma legal para el mejor aprovechamiento de sus capacidades personales y laborales a fin de contribuir al desarrollo económico y social de país.<sup>5</sup>

En este orden, las metas delineadas por la normativa específica citada se encuentran en armonía con las disposiciones de la ley suprema, las que aportan el sostén y el marco de los objetivos analizados.

3 Art. 17, Ley Nº 25871, BO 21 de enero de 2004.

4 Art. 61, Ley Nº 25871, BO 21 de enero de 2004.

5 Art. 3º, incs. A, c, d, g y h, Ley Nº 26871, BO 21 de enero de 2004.

### III. Migrar: matices de un derecho en un mundo cambiante

La invitación dirigida a “todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”, que surge del Preámbulo de la carta magna, guarda correlato con las disposiciones expresas de nuestra Constitución Nacional, acerca de los derechos reconocidos a los inmigrantes.

Por esta razón, la ley fundamental establece la igualdad civil de los extranjeros y, a su vez, el fomento de la inmigración, la cual no puede ser restringida, limitada o gravada.

Así las cosas, su artículo 20 prescribe que,

[l]os extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.<sup>6</sup>

A su vez, el artículo 25 de la ley fundamental estipula el fomento de la inmigración.

En este sentido, establece que

[e]l Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.<sup>7</sup>

Por otra parte, la Ley de Migraciones, dispone ciertos objetivos específicos en materia migratoria, reseñados en el apartado anterior, que se enmarcan en una apertura al ingreso de migrantes y su aporte al desarrollo socioeconómico de la República Argentina.

De esta manera, dispone determinados preceptos que apuntan a la movilidad, inserción e integración laboral de los inmigrantes, en cumplimiento de los compromisos internacionales del país en materia de protección de los derechos humanos.

Este marco normativo muestra la visión de una nación abierta no solo al ingreso de inmigrantes, sino también a su integración en la comunidad, dotándolos de derechos plenos, en condiciones de igualdad.

En palabras de Joaquín V. González, aquel

---

<sup>6</sup> Constitución Nacional Argentina, art. 20, 1853.

<sup>7</sup> Constitución Nacional Argentina, art. 25, 1853.

[f]ue un anhelo vivísimo de todos los hombres que influyeron en la Constitución, el de hacer del territorio de la República un hogar para todos los hombres”, que “[a] las irregularidades del pasado, en que las franquicias acordadas al extranjero corrían la misma suerte que las libertades propias de los nativos, sucedió una era de esperanzas positivas que por la Constitución se realizarían” y que ello ha sido realizado por la Constitución de tres maneras: “1º estableciendo deberes generales para el gobierno en favor de la población extranjera en general; 2º creando excepcionales ventajas, prerrogativas e inmunidades en favor de los individuos en particular, ya eximiéndolos de obligaciones, ya dotándolos de derechos que hacen en nuestro país a su condición privilegiada; 3º facilitando la adquisición de la ciudadanía, de modo realmente excepcional con relación a otros países (González, 1980: 229-230).

En esta inteligencia, cabe destacar que “[e]s conocida la posición de Alberdi con respecto a los extranjeros. Creyó que nuestro país necesitaba sangre nueva para promover el progreso y por eso en su proyecto de Constitución (art. 33) establecía la prohibición de restringir la inmigración” (Ramella, 1982: 254).

Asimismo, se ha dicho que

debe tenerse presente el pensamiento de Alberdi y Sarmiento plasmado en sus proyectos, que constituyen piezas fundamentales para la formación de la Argentina moderna. A su conjuro se produjo la transformación económica, social, cultural y política, a la vez que se nacionalizó el país, hasta configurar el Estado Nacional, receptor e integrador de inmigración masiva. La inmigración produjo una renovación sustancial de la sociedad argentina que no fue obra del acaso. Antes bien, ese cambio fue el resultado de un plan deliberado, pues poblar el desierto significó modificar la composición de la población del país y asegurar su desarrollo sobre la educación y la modernización de la economía [y a su vez] la política inmigratoria de la Argentina, erigida sobre la idea de contrato social abierto, fuente de inspiración de los arts. 20 y 25 del texto constitucional, en orden a la igualdad civil de los extranjeros y el fomento de la inmigración (Sánchez Viamonte, 1945: 197).

Sobre esto último, cabe señalar que la expresa referencia respecto de la inmigración de origen europeo “no excluye toda otra inmigración, que se halla protegida por la prohibición terminante de restringirla, limitarla o gravarla con impuesto alguno, siempre que el extranjero venga al país con propósitos de trabajo útil” (Sánchez Viamonte, 1945: 197).

Todo ello se vincula, a su vez, con el artículo 14 de la Constitución, “toda vez que los derechos allí enumerados son reconocidos a todos los habitantes de la Nación, entre los cuales se cuentan los extranjeros”.<sup>8</sup>

---

8 Fallos 332:1466, cons. 6º.

#### **IV. El derecho a migrar en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

Nuestro máximo tribunal ha resuelto sobre el derecho a migrar de manera diversa.

##### **a) Antecedentes de revocación de expulsiones dispuestas con causa en el ingreso irregular del extranjero: ¿es posible “purgar” la condición irregular?**

En 1944, la CSJN decidió en el caso “Cuesta Urrutia”, surgido a raíz del *habeas corpus* planteado por el migrante, luego de ser descubierto dos años después de haber ingresado clandestinamente en el territorio nacional, en 1942, a bordo del vapor Cabo de los Hornos, sin cumplir requisitos reglamentarios.

El recurso fue denegado en primera instancia y, posteriormente, la Cámara Federal se expidió haciéndole lugar.

Para así decidir, la Excelentísima Cámara, luego de analizar la jurisprudencia en materia de expulsión de extranjeros, determinó que en el caso no mediaban las circunstancias que determinaron las referidas resoluciones denegatorias, pues el actor era un extranjero “radicado entre nosotros desde hace más de dos años”, con domicilio establecido y cuya expulsión solo podría ordenarse por aplicación de la Ley N° 4144, que confería tal facultad al Poder Ejecutivo nacional y no a la Dirección Nacional de Migraciones, respecto de extranjeros indeseables, hayan cumplido o no los requisitos de ingreso.

Al llegar la controversia al estudio del máximo tribunal, se generó un relevante análisis sobre el modo en que se conjugan los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional, con las normas migratorias que regulan la entrada y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional.

Así, la Suprema Corte destacó que la condición irregular solo puede purgarse mediante la comprobación de que los antecedentes, cuya verificación se eludió, no merecen impugnación.

En este entendimiento, estableció que una aplicación razonable de la ley comprende la valoración del comportamiento del migrante en el país, desarrollado en el transcurso del tiempo y su determinación para arraigarse en el territorio nacional subordinándose a sus principios rectores.

La Suprema Corte dispuso

[q]ue la legislación vigente no estableció plazo después del cual quien ingresó de modo subrepticio se convierta en habitante de derecho. Y la consecuencia lógica que de ello se sigue no puede ser como se ha explicado, la de que esa condición se adquiere automáticamente por el mero hecho de la entrada, pues por provenir esa condición irregular de una falta de comprobación de determinados antecedentes, en principio, *sólo es susceptible de ser purgada o reparada con la demostración de que nada hay objetable en los antecedentes cuya comprobación se eludió*”, “[p]ara una aplicación razonable de las normas en cuestión

débase considerar en cada caso si la rectitud del comportamiento en el país, unida a un transcurso de tiempo capaz de ponerlo a prueba y *demostrar que responde a una leal voluntad de honrado arraigo* venga a constituir una comprobación concreta y viviente capaz de valer tanto, para los fines de la selección de que se trata, como la que se debió hacer mediante la documentación eludida. De ese modo se armonizan equitativamente los inalienables derechos de la Nación para regular el ingreso y la incorporación de los extranjeros, con los que tienen su fuente en el hecho de una radicación que por su tiempo y disciplina social y moral con la que se lo vivió acredite una tal subordinación a los principios rectores de la vida nacional que habilita a invocar la garantía constitucional de permanecer en el territorio.<sup>9</sup>

En autos Lino, Sosa<sup>10</sup> (1956) el alto tribunal se pronunció en el marco del recurso de *habeas corpus* planteado por un tripulante desertor de un barco extranjero, que había ingresado clandestinamente y luego solicitó su radicación definitiva. Al serle denegada, continuó habitando el país durante casi cuatro años. En oportunidad de pedir nuevamente su radicación definitiva, esta fue denegada y se lo emplazó a abandonar el país.

En este contexto, luego de ser detenido, el migrante interpuso un recurso de *habeas corpus*.

El juez de primera instancia rechazó el recurso interpuesto, en atención a que la Dirección Nacional de Migraciones había denegado el permiso de radicación definitiva en el país y, por lo tanto, no podía ser considerado habitante de la nación argentina.

Por su lado, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Penal Especial y en lo Contencioso Administrativo confirmó la sentencia recurrida con base en previa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que resolvió rechazar los recursos de *habeas corpus* interpuestos en favor de tripulantes de barcos extranjeros ingresantes en el territorio nacional de modo clandestino.

En este marco, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió haciendo lugar al recurso interpuesto y ahondó en el análisis de la controversia, enfocando circunstancias de hecho relevantes.

Para decidir de ese modo, sostuvo que

[es] posible conciliar sin violencia de las respectivas normas constitucionales referentes a la materia, la facultad de la Nación en cuanto a admisión de extranjeros con la situación que en casos excepcionales y por circunstancias no totalmente imputables a ellos, puede haberles creado su radicación de hecho en el país en condiciones tales que su reembarco al cabo de varios años podría comportar, no ya contralor de la entrada, sino una verdadera e injusta expulsión, al margen de las atribuciones de la autoridad que pretende realizarla.

9 CSJN, "Cuesta Urrutia", *Fallos Colecciones* Tomo 200, Año 1944, pág. 99 – 111, cita en considerando 7º, pág. 109.

10 CSJN, "Lino Sosa", *Fallos Colecciones*, Tomo 234, Año 1956, pág. 203 – 211, cita en considerando 1º, págs. 209 y 210.



De la misma manera en que se había pronunciado en su anterior precedente “Cuesta Urrutia” (1944), el máximo tribunal valoró circunstancias de hecho acreditadas en el proceso, que daban cuenta del comportamiento correcto del migrante, sostenido durante un tiempo para poner a prueba su apego a las normas y principios rectores del país.

En el fallo mencionado, el alto tribunal resaltó el proceder de Lino Sosa, quien había realizado gestiones administrativas tendientes a lograr su admisión presentando documentación que no había sido objetada y aun cuando permaneció en el territorio nacional, no se habían puesto trabas en su permanencia, durante la cual había trabajado y desplegado un buen comportamiento.<sup>11</sup>

En consecuencia, nuevamente, la Corte admitió que la condición irregular puede ser purgada, no solamente al demostrar que los antecedentes no merecen impugnación alguna, sino aportando pruebas sobre el correcto comportamiento del migrante, persistente en el tiempo, a fin de que se puedan tener por acreditada su voluntad de cumplir los principios rectores del país.

En esta inteligencia, podría invocarse la garantía constitucional de permanecer en el territorio.

## **b) El caso “Huang Qiuming” y recientes fallos que confirman la expulsión de extranjeros en virtud de su ingreso irregular**

Así como en 1944 o en 1956 se había abordado el interrogante sobre la posibilidad de purgar el ingreso irregular del migrante en el territorio nacional, valorándose determinadas circunstancias para dejar sin efecto la expulsión, en la actualidad el panorama es distinto.

Ello obedece, desde luego, a la evolución de la normativa migratoria y a sus disposiciones, a los cambios sociales y económicos subyacentes al fenómeno migratorio que implican análisis diferentes.

En 2021, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó un criterio restrictivo sobre la posibilidad de “purgar” el ingreso irregular de un migrante, frente a la orden de expulsión dispuesta por la Dirección Nacional de Migraciones y cuestionada por el migrante.

En efecto, en la causa “Huang, Qiuming c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”, el alto tribunal se expidió sobre la interpretación del artículo 29 y concordantes de la Ley N° 25871, y sostuvo por unanimidad que la conminación a regularizar, bajo apercibimiento de expulsión, prevista por el ar-

<sup>11</sup> En el precedente “Lino Sosa”, la Corte valoró el proceder del extranjero y afirmó que “resulta indudable que Sosa procuró espontáneamente, desde el momento en que se quedó en el país, lograr su admisión por intermedio de las diversas gestiones efectuadas ante las respectivas autoridades por el agente del barco, que a ese efecto se presentó la respectiva documentación, que ésta no fue objetada como impertinente o insuficiente; que denegado el permiso y fallado el proceso que se le siguió por haber entrado clandestinamente [...] ninguna autoridad puso trabas a su permanencia ulterior en el mismo domicilio que tuvo desde el comienzo y que siguió conservando hasta su reciente detención [...] que casi cuatro años después presentó un pedido de radicación contra un certificado de trabajo tampoco objetado, del que se desprende su capacidad para desempeñarla concordante con el certificado de aptitud [...] su buena moral y comportamiento”.

título 61 de la misma ley, solo se aplicaría a quienes permanecen en el territorio nacional de manera irregular, pero no a quienes hubieran ingresado irregularmente.

La controversia llegó a conocimiento del alto tribunal a raíz del recurso extraordinario federal planteado por la Dirección Nacional de Migraciones, en contra de la sentencia dictada por la Sala V de la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

El fallo de la Cámara había decretado la nulidad de los actos administrativos impugnados mediante el recurso directo –Disposición SDX 149073/16 y sus confirmatorias– que habían declarado irregular la permanencia de Huang Qiuming en el territorio nacional y dispuesto su expulsión, en virtud de lo establecido en el artículo 29, inciso i) de la Ley N° 25871.

Para resolver de ese modo, la Sala V sostuvo que, en el marco del artículo 29, inciso i) de la Ley N° 25871, no se habían tomado en cuenta el tiempo transcurrido desde su ingreso y las circunstancias actuales del migrante que, a excepción de la constancia de ingreso al país, cumplía con todas las condiciones que la legislación requiere para obtener la residencia temporaria.

En este marco, el tribunal cimero dispuso que el precepto contenido en el artículo 61 de la Ley N° 25871

sólo alcanza a los casos en que se verifique una irregularidad en la `permanencia` de un extranjero en el país, excluyendo supuestos como el que aquí se examina, en el que la irregularidad se planteó en el momento del ingreso al territorio nacional (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Huang Qiuming c/ EN DNM s/ recurso directo DNM”, considerando 7°).

Desde esta perspectiva, se podría regularizar o purgar la permanencia irregular pero no el ingreso irregular, circunstancia que bajo la luz del fallo sería insalvable y su única consecuencia posible sería la expulsión.<sup>12</sup>

En este derrotero, el máximo tribunal afirmó que la decisión de la autoridad migratoria impugnada

no hizo más que ajustarse a las previsiones establecidas en los preceptos transcritos por lo que desde esta perspectiva no resulta pasible de objeción alguna” [y que] “las previsiones del art. 23 *in fine* de la ley 25.871 pues el otorgamiento de la “residencia temporaria” presupone la inexistencia de los impedimentos contemplados en el ya citado art. 29... (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Huang Qiuming c/ EN DNM s/ recurso directo DNM”, considerando 6° y 8°).

12 Es oportuno resaltar que, a la fecha de redacción de este artículo, el máximo tribunal se ha expedido de igual manera en 110 fallos en 2021, 92 en 2022, 44 en 2023 y 2 en 2024. En todos los casos decididos se ha mencionado el precedente “Huang”, aquí referido. En este sentido, la CSJN ha dicho que “las cuestiones que se debaten en la presente causa resultan sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas por esta Corte en la causa “Huang, Qiuming” (Fallos 344:3580) a la que cabe remitir en lo pertinente, en razón de brevedad”.

Ceriani Cernadas y Odriozola, en su trabajo sobre este fallo, sostienen que “la Corte optó por una interpretación literal sesgada y restrictiva –únicamente– de la normativa migratoria” (Ceriani Cernadas y Odriozola, 2021: 41), [y que] no tuvo en cuenta ya no solo la jurisprudencia, sino estándares internacionales, una abultada doctrina sobre el tema o declaraciones de Argentina y de otros Estados en las que se destaca a la irregularidad migratoria como un indicador de vulnerabilidad y a la regularización migratoria como una herramienta central de una política migratoria basada en derechos (Ceriani Cernadas y Odriozola, 2021: 41).

Desde esta perspectiva, el fallo reseñado trasluce un enfoque de la infracción migratoria del ingreso irregular, al margen de la protección del derecho a migrar concebido como un derecho humano.

Los autores mencionan que, además, la decisión contradice el principio pro migrante “que impone ante el conflicto normativo estarse a la norma más favorable al extranjero, previsto en el artículo 28 y reformado por el artículo 1º del Decreto N° 616/10, (reglamentario de la Ley de Migraciones)” (Ceriani Cernadas y Odriozola, 2021: 41).

En este marco, es importante considerar la importancia del derecho de defensa del migrante, garantizada por el artículo 28 de la carta magna y el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como un vehículo para ser oído, invocar y acreditar las circunstancias de hecho que podrían ser valoradas en oportunidad de revisar la medida de expulsión dispuesta, tanto en la instancia administrativa como judicial.

Sobre este punto, Balaguer subraya la importancia de la adecuada notificación de los actos administrativos que dispongan una medida de expulsión y afirma que

[s]ostener que a partir del silencio existe una conformidad con la decisión estatal de expulsión del país (efecto positivo del silencio o presunto consentimiento) es una extrapolación de las consecuencias que genera la falta de interés en el proceso dispositivo, que en modo alguno se puede sostener sin más, en una materia en la que están involucrados principios que aluden a la dignidad de persona humana que exigen una interpretación amplia de ese silencio (Balaguer, 2022: 43).

En la misma tesitura, el autor refiere que, en materia migratoria,

la intervención de la defensa pública actúa como contrapeso necesario e indispensable en relación con las prerrogativas que dispone el Estado para evaluar la dispensa de aquellos migrantes que han incurrido en algunas de las causales que impugnan su permanencia en el país (Balaguer, 2022: 40).

### c) Algunos fallos de la CSJN en casos de “permanencia irregular” por comisión de delitos y el peso del derecho a la reunificación familiar

Es relevante considerar que el criterio antes expuesto en los precedentes del máximo tribunal requirió un análisis particular en los casos en que se invocó el derecho de reunificación familiar.

En ese escenario, se conjugan diversas normas que protegen los derechos humanos, en especial aquellas específicas que contemplan problemáticas singulares como la violencia de género, discapacidad o los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Así, en el caso “Barrios Rojas”<sup>13</sup> (2020) la Corte Suprema dispuso que la facultad discrecional de la Administración, prevista en la Ley Nacional de Migraciones, es de carácter restrictivo y que su límite es la configuración de criterios discriminatorios.

En el precedente de referencia, la Dirección Nacional de Migraciones canceló la residencia precaria de la Sra. Barrios Rojas y ordenó su expulsión del país, en virtud del artículo 29, inciso c) de la Ley N° 24571 y de su previa condena a la pena de seis años de prisión, impuesta por la comisión del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

La actora recurrió la orden de expulsión, invocó su derecho a la reunificación familiar y explicó que padecía afecciones de salud y que, luego de cumplir su condena, cursó estudios y diversos trabajos.

Los recursos planteados en sede administrativa fueron rechazados y, por vía de recurso directo previsto en el artículo 84 de la Ley N° 25871, la Sala V de la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dictó sentencia declarando la nulidad de la Resolución del Ministerio del Interior, por considerar que la controversia constituía un supuesto de reunificación familiar.

Para resolver en tal sentido, la Excelentísima Sala ponderó la razonabilidad del acto impugnado, en el ejercicio de la facultad discrecional prevista en el artículo 29 última parte de la Ley N° 25571 y estableció que la actora tenía un grupo familiar en el país, que habían transcurrido dieciséis años desde la comisión del delito motivo de la expulsión y que la accionante se había reinsertado en la sociedad.

El Estado nacional interpuso recurso extraordinario federal en contra del fallo, lo cual generó la intervención del alto tribunal.

En el caso mencionado, la Corte Suprema, determinó que la cuestión a resolver era la existencia de un supuesto de reunificación familiar y que la solución se hallaba en el artículo 29 de la Ley N° 25871.

En este derrotero, resolvió que

[l]a dispensa prevista en el art. 29 de la ley 25.871 por razones humanitarias o de reunificación familiar cuya concesión por parte de la administración es discrecional, constituye una excepción a la regla de la expulsión

y como tal debe ser especialmente motivada; en tanto el límite para el ejercicio de esta facultad administrativa está dado por la prohibición de adoptar criterios discriminatorios (artículo 3, inciso f, de la ley).

Así, estableció que la mera existencia de un grupo familiar en el país y la reinserción de la actora no resultan suficientes para dejar sin efecto la orden de expulsión, dado que ello implicaría ignorar que la concesión de tal dispensa es discrecional para la Administración y que solo puede ser concedida de modo excepcional y mediante resolución fundada.

En este sentido, el tribunal cimero destacó que “la conveniencia o interés jurídico de ampliar las salvedades previstas a una regla legal, aun cuando fuera en protección de derechos individuales, es un problema de política legislativa que sólo al legislador incumbe resolver (Fallos 237:355)” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Barrios Rojas, Zoila Cristina c/ EN DNM resol. 561/11 (Expte. N° 2091168/06) s/ recurso directo para juzgados”, considerando 11).

Por ello, la Corte Suprema consideró que la decisión de la Cámara implicó una sustitución de las facultades que la ley atribuye a la Administración.

En este marco, se hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto, dejando sin efecto la sentencia apelada.

De igual manera, el alto tribunal mantuvo su criterio restrictivo respecto del control judicial de la dispensa denegada en sede administrativa, circunscribiéndolo a la razonabilidad del ejercicio de una facultad discrecional atribuida específicamente a la Dirección Nacional de Migraciones.

En la misma tesitura, en el caso “Otoya Piedra”, el tribunal cimero hizo lugar al recurso extraordinario planteado por la Dirección Nacional de Migraciones, a raíz del pronunciamiento de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

La Sala V habría declarado nulos los actos administrativos que habían declarado irregular la permanencia del actor en el país y ordenado su expulsión, con prohibición permanente de reingreso, a causa de la comisión de delito.

Para resolver de esa manera, sostuvo que la Administración no motivó adecuadamente la medida impuesta, por falta de valoración de ciertos parámetros del caso particular.

Entre los factores que no se ponderaron, refirió la naturaleza y gravedad del delito cometido; el tiempo que se prolongó la residencia del extranjero en el país, el tiempo que transcurrió desde que el extranjero cometió el delito y el examen de la conducta desplegada con posterioridad; los vínculos sociales, culturales y familiares –uno de los hijos era menor de edad– que desarrolló en el país de residencia y con el de destino y la duración de la prohibición de reingreso.

En este contexto, el alto tribunal reiteró el criterio expresado en “Barrios Rojas”, en relación con el carácter restrictivo de la dispensa motivada por reunificación familiar y el carácter discrecional de la facultad de la Dirección Nacional de Migraciones.

Sostuvo que

es posible afirmar que la interpretación asignada por el a quo al derecho de reunificación familiar no se compadece con el propósito perseguido por el legislador al aludir a parámetros ajenos al criterio restrictivo que debe primar al interpretar una facultad discrecional de orden excepcional (CSJN, “Otoya Piedra, César Augusto c/ EN - DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 07/12/21, considerando 9º).

Asimismo, destacó que no se alegó una trasgresión al límite para el ejercicio de la facultad administrativa prevista en el artículo 29 de la Ley N° 25871, que está dado por la prohibición de adoptar criterios discriminatorios (CSJN, “Otoya Piedra, César Augusto c/ EN - DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 07/12/21, considerando 9º).

Sin perjuicio de lo resuelto en los precedentes reseñados, la postura de la Suprema Corte fue distinta frente a otras circunstancias, vinculadas con supuestos de vulnerabilidad por la existencia de menores de edad dentro del núcleo familiar.

Así, decidió de manera diversa en el precedente “C.G.A. c/ EN – DNM s/ Recurso directo DNM”, un fallo dictado el 6/09/2022.

En este caso, la Dirección Nacional de Migraciones declaró irregular la permanencia de la actora en el país, con fundamento en el artículo 29, inciso c, de la Ley N° 25871, en razón de que la migrante boliviana había sido condenada a la pena de cuatro años y tres meses de prisión, de cumplimiento efectivo, por el delito de tráfico de estupefacientes en su modalidad de transporte.

El recurso administrativo interpuesto fue rechazado y, más allá de que la migrante había acreditado tener hijos argentinos menores de edad, la Dirección Nacional de Migraciones entendió que la naturaleza del delito por el que había sido condenada impedía modificar lo resuelto.

Como consecuencia del recurso directo interpuesto por la accionante y que había sido denegado en primera instancia, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó lo decidido.

Para resolver de esta forma, sostuvo que, dada la índole del delito cometido por la actora, no era posible afirmar que la Dirección Nacional de Migraciones hubiera incurrido en una interpretación parcial de las disposiciones de la Ley N° 25871 ni tergiversado sus fines, pues se ajustaba a los términos de su artículo 29, inciso c).

Además, la Sala afirmó que la dispensa por razones de reunificación familiar reviste carácter de facultad discrecional de la Dirección Nacional de Migraciones, cuyo control judicial se dirige a la razonabilidad, pero no a la sustitución del criterio de la Administración.

Así las cosas, el alto tribunal interviene a raíz del recurso de queja interpuesto por la migrante, por recurso extraordinario denegado.

Aquí se plantea el núcleo de la cuestión tratada en el fallo reseñado.

La actora requirió la intervención de la Defensoría de Menores e Incapaces ante el fuero federal en representación de sus cuatro hijos menores de edad y afirmó que el fallo de la Cámara lesionaba sus derechos fundamentales, ya que aunque se había acreditado la situación de extrema vulnerabilidad que la afectaba a ella y a su grupo familiar integrado por sus hijos menores de edad, se había omitido considerar la dispensa prevista en el artículo 29 in fine de la Ley N° 25871.

Por estas razones, la migrante invocó una violación del principio de razonabilidad, que afecta el derecho a la reunificación familiar, el interés superior de los niños y su especial protección.

La Corte Suprema se refiere al criterio sentado en “Barrios Rojas” y “Otoya Piedra” y marca una distinción para los casos en los que se presentan circunstancias que involucran el interés superior del niño o supuestos de vulnerabilidad.

Así, afirmó que

si se demostraba el grado de desamparo en que quedarían los familiares del migrante, el rechazo de dicha dispensa podría ser considerado una injerencia arbitraria o irrazonable al derecho a la protección de la vida familiar (“Barrios Rojas”, voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti), o que, en determinados supuestos en los que la reunificación familiar invocada incluyera prioritariamente a menores de edad, podría resultar aplicable de modo decisivo la noción del interés superior del niño reconocida por cláusulas de rango constitucional (“Barrios Rojas”, voto del juez Rosatti) (CSJN, “C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 06/09/22, considerando 9°).

Con esta perspectiva, el tribunal cimero estableció que el fallo recurrido no valoró la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encontraban la migrante y sus hijos y omitió toda consideración acerca del interés superior del niño y su preferente tutela constitucional.

Por tal motivo, decidió que

lo expuesto resulta suficiente para revocar la sentencia que confirmó la medida de expulsión dispuesta por la Dirección Nacional de Migraciones, con prohibición de reingreso permanente en el territorio nacional, toda vez que el *a quo* desatendió por completo la consideración y aplicación del principio cardinal del interés superior del niño, pese a que los elementos incorporados a la causa demostraban en forma fehaciente la existencia de un riesgo cierto y real de que, al hacerse efectiva dicha orden administrativa, los hijos menores de edad de la migrante quedarán en situación de desamparo (CSJN, “C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 06/09/22, considerando 16).

Asimismo, añadió que

[n]o pueden pasarse por alto las circunstancias examinadas en el *sub lite*, en las que se encuentra involucrado el interés superior del niño en cuestiones vinculadas a la materia migratoria. En este orden de ideas, es preciso recordar que el Tribunal ha sostenido que en los procesos referentes a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad (como lo es la de los niños), o bien que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos, la naturaleza de los derechos en juego excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto (*Fallos* 332:111 y 338:29), (CSJN, “C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 06/09/22, considerando 16).

Este pronunciamiento establece un criterio relevante para el análisis del derecho de reunificación familiar, en los casos que implican la ponderación de la protección integral de la familia y el interés superior del niño en materia migratoria.

Lo decidido respeta el derecho a ser oídos y de vivir junto a su familia, que asiste a niños, niñas y adolescentes, garantizado por la Convención de Derechos del Niño, pero también implica el reconocimiento de otras problemáticas subyacentes, igualmente lesivas de derechos fundamentales.

Sobre esta cuestión, Muñoz brinda una visión sobre el fallo reseñado que ilustra, en pocas palabras, la situación de muchas migrantes que entrelazan capas de vulnerabilidad y señala que, [a la actora]

[e]l sistema judicial le pidió infinidad de pruebas y la juzgó con rigor sin hacerse cargo –hasta el final de su trámite judicial– de las múltiples vulnerabilidades que la atravesaban en tanto mujer, migrante, víctima de violencia, madre soltera, pobre y prácticamente analfabeta (Muñoz, 2022: 90).

La autora, en un profundo análisis de los fallos dictados en la causa, destaca la importancia del trabajo realizado por la Administración pública y el Poder Judicial (Muñoz, 2022), en tanto la población migrante se encuentra expuesta a la precariedad y, por ende, a la discriminación.

En este sentido, Plazas se refiere al rol del Ministerio Público de la Defensa en la revisión de las expulsiones y resalta que “[s]i bien la CSJN no se ha expedido en concreto sobre este asunto, sí ha dado intervención a la defensoría de menores en el trámite en su instancia, lo que no sucede en las etapas previas”.

Sin duda, la intervención resulta vital para ejercer el derecho de ser oído y acreditar el perjuicio y el desamparo que implicaría para el desarrollo de niños, niñas y adolescentes ante una medida de ex-



pulsión cuestionada, dado que la sola existencia de un grupo familiar no alcanzaría por sí sola para justificar la dispensa por causa de reunificación familiar.<sup>14</sup>

## V. Migrar, un derecho humano

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en relación con la protección de los derechos de las personas migrantes, señalando que los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa; señaló también que existen límites a la aplicación de las políticas migratorias, que imponen un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del o de la migrante (conf. Corte IDH, in *rebus*: “Caso Vélez Loo vs. Panamá”, del 23/11/2010 y “Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana”, del 28/08/2014).

Asimismo, ha dicho que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución del país respectivo (conf. Corte IDH, “Opinión Consultiva - 6/86”, del 9/05/1986).

Siguiendo con lo afirmado por el mismo tribunal en su competencia consultiva, es dable recordar que, en la Opinión Consultiva N°18/03, luego de señalar que el principio de igualdad y no discriminación pertenece al *ius cogens*, esto es, de norma imperativa para los Estados (v. párr. 101), observó que las personas migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, “en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no migrantes (nacionales o residentes)” (v. párr. 112). Tal condición se relaciona con el contexto histórico de los distintos Estados, así como con la existencia de prejuicios culturales que tienden a reproducir las condiciones de vulnerabilidad, como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo (v. párr.113).

Así las cosas, es menester también señalar la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Ley N° 26202), la cual, si bien no posee jerarquía constitucional, resulta relevante para estas reflexiones.

<sup>14</sup> La jurista propone un interesante recorrido por la jurisprudencia y la recepción de la intervención de las defensorías de menores en los procesos en los cuales se cuestiona una medida de expulsión por razones de reunificación familiar. Plazas explica que la jurisprudencia es restrictiva, que “[f]ue en el año 2016, a partir del fallo “Chavez Ruiz” dictado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que comenzó a gestarse con mayor fuerza esta jurisprudencia restrictiva” (Plazas, 2022: 53).

La mencionada norma, se centra en los derechos humanos de los trabajadores migrantes y sus familias durante todo el proceso migratorio, es decir, desde la etapa previa a la partida hasta la etapa posterior a la llegada. Establece, asimismo, un conjunto de derechos fundamentales que se aplica a todos los trabajadores migrantes, incluyendo los migrantes indocumentados (conf. “Derechos humanos de personas migrantes. Manual Regional”, CABA, OIM y IPPDH, pág. 27).

En este marco, considerando que se trata de un grupo desventajado, resulta imprescindible valorar que el control de constitucionalidad adquiere un rol relevante para asegurar el derecho de igualdad del colectivo migrante, encuadrado en el bloque de constitucionalidad federal, contemplando normas de fuente interna e internacional.

En su estudio sobre las categorías sospechosas y el control de constitucionalidad, Treacy afirma que

la fuerte presunción establecida por la Corte con base en el artículo 20 CN permite vincular este análisis con la finalidad de esta cláusula, que se relacionaba con una política de fomento de la inmigración. Teniendo en cuenta que los migrantes suelen padecer situaciones de discriminación en el acceso a los derechos, este tipo de análisis puede constituir una respuesta jurídica a las condiciones de discriminación que suelen afectar a estos grupos. Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Opinión Consultiva N° 18/03 del 17/09/2003 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados] se ha referido a la situación de migrantes indocumentados, que es un grupo extranjero en condiciones particularmente vulnerables (Treacy, 2011: 199).

El jurista explica que el grupo desaventajado o vulnerable es aquel que encuentra “especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, en razón de circunstancias sociales, económicas étnicas o culturales, o bien en razón de su edad, género estado físico o mental” (Treacy, 2011: 199).

Por todo ello, el análisis de la tensión normativa que motiva este trabajo no podrá omitir el carácter de derecho humano impreso en el derecho a migrar, la condición de grupo desaventajado que acompaña a este colectivo y que sostiene la necesidad de una eficaz protección de sus derechos en el momento de evaluarse el cuestionamiento de una medida de expulsión.

Al respecto, Treacy se refiere a los *principios de derechos humanos sustantivos*, que deben ser respetados en los procedimientos respectivos.

Ellos son, el principio *pro persona*, cuyo alcance es transversal y exige considerar todas las normas que incidan en la cuestión a decidir; el principio de *no devolución* para el caso de que ella implicara un riesgo para los derechos humanos del extranjero; el principio de *no discriminación*, que integra el *ius cogens* y que incide en el ejercicio de otros derechos, en especial si se tiene en cuenta que el colectivo migrante es un grupo desaventajado; los principios *de unidad familiar y del interés superior del niño* y *el principio de proporcionalidad* que impone el análisis de la necesidad de la medida y la evaluación

estricta de las razones invocadas por la autoridad administrativa y se vincula con la razonabilidad de los actos administrativos dictados y su posible control judicial<sup>15</sup> (Treacy, 2020).

## VI. Reflexiones finales

Luego de un breve recorrido por las directrices del legislador, que surgen de la ley suprema, de la Ley N° 25871 y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la doctrina citada, vale la pena preguntarse si aquellos motivos tenidos a la vista por quienes precedieron en la labor legislativa han cobrado una nueva perspectiva en el mundo actual.

Esta pregunta es inexcusable a fin de comprender el alcance de las normas, darles vida en línea con su finalidad, con la realidad socioeconómica y jurídica de cada caso particular, ponderando los derechos en juego a la luz del bloque de constitucionalidad federal, de normas internas e internacionales.

Justamente, el panorama mundial se ha tornado cada vez más globalizado y atravesado por la digitalización, nuevos desafíos sociales, económicos, la pospandemia y conflictos bélicos generan cambios disruptivos en el mercado laboral y en la planificación del proyecto de vida.

Estas circunstancias incrementan la movilidad migrante y producen fenómenos de impacto multidimensional que demandan una mirada abarcativa de aspectos que exceden la inconsistencia normativa planteada por la Ley N° 25871, aunque la misma haya sido un eficiente disparador de interrogantes jurídicos.

Es frecuente observar que, además de la problemática migratoria que implica por sí misma vulnerabilidad en las situaciones bajo examen, se presenten supuestos de violencia de género, discapacidad y núcleos familiares integrados por niños, niñas y adolescentes.

Estas circunstancias impiden un análisis lineal o rígido de la exégesis legislativa y abren un abanico de posibles normas aplicables que deben armonizarse entre sí para encontrar soluciones justas y equitativas.

Por estas razones, la incorporación de normas convencionales, los principios sustantivos y en particular los principios de razonabilidad y proporcionalidad imponen nuevos estándares de evaluación de los conflictos en torno de la expulsión de la población migrante.

Los antecedentes analizados conducen a reflexionar sobre la importancia de ponderar las circunstancias particulares de cada caso, sin apartarse de la ley, pero sin hacer de ella un receptáculo impermeable a cuestiones inherentes a la dignidad humana.

En este derrotero, surge la necesidad de identificar las razones por las cuales los derechos humanos serían atendibles en el caso de “permanencia irregular”, pero no revestirían suficiente entidad si se tratara de supuestos de “ingreso irregular”.

---

<sup>15</sup> Véase Treacy, 2020: 246-258.

Esta pregunta no es menor porque se juega en esta decisión el balance de derechos protegidos y su encastre en una circunstancia puntual: un ingreso irregular situado en el tiempo, muchos años atrás.

Habrà que interpelarse sobre los “principios básicos del Estado de derecho, como el de proporcionalidad y el de prescriptibilidad de la facultad sancionatoria del Estado” (Ceriani Cernadas y Odriozola, 2021: 41).<sup>16</sup>

¿Por qué la infracción de normas administrativas de ingreso al país podría tornarse imprescriptible, de hecho?

¿Por qué, esa imprescriptibilidad “de hecho” pesaría más que los derechos humanos de migrantes que puedan acreditar su legítimo y honesto deseo de arraigarse en el territorio nacional o la imperiosa necesidad de ejercer el derecho a la reunificación familiar?

La respuesta será única en cada caso y para encontrarla habrá que desplegar la difícil tarea de administrar justicia atendiendo a la compleja realidad social y a la totalidad del plexo normativo, como un instrumento de igualdad material de este grupo desaventajado.

## Referencias bibliográficas

- Balaguer, A. C. (diciembre de 2022). El rol de la defensa pública en los procedimientos administrativos y/o judiciales en materia migratoria. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Personas en contexto de movilidad humana*, 17, 37-51.
- Ceriani Cernadas, P. y Odriozola, I. (7 de diciembre de 2021). Personas migrantes. Expulsiones. Niños y Niñas CSJN, “Huang Qiuming c/ EN – DNM s/ Recurso directo DNM” y “Otoya Piedra, César Augusto c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM”. *Debates sobre Derechos Humanos*, 6.
- González, J. V. (1980). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Estrada.
- Muñoz, R. (diciembre de 2022). El caso C.G.: un lago recurrido en búsqueda de soluciones duraderas. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Personas en contexto de movilidad humana*, 17, 77-91.
- Plazas, F. G. (diciembre de 2022). El derecho a la vida familiar de las hijas e hijos de personas migrantes y el rol del Ministerio Público de la Defensa. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Personas en contexto de movilidad humana*, 17, 53-63.
- Ramella, P. A. (1982). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.
- Sánchez Viamonte, C. (1945). *Instrucción Cívica. Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Kapelusz.
- Treacy, G. (2011). Categorías sospechosas y control de constitucionalidad. *Lecciones y Ensayos*, 89, 18-216.
- Treacy, G. (febrero de 2020). Los principios de derechos humanos como límites a las políticas migratorias, avances y retrocesos en la legislación argentina. *Revista Pensar en Derecho UBA-EUDEBA*, 15, 225-261.

<sup>16</sup> Los autores destacan esta reflexión en su trabajo dedicado al fallo “Huang Qiuming”, en el cual sostienen que “la infracción administrativa de ingresar al país obviando un control migratorio como un impedimento absoluto en pie de igualdad con las sanciones previstas para los crímenes internacionales más atroces violando flagrantemente el principio de proporcionalidad” (Ceriani Cernadas y Odriozola, 2021: 42).

## Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN ?DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95) y otro s/ recurso directo para juzgados”, sentencia del 24 de septiembre de 2020, *Fallos* 343:990.

Corte Suprema de Justicia de la Nación C.G.A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM s/ Recurso Directo DNM”, sentencia del 06/09/2022.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Cuesta Urrutia, Tomás Luis s/ recurso de habeas corpus”, *Fallos Colecciones Tomo 200 Año 1944*, pp. 99-111.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Huang, Qiuming c/ EN-DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del *Fallos* 344:3586.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Lino, Sosa”, *Fallos Colecciones*, Tomo 234, Año 1956, pág. 203.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Otoya Piedra, César Augusto c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM (*Fallos* 344:366, sentencia del 07/12/21)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Vélez Loor vs. Panamá”, sentencia del 23/11/2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana”, sentencia del 28/08/2014.



# La segmentación de tarifas de energía, ¿se reabre el debate?

## Una mirada desde el acceso a la información pública



*María Soledad Manin\**

### Introducción

El gobierno de Alberto Fernández (2020-2024) se planteó el objetivo de hacer un uso más eficiente del presupuesto público destinado a subsidios energéticos –a la distribución de energía eléctrica y gas natural por redes– pasando de un esquema totalmente subsidiado a una asignación diferenciada de los subsidios en función del nivel socioeconómico de los hogares.

Dicha política, denominada de segmentación tarifaria, redundaría en la quita de dicho subsidio y el pago del costo pleno de la tarifa a los sectores de más altos ingresos, la reducción de subsidios a los sectores medios, y la continuación del beneficio para los sectores considerados de bajos ingresos. Se planteó como alternativa a la tarifa social que había implementado el gobierno de Mauricio Macri (2015-2019), que consistió en permitir a los sectores considerados de vulnerabilidad económico-social solicitar acceder a una tarifa subsidiada, aplicando al resto de los usuarios la tarifa plena.

En este sentido, a los fines del diseño de dicha política fue necesario caracterizar a las distintas personas usuarias de energía eléctrica y gas natural para encuadrarlos en diferentes categorías (segmentos) que determinarían si recibía subsidio, tenía una tarifa parcialmente subsidiada, o pagaba el costo pleno de la energía.

\* Abogada y traductora pública de Inglés (UBA). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente UBA, UNPAZ y CEARE. Ex-interventora del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE). Contacto: smanin@derecho.uba.ar

La política se formalizó –entre otros instrumentos– a través del Decreto N° 332/2022, que creó el Registro de Acceso a los Subsidios a la Energía. Se establecieron parámetros de corte para los tres segmentos de ingresos (altos, medios y bajos) Dicho registro contiene la información suministrada por las personas usuarias respecto del hogar, con carácter de declaración jurada.

Dicho decreto establece, además, que la veracidad de la información suministrada por las personas usuarias, así como las modificaciones en la situación patrimonial serán comprobadas a través del cruzamiento de datos con diferentes organismos públicos.

El gobierno actual ha anunciado la modificación de este esquema, aunque no informó en qué sentido se realizaría. Por el momento, no hubo modificaciones. Entonces, creemos que resulta útil repasar algunas de las discusiones que se dieron en torno a la implementación de esta política.

En particular, abordaremos la cuestión de si el acceso a la información patrimonial de las personas usuarias podría derivar en algún supuesto de uso indebido de dicha información. Cabe recordar que, en sentido similar, se cuestionó en su momento al Sistema Único de Boleto Electrónico (SUBE) respecto de la información sobre el paradero de las personas.

En el diseño y monitoreo del esquema de segmentación de tarifas aún vigente, los organismos involucrados no solo son la Secretaría de Energía de la Nación, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), los entes reguladores y las distribuidoras de energía eléctrica y gas natural de todo el país, sino también organismos que cuentan con información del nivel socioeconómico de las personas usuarias, tales como la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), el Banco Central, el Registro de la Propiedad Inmueble y la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA).

El monitoreo de la segmentación tarifaria se lleva a cabo, a nivel nacional, a través del cruzamiento de la información que surge de la declaración de las personas usuarias que se encuentra almacenada en el RASE con información que surge de diferentes organismos públicos respecto de los ingresos, titularidad de inmuebles, automóviles, entre otras cuestiones incluidas en el diseño de la política como indicadores de nivel económico.

Para este análisis enmarcamos el cruzamiento de información entre personas jurídicas públicas en la Ley de Acceso a la Información Pública, ya que los actores involucrados resultan, a su vez, sujetos activos y pasivos de dicha ley.

Entendemos que, del mismo modo en que sucede con el caso de estudio elegido, cualquier intercambio o cruzamiento de información entre organismos públicos con la finalidad de llevar a cabo una política pública que sea tendiente a garantizar derechos debe encuadrarse en dicha ley, no solo a los fines doctrinarios sino a los fines prácticos de evitar inconvenientes u obstáculos que atenten contra su eficiencia.



En este sentido, analizaremos la Ley de Acceso a la Información como instrumento no solo de la ciudadanía sino también –en el supuesto mencionado y otros similares que puedan suscitarse– de la Administración pública.

Por su parte, analizaremos la Ley de Protección de Datos Personales y otros instrumentos más restrictivos en cuanto a la circulación de información, con el fin de dilucidar su integración con la citada ley de acceso.

## 1. Acerca de la energía como derecho

En el fallo “Abarca, Walter José y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Energía y Minería y otro s/amparo Ley 16.986” (CSJN - 6/9/2016), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto de los servicios energéticos, ha dicho que el acceso de las personas a las fuentes de energía constituye un derecho elemental y un presupuesto necesario e ineludible para el bienestar y el confort de los seres humanos. “La energía es necesaria para cocinar, para iluminarnos, para conservar los alimentos, para tener agua caliente sanitaria y para la climatización, servicios básicos que cualquier hogar debería tener cubiertos para asegurarse unas condiciones mínimas de confort”.

Por su parte, durante la Declaración del Encuentro Internacional por el Derecho a la Energía (Mar del Plata, 11 de octubre del 2014), se estableció que “La energía es un derecho humano, no una mercancía”.

La energía es una necesidad básica insustituible y forma parte de los derechos humanos de tipo económico y social. El acceso a la energía permite, a su vez, el acceso a otros derechos fundamentales como el agua, la salud, la educación, el empleo, la seguridad, entre otros.

El artículo 42 de la Constitución Nacional establece que:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Y que:

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

Siguiendo con el artículo 42, y en pos de asegurar que la información sea adecuada y veraz para el consumidor, es necesario explicar cómo se establece una tarifa de servicio eléctrico y de gas natural, es decir, cómo se determina cuánto será el monto que pagará una persona usuaria de un servicio que es, al mismo tiempo, un derecho.

## 1.1. Características de la segmentación tarifaria

En términos generales, el esquema de redistribución de los subsidios reúne las siguientes características:

- **Quita de subsidios focalizada:** a partir de la identificación de las personas usuarias por nivel de ingresos, se quitarán subsidios a los hogares con alto poder adquisitivo y a empresas con capacidad económica para asumir el costo total de generación.
- **Segmentación:** la quita de subsidios podrá ser total o parcial de acuerdo con la definición de distintos segmentos.
- **Progresividad:** la quita de subsidios podrá ser creciente en función de los ingresos.
- **Dinamismo:** se requerirá una actualización constante de los criterios y las personas usuarias alcanzadas para capturar cambios en los ingresos.

Como dijimos, la caracterización socioeconómica requirió una etapa de diagnóstico y diseño, con la cual se construyeron los parámetros, categorías o niveles y valores de corte. A partir de estos parámetros, puede avanzarse con los cruces de información que permiten encuadrar a cada hogar del país en un nivel determinado. Ello permite disponer la quita de subsidios escalonada según el nivel.

En el diseño y aplicación de la política intervienen tanto órganos estatales (por ejemplo, la Secretaría de Energía), entes estatales con mayor o menor grado de independencia (ENRE, BCRA) y prestadoras de servicios públicos, tanto grandes empresas constituidas como sociedades anónimas como cooperativas que brindan el servicio en el interior del país.

Los sujetos que participaron en el diseño de la política y los que se encuentran a cargo de su implementación tienen en su poder información relevante, o bien son los encargados de procesar información o de aplicar el esquema. La cadena por donde circula la información es amplia y compleja por la divergencia de actores involucrados.

La primera cuestión que analizar en relación a los actores involucrados es ¿tienen algún tipo de relación? Y si fuera así, ¿qué tipo de relación tienen o debieran tener y cómo encuadrarla?

La primera aproximación al tema es que ciertos actores están vinculados por su especificidad técnica y en virtud de los marcos regulatorios –básicamente, Ley N° 24065 y contratos de concesión de jurisdicción nacional–; esto es, la Secretaría de Energía, el ENRE, el ENARGAS y las distribuidoras cuyo ámbito de concesión se encuentra en dicha jurisdicción.

En estos casos, la relación podría encuadrarse, siguiendo a Balbín,<sup>1</sup> como una relación jerárquica o de tutela administrativa, para el caso de los actores estatales y una relación de especial sujeción, para el caso de los concesionarios.

Sin embargo, otros actores no se vinculan en función de la materia. En función de ello, analizaremos si resulta aplicable el principio de jerarquía que ordena las relaciones en el Poder Ejecutivo Nacional o si, por el contrario, sus relaciones deben encuadrarse en otros principios.

La segunda cuestión a dilucidar es si todos los actores involucrados son sujetos de la Ley de Derecho de Acceso a la Información y/o de la Ley de Protección de Datos Personales, que resulta o se invoca como limitante para la circulación de información.

Ello requerirá un repaso por dichos marcos normativos, lo que abordaremos en los próximos acápite.

## 2. Marco conceptual de la Ley N° 27275 de Derecho de Acceso a la Información Pública

En los fundamentos del Decreto N° 1172/03, se señala que el acceso a la información es un “prerrequisito de la participación” y la finalidad de la norma es “permitir y promover una efectiva participación ciudadana” (art. 4°). Por su parte, el Reglamento General de Acceso a la Información Pública, establecido como Anexo VII de dicho decreto, brinda la siguiente definición: “Constituye una instancia de participación ciudadana por la cual toda persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los sujetos mencionados en el artículo 2°” (art. 3°). Es decir, conforme a esta norma, *se trata tanto de una forma de participación ciudadana, como de una condición necesaria para que ella sea posible.*

La Ley N° 27275, que reglamenta el Derecho de Acceso a la Información Pública, establece, en su artículo 2, que este

comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados enumerados en el artículo 7°, con las únicas limitaciones y excepciones que establece esta norma. [Agrega que] se presume pública toda información que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien los sujetos obligados alcanzados por esta ley.

Cabe señalar que pese a haberse reglamentado el ejercicio del derecho de acceso mediante una ley, el decreto citado ha quedado vigente, con acotadas salvedades que luego veremos. Sin embargo, ya pode-

<sup>1</sup> Balbín, C. F. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo* (pp. 76-78). Buenos Aires: La Ley, 2° edición actualizada y ampliada.

mos notar que aquel pretende desarrollar, en modo más abarcativo, diferentes herramientas que permiten la participación ciudadana en la Administración pública, y el acceso a la información pública es solo una de las formas en que la ciudadanía puede participar y, como dijimos, condición necesaria para que dicha participación se produzca. Dicho contenido no se ha hecho explícito en la Ley, por lo que debemos recurrir al Decreto para comprender integralmente el régimen.

Como dijimos antes, *el Decreto N° 1172/2003 no solo aborda el derecho de acceso a la información pública, sino las diferentes herramientas tendientes a ampliar la participación ciudadana*. En el anexo VII se encuentra el reglamento general del acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional; sin embargo, también se reglamenta, en el anexo I, las audiencias públicas para el Poder Ejecutivo Nacional, en el anexo III, la publicidad de la gestión de intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, en el anexo V, la elaboración participativa de normas y en el anexo VIII, las reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos.

## 2.1. Marco jurídico constitucional e internacional de la Ley N° 27275 de Derecho de Acceso a la Información Pública

En nuestro sistema jurídico el derecho de acceso a la información se deriva, en primer término, del régimen republicano de gobierno establecido en el artículo 1° de la Constitución Nacional, uno de cuyos pilares es la publicidad de los actos de gobierno, así como de los artículos 33, 41, 42 y concordantes del capítulo segundo –que establece nuevos derechos y garantías– y del artículo 75, inciso 22, que incorpora con jerarquía constitucional diversos tratados internacionales.

El derecho de buscar y recibir información ha sido consagrado expresamente por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo IV) y por el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Corte Interamericana ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, a través de la descripción de sus dimensiones individual y social.

En este sentido, desde 2003, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) ha emitido cuatro resoluciones específicas sobre el acceso a la información, en las que resalta su relación con el derecho a la libertad de pensamiento y expresión (párr. 22, 23, 24 y 25 y sus citas del “Estudio Especial Sobre el Derecho de Acceso a la Información”, Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, agosto de 2007).

Asimismo, en la Resolución AG/RES. N° 2252 (XXXVI-O/06) del 6 de junio de 2006 sobre Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia, la Asamblea General instó a los Estados a que respetaran el acceso de dicha información a todas las personas y a promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva. Por su parte señaló que, en octubre de 2000, la Comisión Interamericana aprobó

la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, elaborada por la Relatoría Especial, cuyo principio 4 reconoce que “el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de ese derecho”.<sup>2</sup>

En tal sentido, la Comisión ha interpretado consistentemente que el artículo 13 de la Convención incluye un derecho al acceso a información en poder del Estado y “la Relatoría manifestó que, dado que la libertad de recibir información debe impedir que las autoridades interrumpan el flujo de información hacia los ciudadanos, la palabra *buscar* lógicamente implicaría un derecho adicional”.<sup>3</sup> Ha resaltado que

todas las personas tienen el *derecho de solicitar*, entre otros, documentación e información mantenida en los archivos públicos o procesada por el Estado y, en general, cualquier tipo de información que se considera que es de fuente pública o que proviene de documentación gubernamental oficial.<sup>4</sup>

En el mismo sentido, indicó que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas ha determinado el concepto de libertad de información y en su Resolución N° 59 afirmó que “la libertad de información es un derecho humano fundamental y [...] la piedra angular de todas las libertades a las que están consagradas las Naciones Unidas” y que abarca “el derecho a juntar, transmitir y publicar noticias”.<sup>5</sup>

La Corte Interamericana, en el caso *Claude Reyes y otros* (2006) señaló que

el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el

2 CIDH, “Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión”, Principio 4, también “Principios de Lima”, Principio 1, “El acceso a la información como derecho humano”; conf. párr. 26, cita 20, pág. 15 del Estudio especial antes señalado.

3 CIDH, Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2003, Vol. 111, Cap. IV, párr. 28, citado en el párr. 27, del Estudio citado.

4 CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 2002, párr. 281, cita del párrafo 27, del Estudio mencionado.

5 En idéntico sentido, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas adoptado en su Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1996; párr. 32, 33, 34, 35, 36 y 37 del capítulo 2, “Sistema de la Organización de Naciones Unidas”, del Estudio citado.

derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.<sup>6</sup>

La importancia de esta decisión internacional consiste en que se reconoce el carácter fundamental de dicho derecho en su doble vertiente, como *derecho individual de toda persona descrito en la palabra “buscar” y como obligación positiva del Estado para garantizar el derecho a “recibir” la información solicitada.*<sup>7</sup> La sentencia de la Corte fortalece como estándar internacional la idea de que este derecho corresponde a toda persona; es decir que la legitimidad activa es amplia y se la otorga a la persona como titular del derecho, salvo los casos de restricción.<sup>8</sup>

El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el *derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan.* En tal sentido, la CIDH impuso la obligación de suministrar la información solicitada y de dar respuesta fundamentada a la solicitud en caso de negativa de conformidad con las excepciones dispuestas; toda vez que

la información pertenece a las personas, la información no es propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a una gracia o favor del gobierno. Este tiene la información solo en cuanto representante de los individuos. El Estado y las instituciones públicas están comprometidos a respetar y garantizar el acceso a la información a todas las personas. El Estado debe adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para promover el respeto a ese derecho y asegurar su reconocimiento y aplicación efectivos. El Estado está en la obligación de promover una cultura de transparencia en la sociedad y en el sector público, de actuar con la debida diligencia en la promoción del acceso a la información, de identificar a quienes deben proveer la información, y de prevenir los actos que lo nieguen y sancionar a sus infractores.<sup>9</sup>

En cuanto a la legitimación pasiva, para que los Estados cumplan con su obligación general de adecuar su ordenamiento interno con la Convención Americana en este sentido, no solo deben garantizar este derecho en el ámbito puramente administrativo o de instituciones ligadas al Poder Ejecutivo, sino a todos los órganos del poder público. En este sentido, la jurisprudencia de la CIDH permitiría afirmar que, al regular y fiscalizar las instituciones que ejercen funciones públicas, los Estados deben tener en cuenta tanto a las entidades públicas como privadas que ejercen dichas funciones.<sup>10</sup> Lo importante es

6 CIDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, 151, párr. 77.

7 Conf. párr. 75 a 77, del precedente antes citado.

8 Conf. párr. 88, 89, 93, 94, 121, 122.

9 CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, párr. 282; Principios de Lima. Principio 4 “Obligación de las autoridades”; Declaración de SOCIUS Perú 2003, Estudio Especial citado, párr. 96.

10 Caso Ximenes Lopes, sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C. N° 149, párr. 141, 80 y 90.

que se centre en el servicio que dichos sujetos proveen o las funciones que ejercen. Dicha amplitud supone incluir como sujetos obligados no solamente a los órganos públicos estatales, en todas sus ramas y niveles, locales o nacionales, sino también a empresas del Estado, hospitales, las instituciones privadas o de otra índole que actúan con capacidad estatal o ejercen funciones públicas.<sup>11</sup>

En cuanto al caso de estudio que se presenta en este trabajo, es de mencionar que los entes reguladores provinciales y los entes reguladores nacionales (ENRE y ENARGAS), junto con la Secretaría de Energía, son los encargados de implementar la política de segmentación de tarifas. Para la concreción de esta tarea resulta fundamental contar con información para elaborar los perfiles de las personas usuarias, es decir, personas humanas o jurídicas. En ese sentido, la cooperación entre organismos del Estado para proveer de esa información resulta fundamental para generarlas.

Es de mencionar que existen diversos organismos que cuentan con información relevante a los fines de la implementación de una política de segmentación:

- El Sistema de Identificación Nacional Tributario y Social (SINTYS) permite realizar una aproximación a las personas usuarias con mayor capacidad de pago, a partir del cotejo de información de titulares con las bases de datos disponibles en SINTYS.
- La Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) puede contribuir a identificar los núcleos familiares y sumar los ingresos totales de los hogares a los que pertenecen las personas usuarias del servicio eléctrico y permitir el cruce de datos con el padrón de jubilados, pensionados, asignaciones familiares y beneficiarios de políticas sociales.
- La ARBA y el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires permiten acceder a información como la condición de propietarios de los y las titulares del servicio, cantidad de viviendas, valor fiscal, entre otros, que completaría los datos disponibles en SINTYS.
- El Banco Central de la República Argentina (BCRA) brinda información relevante para determinar la tenencia de activos financieros, la adquisición de moneda extranjera y la realización de gastos con tarjetas de crédito y débito.
- El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por su parte, podría aportar datos sobre aquellas empresas que reciben beneficios de los programas de dicho organismo, vinculados con la emergencia económica.

Cabe preguntarse si existe algún criterio que puede permitir articular a todos los órganos, entes y entidades entre sí con el fin de dotar de unidad y coherencia sus actuaciones. Si bien el principio instrumental básico es el criterio jerárquico, este modo de relación aplica únicamente entre los órganos estatales con las mismas competencias materiales y territoriales.

En este sentido, también es de mencionar que en la materia de la denominada “segmentación tarifaria” intervienen órganos y entes estatales –además de empresas privadas–, que, en su mayoría, poseen competencias materialmente diferentes. Sin embargo, la identidad de materia entre la Secretaría de Energía, el ENRE y demás entes reguladores y distribuidoras de jurisdicción nacional provincial o municipal y las concesionarias del servicio de distribución de energía eléctrica de jurisdicción nacional

<sup>11</sup> Párr. 102 del Estudio de la Relatoría citado en los considerandos anteriores.

no permite inferir que resulta aplicable el principio de jerarquía. Ello parecería claro respecto de las empresas –aun con las particularidades que tienen las prestadoras de servicio público– pero no tanto en la relación entre los diferentes órganos y entes.

En primer lugar, el ámbito territorial excluye la posibilidad de cualquier tipo de relación jerárquica entre los órganos y entes de jurisdicción nacional con los de jurisdicción local.

Aun si nos focalizamos en Secretaría y ENRE tampoco existe una relación de jerarquía. Esto es así porque el ENRE, según la Ley N° 24065, está dotado de autarquía y hasta podríamos considerar, en virtud del propio artículo 42 de la Constitución Nacional, que se trata de un ente autónomo en materia de su especialidad. Sin embargo, el control de la Secretaría de Energía a través del recurso de alzada sería –a nuestro entender– un obstáculo para poder sostener que goza de autonomía, considerando a esta como el mayor grado de libertad posible dentro del ámbito de la Administración pública nacional.

Por lo tanto, el modo de interacción entre los actores estatales involucrados en diferentes ámbitos territoriales es la cooperación o colaboración que incluye, por ejemplo, el deber de información. En efecto, la cooperación excluye el poder de mando y se apoya en la colaboración entre órganos, entes y órganos y entes entre sí. En particular, este instrumento de interrelación procede, entre otros, en los siguientes casos:

- a) entre órganos del mismo sujeto jurídico, pero con distintas funciones materiales, b) entre órganos que son parte de sujetos jurídicos diferentes, así, por ejemplo, el subsecretario de Estado y el gerente de un ente descentralizado y, por último, c) entre entes descentralizados.<sup>12</sup>

Por su parte, la coordinación es el ejercicio de competencias propias de cada órgano o ente en términos no contradictorios con los otros, sin duplicidad de esfuerzos y recursos, y en cumplimiento de fines convergentes. Es decir, el órgano o ente ejerce sus competencias, pero respetando las competencias y fines de los otros, de modo informal o formal. En especial, el criterio de coordinación es formal cuando las competencias entre órganos o entes son de carácter concurrente.

Así, la coordinación comprende, entre otras técnicas específicas, las políticas de programación y planificación estatal, la creación de órganos de coordinación o la intervención de otros órganos estatales en el trámite de decisión. La coordinación permite, así, decisiones y acciones conjuntas y homogeneidad de carácter técnico.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Balbín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2ª edición actualizada y ampliada, 2015, tomo II, p. 76.

<sup>13</sup> *Ibidem*.



Me permitiría ir más allá al incluir también en este esquema de interrelación a las empresas privadas concesionarias del servicio público de distribución de energía, teniendo en cuenta que estas se encuentran comprendidas en los alcances de la Ley de Derecho de Acceso a la Información Pública y que su colaboración resulta indispensable a fin de implementar la política de segmentación.

## 2.2. El derecho al acceso a la información pública y el principio de máxima divulgación

El principio de máxima divulgación establece –según el artículo 13 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos– que “toda información en poder del Estado es pública y accesible, en virtud de que es de interés público conocerla”. En este caso en particular, es de interés público en virtud de que será utilizada con finalidades de bien público, en cuanto a que la segmentación de tarifas responde a la garantía de *derechos económicos de las personas usuarias*, a la vez que procura hacer un uso más eficiente de los recursos públicos y establecer un esquema de distribución de los subsidios más justo.

Dicho principio de máxima divulgación es uno de los puntos fundamentales de la mencionada sentencia Reyes. La Corte Interamericana, luego de destacar la relación existente entre el carácter representativo del sistema democrático, enfatizó que

En una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones,<sup>14</sup> pues el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación de la gestión pública a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.<sup>15</sup>

Asimismo, el Tribunal Internacional observó en cuanto al sistema de restricciones

que [...] establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones [...] y que corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos [...] restricciones que deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo, escogiendo aquel que restrinja en menor escala el derecho protegido, proporcional al interés que la justifica y conducente para el logro del objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.<sup>16</sup>

14 Párr. 92, del caso Claude Reyes y otros.

15 *Ibidem*, conf. párr. 86.

16 CIDH, Estudio especial citado, párrs. 92 y 93.

Además de los mecanismos existentes para que un particular pueda obtener información, que aparecen más explorados y contextualizados en una evolución de la jurisprudencia, en este trabajo intentaremos profundizar sobre un supuesto que, conforme la normativa, estaría perfectamente encuadrado para el intercambio libre de información. Entendemos que no se trata de información reservada o secreta, ni de datos sensibles que deban resguardarse por el régimen de protección de datos personales; cuestión que analizaremos en el siguiente acápite.

Se trata del intercambio de información entre sujetos obligados por la ley, es decir, organismos públicos entre sí o entre organismos y prestatarias de servicios públicos, para una finalidad pública como lo es la redistribución de subsidios a la demanda de energía.

Sin embargo, nos parece útil poder detenernos en este supuesto, ya que se presentan obstáculos de índole objetiva, tal como las limitaciones en materia de secreto fiscal o bancario, las cuales estudiaremos, y subjetivo, tal como la falta de certeza en cuanto a la extensión del deber de confidencialidad y el secreto profesional y la desconfianza pública que se genera a partir del intercambio de datos personales.

Respecto a la información pública, la CIDH señala que

se ha descrito a la información como “oxígeno de la democracia”, cuya importancia se vislumbra en diferentes niveles. Fundamentalmente *la democracia consiste en la habilidad de los individuos de participar efectivamente en la toma de decisiones que los afecten. Esta participación depende de la información con que se cuenta.*

Asimismo, es menester recordar que

De lo expuesto [...] se desprende la importancia de la existencia de un régimen jurídico claro, completo y coherente que establezca las pautas del derecho de acceso a la información para que se adopten las medidas que garanticen su ejercicio. El acceso a la información promueve la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permite contar con un debate público sólido e informado. De esta manera, un apropiado régimen jurídico de acceso a la información habilita a las personas a asumir un papel activo en el gobierno, condición necesaria para el mantenimiento de una democracia sana.<sup>17</sup>

Esto torna necesaria la creación de mecanismos transparentes, que permitan dejar de lado los prejuicios existentes en la sociedad en torno a la finalidad para la cual se requiere o intercambia información, y que permitan a los técnicos involucrados en el manejo de información poder despejar obstáculos y actuar de modo más eficiente.

<sup>17</sup> Conf. Punto 9, “Relación entre el derecho de acceso a la información en poder del Estado y el derecho a la participación política consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana”, CIDH, párrs. 138 y 140 del Estudio Especial ya citado.

La protección de los datos personales es frecuentemente invocada como obstáculo para el intercambio de información. Sin embargo, entendemos que no son derechos contrapuestos, sino que deben analizarse complementariamente, teniendo en cuenta los principios generales para su correcta interpretación.

Para un mejor entendimiento de la cuestión dedicaremos el siguiente acápite a la protección de datos personales.

### 3. La protección de datos personales como lógica derivada del derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad abarca aquello que se considera más propio y oculto del ser humano, entendiéndose por propio y oculto la información que mantiene para sí mismo. Pero es insoslayable que el contacto permanente del ser humano con sus semejantes al interior de la sociedad a la que pertenece, así como todos aquellos avances tecnológicos que han venido desarrollándose en la sociedad, han comenzado a transgredir aquellos ámbitos que forman parte de la intimidad del ser humano.

Un derecho, tal como ha sido reconocido por las normas, puede justificarse por su capacidad de promover ciertos bienes básicos para los ciudadanos, como es la libertad, la igualdad, la seguridad y otros semejantes. Por lo que desde esta perspectiva puede justificarse la intimidad como un medio para promover la libertad individual.

Según Aristeo García González, en su artículo “La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado”,<sup>18</sup> del Boletín Mexicano de Derecho Comparado Número 120:

Sin embargo, la intimidad como una disciplina jurídica ha perdido su carácter exclusivo individual y privado, para asumir progresivamente una significación pública y colectiva, consecuencia del cauce tecnológico. Esto es, en palabras de Lusky,<sup>19</sup> la *privacy*, más que un mero sentido estático de defensa de la vida privada del conocimiento ajeno, tiene la función dinámica de controlar la circulación de informaciones relevantes para cada sujeto. Por su parte, Fried se pronuncia en el mismo sentido, señalando que la *privacy* no implica sencillamente la falta de información sobre nosotros por parte de los demás, sino más bien el control que tenemos sobre las informaciones que nos conciernen.<sup>20</sup>

Consecuentemente, frente a una actual sociedad de la información, resulta insuficiente hoy concebir a la intimidad como un derecho garantista (estatus negativo) de defensa frente a cualquier invasión

18 <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3933/4972#P19>

19 Véase Lusky, L., “Invasion of Privacy: a Clarification of Concepts” y C. Fried, citados en Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 9a. ed., Madrid: Tecnos, pp. 334-336.

20 García González, A.. La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XL, núm. 120, septiembre-diciembre, 2007, pp. 743- 778 Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México.

indebida de la esfera privada, sin contemplarla al mismo tiempo, como *un derecho activo de control (estatus positivo) sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto*.<sup>21</sup>

Este derecho, consecuencia del desarrollo tecnológico y el creciente almacenamiento de información relativa a la persona, así como la inmersión cada vez mayor de la misma y de la propia sociedad, ha tenido que ir ampliando sus directrices, ya no solo dentro de su contexto de los sentimientos, emociones, del hogar, de los papeles, la correspondencia, las comunicaciones telefónicas, las redes sociales, videovigilancia, etcétera, sino que, además, hoy es necesario su reconocimiento y, más aún, el establecimiento de mecanismos de protección que puedan hacer frente a su uso y manejo.

Pérez Luño, citado en el artículo de Aristeo García González, señala que la propia noción de intimidad o privacidad es una categoría cultural, social e histórica. Por lo que ahora este concepto ha pasado de una concepción cerrada y estática de la intimidad a otra abierta y dinámica, puesto que ahora se contempla la posibilidad de conocer, acceder y controlar las informaciones concernientes a cada persona.

Esto es el derecho a la intimidad, el más reciente derecho individual relativo a la libertad, y que ha variado profundamente, fruto de la revolución tecnológica. Por tanto, ha sido necesario ampliar su ámbito de protección, así como el establecimiento de nuevos instrumentos de tutela jurídica.

Según García González,

Cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida que afecta potencialmente incluso a los aspectos más sensibles de su vida privada, aquellos que en épocas anteriores quedaban fuera de todo control, por su variedad y multiplicidad, y que hoy, además de tomar conciencia de ello, comienzan a exigir un reconocimiento sobre el uso y control de sus datos. La protección de la intimidad frente a la informática no significa impedir el proceso electrónico de informaciones, necesarias en el funcionamiento de cualquier Estado moderno, sino el aseguramiento de un uso democrático de la Information Technology.<sup>22</sup>

Por lo tanto, y siguiendo a García González, si ha sido viable un derecho a la intimidad en la vida del ser humano, también lo puede ser el tratamiento y almacenamiento tecnológico de sus datos. En la actualidad, el derecho a la protección de los datos personales también debe implicar el reconocimiento de este último derecho como fundamental. Por lo que el fenómeno de la intimidad aparece en todas las sociedades humanas.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> García González, A. La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XL, núm. 120, septiembre-diciembre, 2007, pp. 743-778 Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México. p. 752.

En cuanto al esquema de segmentación de tarifas, al igual que en otras propuestas que requieren el manejo de información de la ciudadanía, su diseño y monitoreo se enfrenta con desventajas tales como la falta de información completa y fehaciente, y también la sensibilidad del manejo de dicha información.

Para completar el esquema se necesita contar con información sobre las personas usuarias del servicio, los ingresos y el patrimonio de los y las titulares, no solo a nivel individual sino del hogar al que pertenecen.

En pos de reconstruir la información sobre ingresos y patrimonio, es preciso recurrir a información disponible en distintas dependencias del Estado, que en algunos casos es amparada por el secreto fiscal o bancario. Por su parte, suelen existir reparos de confidencialidad de quienes tienen acceso a dichas fuentes de información; por todo ello el acceso puede ser complejo y engorroso.

### 3.1. Marco jurídico de la Ley N° 25326 de Protección de Datos Personales

Nuestro ordenamiento jurídico en materia de información y protección de datos personales cuenta con normas protectoras incluso previas a la sanción de la ley nacional. Esta protección surge de nuestra carta magna, en su artículo 19,<sup>23</sup> que garantiza el derecho a la privacidad. Asimismo, posteriormente a la reforma constitucional de 1994, con la incorporación de la acción de hábeas data en el artículo 43<sup>24</sup> y de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional enunciados en el artículo 75, inciso 22.<sup>25</sup>

En nuestra legislación, la protección de los datos personales, que surge de la Ley N° 25326 y su Decreto Reglamentario N° 1558/2001, regula los datos asentados en archivos, registros y bases de datos. Es decir, esta ley prohíbe usar los datos para algo diferente al propósito para el que fueron recolectados.

El artículo 1 de la Ley N° 25326 de Protección de Datos Personales indica que el objetivo de la misma es “la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados”. Dicha protección integral busca garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre. Hay una salvedad: las bases de datos ni las fuentes de información periodística podrán ser afectadas por esta limitación.

23 Art. 19. Constitución Nacional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

24 Art. 43. Constitución Nacional: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo [...]” “[...] Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos”.

25 Tratados Internacionales que reconocen el derecho a la intimidad: a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17 inc. 1) y Pacto de San José de Costa Rica (arts. 11 y 13).

En el caso de los archivos de datos recopilados con fines estadísticos, encuestas de opinión, mediciones, trabajos de prospección de mercados, investigaciones científicas o médicas y actividades análogas –y siempre que la recolección de datos se practique en forma anónima o la información se disocie de la identidad del titular mediante un procedimiento técnico (art. 28)– ya no se trataría de “datos personales” porque dejarían de estar referidos a una persona “identificada o identificable” como exige la definición legal del artículo 2º.<sup>26</sup>

El artículo 2 de esta ley define a qué se refiere con “datos personales” y a qué con “datos sensibles”. Datos personales son la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables, y los datos sensibles incluyen a estos, ya que son los datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

La información que se encuentra bajo la tutela de la ley, son todos aquellos que archivan datos personales y estén destinados a proveer informes conforme a lo dispuesto en el artículo 1. El objeto alcanzado por esta ley es el dato personal contenido en una estructura informativa organizada bajo una lógica que facilite su consulta. La Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (DNPDP) es la autoridad de aplicación.

Asimismo, la formación de archivos de datos será lícita cuando se encuentren debidamente inscriptos, observando en su operación los principios que establece la presente ley y las reglamentaciones dictadas en consecuencia.

Los archivos de datos no pueden tener finalidades contrarias a las leyes o a la moral pública (art. 3), y para que se configure la licitud en el suministro de datos personales, el titular debe de haber prestado su consentimiento libre, expreso e informado (art. 5.1). Este es uno de los puntos claves de la ley: *el consentimiento*. Lo que significa que ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles, y que es ilícito el tratamiento de datos personales sin el consentimiento del o la titular.

Sin embargo, el mismo artículo 5 especifica que el consentimiento no será necesario cuando:

- a) Los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto;
- b) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal.

Y el artículo 11 referido a Cesión, aclara que

---

<sup>26</sup> [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf010028-gils\\_carbo-cuales\\_son\\_registros\\_privados.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf010028-gils_carbo-cuales_son_registros_privados.htm)

*El consentimiento no es exigido cuando:*

- a) Así lo disponga una ley;
- b) En los supuestos previstos en el artículo 5° inciso 2;
- c) *Se realice entre dependencias de los órganos del Estado en forma directa, en la medida del cumplimiento de sus respectivas competencias.*

Considerando que solo pueden ser recolectados *cuando medien razones de interés general autorizadas por ley*, y que en ningún caso se afectará el secreto bancario, “quedando prohibida la divulgación de datos relativos a operaciones pasivas que realicen las entidades financieras con sus clientes de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de la Ley N° 21.526”.

Es de destacar que, para el diseño del esquema de segmentación de tarifas de energía eléctrica, los datos sensibles –origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual– no resultan relevantes; y que los datos de acceso irrestricto que se encuentren en bases de datos de acceso público no requieren consentimiento alguno. No solo en materia de entidades financieras, sino todos aquellos datos que se encuentren en organismos públicos y/o privados y sean requeridos por establecimientos estatales a fin de gestionar, elaborar, desarrollar, planificar políticas públicas.

Sin embargo, persisten los reparos de organismos y empresas que, basados en la Ley N° 25326 de Protección de Datos Personales, se niegan a otorgar información para confeccionar las bases de datos necesarias para la segmentación de tarifas. Otras de las dificultades que se presentan y que tensionan los alcances y límites de estas dos leyes en cuanto a la implementación de una política pública son el secreto fiscal o el bancario y que analizaremos –también sus actualizaciones– en un acápite que sigue a continuación.

### 3.2. Secreto fiscal y secreto bancario

Según lo ya mencionado, una de las dificultades que se presentan y que tensionan los alcances y límites de las leyes de Derecho al Acceso a la Información y la Protección de Datos Personales en cuanto a la implementación de una política pública, son el secreto fiscal y el secreto bancario.

Es de destacar que el secreto fiscal no tiene vigencia, o bien podrá ser levantado, cuando el requerimiento de información sea formulado ya sea por el Ministerio Público Fiscal, o bien la Defensoría del Pueblo de la Nación, lo cual se estableció con este último organismo a través de una decisión administrativa. El secreto fiscal tampoco está vigente en tratados internacionales que impliquen intercambio de información, como el de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

El secreto que protege la información que el contribuyente aporta al fisco es uno de los derechos personalísimos del individuo que, en la esfera fiscal, se extiende a las empresas y sociedades que también tienen un ámbito privado y particular protegido por las leyes de la competencia comercial, registros de propiedad institucional, entre otros. Pero es reconocido que el secreto fiscal tiene sus propias dificultades, pues *mientras la publicidad de los actos públicos es la regla en el funcionamiento del Estado, la discreción es propia de las relaciones privadas*.

Los derechos y garantías establecidas en la Constitución Nacional están limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio. El artículo 18 especifica que “El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados” y establece que “una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación” (art. 18). En este sentido se ha concluido que “El derecho a la intimidad no es absoluto, encuentra su límite legal siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen” (*Fallos* 319:71).

Pero, ¿qué ocurre en el caso de la confección de una política pública?

Existen dos normas jurídicas que regulan parcialmente el asunto, fundamentalmente concediendo facultades de requerir información, entre ellas la propia ley de procedimiento fiscal, la ley orgánica del Ministerio Público y la decisión administrativa que habilita a la Defensoría del Pueblo de la Nación. Sin embargo, existe una normativa general en la materia que determina los parámetros y los límites a aquellas facultades establecidas por las leyes específicas: esta es la Ley de Protección de Datos Personales, denominada también “habeas data”. Solo respecto a la recolección de datos sensibles es exigida la autorización y/o consentimiento por parte del o de la titular de la información, característica que no poseen los datos económicos.

Los datos con los que cuenta la AFIP en cumplimiento de sus funciones están alcanzados por el secreto fiscal, conforme surge de la Ley de Procedimiento Fiscal,<sup>27</sup> y los datos relativos a las transacciones entre las entidades financieras y sus clientes están amparados por el secreto bancario, conforme surge de la Ley de Entidades Financieras.<sup>28</sup>

Sin embargo, la Disposición N° 98/09 de la AFIP establece que no están alcanzados por el secreto fiscal:

2.1. Los datos de tipo administrativo, a saber: apellido y nombres, denominación o razón social, Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT), domicilio, código postal, tipo de actividad, impuestos en los cuales un contribuyente está inscripto, siempre que no comprenda información de contenido patrimonial de cualquier naturaleza del sujeto respectivo, ni habilite la posibilidad de acceso a esta última.

27 Ley N° 11.683. *Secreto Fiscal* Art. 101 – Las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presentan a la Administración Federal de Ingresos Públicos, y los juicios de demanda contenciosa en cuanto consignen aquellas informaciones, son secretos.

28 Ley N° 21.526. *Secreto*. Art. 39. – Las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las operaciones pasivas que realicen.



2.2. Los datos globales o estadísticos.

2.3. La siguiente información referida al incumplimiento de obligaciones fiscales:

2.3.1. Falta de presentación de declaraciones juradas.

2.3.2. Falta de pago de obligaciones exigibles.

2.3.3. Montos resultantes de determinaciones de oficio firmes y de ajustes conformados.

2.3.4. Sanciones firmes por infracciones formales o materiales.

2.3.5. Apellido y nombres, denominación o razón social del contribuyente o responsable y delito que se le impute, en las denuncias penales por violación de las Leyes N° 23771 o N° 24769 y sus modificaciones, o por delitos comunes vinculados al cumplimiento de obligaciones tributarias.

Asimismo en los diferentes incisos del artículo 3 de la citada disposición se mencionan excepciones al secreto fiscal en orden al sujeto requirente, quedando habilitados para cursar requerimientos: los organismos recaudadores nacionales, provinciales, municipales o el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre que en el pedido conste que la información se encuentra directamente vinculada con la aplicación, percepción y fiscalización de los gravámenes a su cargo, la Defensoría del Pueblo de la Nación, las personas, empresas o entidades, a quienes la Administración federal les encomiende la realización de tareas administrativas, relevamientos de estadísticas, computación, procesamiento de información, confección de padrones y otras necesarias para el cumplimiento de sus fines, las Cámaras del Congreso, en ejercicio de sus funciones investigativas, cuando la solicitud sea suscripta por la Presidencia de la respectiva Cámara, el Ministerio Público Fiscal y unidades específicas de investigación que lo integren, mediando orden de juez competente o requerimiento del propio fiscal interviniente, en determinados supuestos.

Correspondería analizar esta disposición con mayor detalle ya que, con el objetivo declarado de formalizar la gestión de las dependencias de la AFIP establece modificaciones sustanciales a la Ley de Procedimiento Tributario, cuestión que excede el marco de este trabajo.

Cabe señalar que, en marzo de 2022, el bloque de senadores del Frente de Todos presentó el proyecto de creación del Fondo Nacional para la Cancelación de la Deuda con el FMI, cuyo objetivo es la recuperación parcial de lo perdido como consecuencia de la financiarización de la economía y la evasión de fondos al exterior, imponiendo un aporte especial de emergencia que se aplicará a los bienes situados y/o radicados en el exterior que se localicen o detecten y que no hayan sido declarados ante la AFIP, organismo que resguarda el secreto fiscal y bancario. El aporte –que será transferido en moneda extranjera, dólares estadounidenses– es del 20% sobre los bienes detectados y podrá elevarse al 35% para el caso en que el o la contribuyente efectúe la declaración espontánea después de los seis meses de entrada en vigencia de la ley.

El proyecto presentado por el Frente de Todos se complementa con la Modificación de las excepciones al Secreto Bancario, Bursátil y Fiscal, contenidas en la Ley de Entidades Financieras (Ley N° 21526), en la Ley de Mercado de Capitales (Ley N° 26831) y en la Ley de Procedimiento Fiscal. El proyecto presentado incorpora más excepciones al secreto bancario: los requerimientos de informes de fiscales en causas judiciales, del Jefe de Gabinete de Ministros, de la Comisión Bicameral Permanente de Seguimiento y Control de la Gestión de Contratación y Pago de la Deuda Externa, del Ente Nacional de Regulación de la Electricidad (ENRE), del Ente Nacional de Regulación del Gas (ENARGAS) y de todos los entes y organismos oficiales que tengan injerencia en la autorización y determinación de precios regulados. Allí es donde entra la importancia de la utilización de estos datos para la confección de una política pública, dado que tales modificaciones implican una ampliación de las facultades del Estado a los fines de hacer posible el cumplimiento de los objetivos primordiales del proyecto. Los autores del proyecto entendieron que al penetrar en el secretismo de estas entidades, puede contrarrestarse no solo la evasión y el fraude fiscal, sino también la redirección de ese impuesto para políticas que beneficien al conjunto.

Es de destacar que el artículo 3° del proyecto de ley presentado modifica el artículo 101 de la Ley de Procedimiento Fiscal la cual establece que las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presentan a la AFIP y los juicios de demanda contenciosa, en cuanto consignen aquellas informaciones, son secretos. El proyecto de ley exceptúa de ese deber de sigilo a una serie de organismos y funcionarios públicos, a los que la AFIP puede compartir la información patrimonial y de ingresos. No obstante, obliga a esas reparticiones a “mantener el más absoluto secreto de todo lo que llegue a su conocimiento en el desempeño de sus funciones”. La propuesta agrega al

Ente Nacional de Regulación de la Electricidad (ENRE), el Ente Nacional de Regulación del Gas (Enargas) y para todos los entes u organismos oficiales que tengan injerencia en la autorización y determinación de precios regulados, siempre que las informaciones respectivas estén vinculadas con el análisis y estudio de las tarifas o precios.

### 3.3. Deber de confidencialidad

El artículo 10 de la Ley N° 25326 de Protección de Datos Personales referida al Deber de Confidencialidad aclara que “El responsable y las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales están obligados al secreto profesional respecto de los mismos”, y que “El obligado podrá ser relevado del deber de secreto por resolución judicial y cuando medien razones fundadas relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública”.

La cesión de estos datos está estipulada en el artículo siguiente, el número 11, y fue mencionada anteriormente respecto al consentimiento y a la mediación de un interés legítimo entre el cedente y el cesionario. Este artículo destaca la importancia de informar a su vez “sobre la finalidad de la cesión e identificar al cesionario o los elementos que permitan hacerlo”.

Una política pública clara, en la que se especifiquen los objetivos y la aplicación de la información que se precisa obtener, no debiera verse obstaculizada ni por el secreto fiscal o bancario ni por el deber de confidencialidad, y la Ley de Protección de Datos Personales tampoco adscribe a estos fines, ya que no son datos sensibles los que se necesitan para la confección del esquema de segmentación de tarifas.

Sin embargo, resulta necesario brindar seguridad a las personas físicas que, dentro de las organizaciones, son las encargadas de manejar las bases de datos y, en su caso, intercambiar información con otras organizaciones, en torno a que no están incumpliendo con sus deberes de confidencialidad ni incurriendo en faltas que puedan hacerlas responsables o susceptibles de reclamos en el futuro.

Ello requiere de herramientas concretas, claras y accesibles que, por un lado, clarifiquen estos conceptos y, por otro, agilicen los procedimientos internos de validación.

#### **4. Reflexiones finales**

En este trabajo, hemos presentado algunas reflexiones que surgen no solo desde un plano doctrinario, sino también como necesidades relacionadas con la implementación de políticas públicas, y en particular hemos tomado a la denominada “segmentación energética” como caso de estudio.

En este sentido, la aplicación de una política de distribución de subsidios energéticos nos llevó a plantearnos si la necesidad de los organismos públicos que manejan información de la ciudadanía podría derivar en algún supuesto de uso indebido de dicha información.

El interrogante que motivó nuestro análisis es si la información de la cual se nutre esta política es información pública, o si su acceso se encuentra de algún modo restringido por la Ley de Protección de Datos Personales o por otras normas especiales, tales como las que establecen el secreto fiscal y el secreto bancario.

Como vimos, el diseño y aplicación de una política de quita de subsidios a la energía requiere conocer y caracterizar a las distintas personas usuarias de energía eléctrica. Por ello, conforme el esquema diseñado, se necesita contar con información sobre los ingresos y el patrimonio de los y las titulares del servicio, no solo en lo individual sino del hogar al que pertenecen. En pos de reconstruir dicha información, es preciso recurrir a información disponible en distintas dependencias del Estado, e incluso empresas privadas, prestatarias del servicio público de distribución de energía eléctrica.

Es decir, en el diseño y aplicación de la política intervienen tanto órganos estatales (por ejemplo, la Secretaría de Energía) entes estatales con mayor o menor grado de independencia (ENRE, ENARGAS, BCRA, ANSES, AFIP) y prestadoras de servicios públicos, tanto grandes empresas constituidas como sociedades anónimas como cooperativas que brindan el servicio en el interior del país.

El primer interrogante que hemos querido despejar es si se puede afirmar, en términos generales, que la información que permite el diseño e implementación de la política de “segmentación tarifaria” es reservada, secreta o tiene restricciones de acceso debido a su carácter sensible.

Entendemos, a partir del análisis realizado, que ello no es así. Para sostener esta conclusión no solo hemos recurrido a la norma favorable al acceso a la información sino a la más restrictiva, esto es, la Ley de Protección de Datos Personales. Esta última establece un principio general, en virtud del cual para que se configure la licitud en el suministro de datos personales, el titular debe haber prestado su consentimiento libre, expreso e informado (art. 5.1). Sin embargo, el mismo artículo 5 especifica que el consentimiento no será necesario cuando: “a) Los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto; b) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal”.

Y el artículo 11 referido a Cesión, aclara que

*El consentimiento no es exigido cuando:*

- a) Así lo disponga una ley;
- b) En los supuestos previstos en el artículo 5° inciso 2;
- c) *Se realice entre dependencias de los órganos del Estado en forma directa, en la medida del cumplimiento de sus respectivas competencias.*

Por su parte, para el diseño del esquema de segmentación de tarifas de energía, los datos sensibles –origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual– no resultan relevantes.

Evidentemente, debemos completar esta primera aproximación con el principio de máxima divulgación que hemos estudiado, conforme al cual las excepciones al deber de entregar información deben interpretarse taxativamente.

Sin embargo, aún subsiste la cuestión del secreto fiscal y secreto bancario. En este sentido la información sobre datos bancarios y tributarios es, en principio, de carácter reservada, y solo puede brindarse por orden judicial o a ciertos organismos taxativamente enumerados.

En el caso de estudio que nos ocupa y sirve de disparador de estas reflexiones, esto ha sido abordado, en la página web que permite completar el formulario para el ingreso al Registro, en la que se requiere al solicitante brindar su consentimiento para acceder a sus datos fiscales y bancarios.

Como vimos, el secreto fiscal y bancario han sido cuestionados, y se presentó un proyecto de ley en los que se contemplan supuestos donde se podría dejar de lado a pedido de determinados organismos.

Es decir, si tal proyecto se convirtiera en ley, se ampliarían las excepciones al secreto fiscal, que se encuentran actualmente establecidas en la Disposición N° 98/2009 de la AFIP, ampliando las excepciones allí establecidas.

En definitiva, esta política desnudó las enormes dificultades que existen en los diferentes actores –mayormente públicos, y privados concesionarios de servicios públicos– para relacionarse eficazmente a los fines de realizar intercambios de información, independientemente de que se trate de un supuesto lícito, respaldado por la normativa y tendiente al logro de fines públicos.

Ello nos ha llevado a analizar los vínculos entre los actores estatales que confluyen en este esquema, y hemos llegado a algunas conclusiones.

La primera es que, en términos generales, no se aplica el principio de jerarquía, toda vez que esta rige respecto de los órganos de la Administración central con identidad de competencia territorial y material, y, en este caso, los actores son órganos y entes con diferentes competencias materiales y territoriales, e incluso empresas privadas prestatarias del servicio público de distribución de energía eléctrica.

Por lo que, siguiendo a Balbín, entendemos que el modo de vincularse debiera ser la cooperación o colaboración, que incluye, por ejemplo, el deber de información. En efecto, la cooperación excluye el poder de mando y se apoya en la colaboración entre órganos, entes y órganos y entes entre sí.

Por su parte, la coordinación es el ejercicio de competencias propias de cada órgano o ente en términos no contradictorios con los otros, sin duplicidad de esfuerzos y recursos, y en cumplimiento de fines convergentes. La coordinación comprende, entre otras técnicas específicas, las políticas de programación y planificación estatal, la creación de órganos de coordinación o la intervención de otros órganos estatales en el trámite de decisión. La coordinación permite, así, decisiones y acciones conjuntas y homogeneidad de carácter técnico.

Entendemos que, en una política de segmentación, resulta procedente y deseable la aplicación de ambas técnicas, máxime tratándose de una política de aplicación en todo el país. En particular, en el esquema recientemente difundido se encomendó el diseño e implementación del RASE a la Subsecretaría de Planeamiento Energético, y la Subsecretaría de Coordinación Institucional fue la encargada de llevar adelante la suscripción de convenios con las provincias para su adhesión a este.

Me permitiría ir más allá al incluir también en este esquema de interrelación a las empresas privadas concesionarias del servicio de distribución de energía, teniendo en cuenta que su colaboración resulta indispensable a fin de implementar la política pública.

A su vez, al tratarse de prestadoras de un servicio público, en el marco de los contratos de concesión suscriptos con el poder concedente (Estado nacional o provincial), estas tienen obligaciones, tales como brindar información a los entes reguladores y aplicar los cuadros tarifarios, con las categorías que se establezcan, en este caso, los tres niveles según los ingresos y propiedades. Por otra parte, cabe señalar que, si bien existen mecanismos para que un particular pueda obtener información de un organismo público, que han sido más explorados y contextualizados en una evolución de la jurisprudencia, aparece menos observado el supuesto de incumplimiento del deber de entregar información cuando ambos sujetos que participan en el intercambio son públicos.

Desde el plano teórico por aplicación del principio de unidad de acción de la Administración, no existiría conflicto aparente. Pero en la práctica ello no suele ser así porque el intercambio que debe plasmarse entre órganos y entes es llevado a cabo por agentes y funcionarios estatales alcanzados por el deber de confidencialidad y atravesados por los temores y prejuicios que acarrea el manejo de la información personal, en este caso patrimonial.

Por último, este esquema puso de manifiesto, una vez más, la desconfianza de muchas personas en el manejo de la información personal por parte del Estado. Fenómeno que ya se había observado, como dijimos, al implementarse el Sistema de Boleto Único Electrónico (SUBE). Los motivos de esta desconfianza excederían el marco de este trabajo, aunque me atrevería a relacionarla con una desconfianza en las instituciones de la democracia.

Por último, cabe mencionar que la tendencia reflejada en el proyecto de actualización de la ley de protección de datos personales es salir del esquema de consentimiento del titular de los datos como pilar del sistema.

#### 4.1. Algunas ideas, a modo de propuesta

Como primera medida, consideramos necesaria la creación de mecanismos transparentes, que permitan a la sociedad dejar de lado los prejuicios en torno a la finalidad para la cual se requiere o intercambia información. Una comunicación clara acerca de la política pública que requiere el uso de datos personales, para qué finalidad se requieren los datos, y cómo se procesan podría disminuir el nivel de desconfianza social.

Asimismo, sería conveniente brindar seguridad a las personas físicas que, dentro de las organizaciones, son las encargadas de manejar las bases de datos y, en su caso, intercambiar información con otras organizaciones, en torno a que no están incumpliendo con sus deberes de confidencialidad ni incurriendo en faltas que puedan hacerlas responsables o susceptibles de reclamos en el futuro. En este sentido, sería recomendable abordar acciones de capacitación específicas para los operadores de dicha información.

Entendemos que, a este fin podría ser útil la implementación de un modelo de convenio interadministrativo para el intercambio de información entre organismos públicos y/o aquellos que manejan fondos públicos, conforme los alcances de la Ley de Acceso a la Información Pública. Respecto de este tipo de relación jurídica, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido:

Justamente, por efecto del principio de unidad de acción que guía al Estado “...las relaciones que se entablan entre los organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración, razón por la cual en ellas se encuentran, en principio, ausentes los poderes jurídicos exorbitantes, propios en cambio de aquellas relaciones que se establecen entre el Estado y los particulares...” (v. Dicitámenes 252:209; entre otros) y que: “...la característica de las relaciones interadministrativas se vincula

con la necesidad de respetar la unidad de poder dentro de cada esfera de gobierno; por ello, virtualmente, se elimina todo enfrentamiento o controversia entre sujetos estatales por medio de la relativización de su personalidad y la inaplicabilidad de las prerrogativas de poder público. La ausencia de un régimen exorbitante y el principio de la unidad administrativa se erigen como las características preponderantes de tales relaciones”.<sup>29</sup>

Resultaría deseable que dicho convenio modelo fuese aprobado por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional, invitando a adherir a las provincias, lo que permitiría agilizar los procedimientos de validación interna, dictámenes jurídicos, entre otras cuestiones.

## 5. Referencias bibliográficas

- Argentina. Ministerio de Justicia. Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 279:286.
- Badeni, G. (15 de noviembre de 1995). La regulación de la libertad de prensa: derecho interno, derecho internacional y tecnología. *La Ley*. Suplemento especial.
- Balbín, C. F. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Bazán, V. (2008). El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina. *Estudios Constitucionales*, 1.
- Bazán, V. (2005). El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado. *Estudios Constitucionales*. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, 2, Universidad de Talca, Chile.
- Bazán, V. (2001). El hábeas data y el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa dirigido a acceder a archivos, registros o bancos de datos estatales de seguridad y a requerir información sobre personas desaparecidas. *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Año 1, N° 0. CELS, Universidad de Lanús, Ad-Hoc.
- Bazán, V. (2000). El hábeas data y sus peculiaridades frente al amparo *Revista de Derecho Procesal* [Amparo. Hábeas data. Hábeas corpus - I], 4, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- Bazán, V. (1999). Del concepto preinformático de la intimidad al derecho de autodeterminación informativa. En AA.VV., *El cuarto poder. Expresión, información y comunicación social*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Ediar.
- Bertoni, E. A. (2000). *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Devoto, L. (2009). Clasificación de los procedimientos administrativos. Procedimientos generales y procedimientos especiales. Otras clasificaciones. En G. S. Tawil (director), *Procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

---

<sup>29</sup> Dictámenes 279:286.

- Eguiguren Praeli, F. (2004). *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y sus conflictos*. Lima: Palestra Editores.
- García González, A. (2017). La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 40(120), 743-778. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3933/4972#P19>
- Gelli, M. A. (1998). Convergencia de las doctrinas “Campillay” y de la “real malicia”. *La Ley*, T° 1998-B, Buenos Aires.
- Hutchinson, T. (2010). *Régimen de Procedimientos Administrativos. Revisado ordenado y comentado* Buenos Aires: Astrea.
- Innerarity, D. (2011). *La democracia del conocimiento*. Madrid: Paidós.
- Nogueira Alcalá, H. (2002). *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites: honra y vida privada*. Santiago de Chile: LexisNexis.
- Nogueira Alcalá, H. (2006). *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Santiago: Librotecnia.
- O’Callaghan, X. (1991). *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA).
- O’Donnell, G. (2010). *Democracia, agencia y estado. Teoría con intención comparativa*. Buenos Aires: Prometeo.
- Prieto Sanchís, L. (2000). Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, 161-195.
- Prieto Sanchís, L. (2002). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores.



# Justicia gratuita en materia ambiental



*Lucía Martín\**

## I. Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad responder el interrogante sobre si las demandas y/o acciones judiciales que tienen por objeto la protección del medio ambiente, sea en la búsqueda de la prevención, la recomposición y/o de la indemnización pertinente, gozan o deberían gozar del beneficio de la “justicia gratuita”.

Desde ya adelanto que no existe una disposición legal que expresamente así lo disponga, como sucede en el caso de los derechos de consumidores. En función de ello, intentaré encontrar la respuesta haciendo un recorrido por la normativa que rige en materia ambiental (nacional e internacional), los principios aplicables y los casos jurisprudenciales que pude encontrar, emitidos por la justicia nacional.

Asimismo, me parece interesante hacer un resumen sobre lo regulado en materia de derechos de consumidores y usuarios y lo expresado por la CSJN en el fallo “ADDUC”,<sup>1</sup> con la intención de evaluar si los lineamientos allí desarrollados podrían ser extrapolados a cuestiones ambientales judicializadas,

\* Abogada (egresada de la UBA-Facultad de Derecho), Secretaria Federal del Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 12; docente de la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ) -Seminario Acción de Amparo y Acción Declarativa de Inconstitucionalidad-; docente y disertante del Curso de Capacitación del fuero contencioso administrativo federal; replicadora del Programa “Talleres de Trabajo para una Justicia con Perspectiva de Género” de la Oficina de la Mujer de la CSJN para el fuero indicado y socia de “Red de Mujeres para la Justicia”.

<sup>1</sup> CSJN Fallos 344:2835.

ya que en ambos casos se trata de derechos de incidencia colectiva, incorporados como derechos de tercera generación en la reforma constitucional de 1994 y el interés en resolver las cuestiones no atañe solo a quien inicia la acción sino a la sociedad en su conjunto.

Ello, claramente, no con la intención de considerar aplicable la normativa de consumidores a lo ambiental, sino para hacer un recorrido de los razonamientos hasta ahora delineados a fin de reflexionar sobre si podría pensarse también la gratuidad para los casos ambientales.

Adelanto mi posición en cuanto considero que, encontrándose en juego derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto un bien colectivo (medio ambiente sano), la persona (física o jurídica) que se pone al hombro una demanda por motivos ambientales, cuyos principales objetivos son la prevención del daño y la recomposición del ambiente, y cuya solución judicial generará un beneficio a toda la comunidad, debería gozar del beneficio de la justicia gratuita.

## II. Justicia gratuita determinada por la Ley N° 24240. Fallo “ADUCC”

Entonces, traigo a colación lo que sucede en materia de derechos de consumidores, por cuanto al tratarse de derechos de incidencia colectiva, entiendo que podría tener similitudes con los casos de reclamos por cuestiones ambientales.

La Ley N° 24240, en su artículo 53, establece que:

Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

En idéntico sentido, el artículo 55 dispone que “Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita”.

Al respecto, la CSJN en los autos “ADDUC”<sup>2</sup> determinó que una razonable interpretación armónica de los artículos 53 y 55 de la Ley N° 24240 (con las modificaciones introducidas por la Ley N° 26361) permitía sostener que el Congreso Nacional había tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso, en tanto la norma no requiere a quien demanda en el marco de sus prescripciones la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente y solo en determinados supuestos –esto es, en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales– se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición.

---

<sup>2</sup> CSJN Fallos 344:2835.

Asimismo, el alto tribunal destacó que al brindar la ley a la demandada la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer tal beneficio, quedaba claro que la eximición prevista incluía a las costas del proceso pues, de no ser así, no se advertía cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte.

Recordó lo destacado por el convencional De la Rúa en la Convención Constituyente, quien señaló que, desde una óptica procesal, la efectividad de los derechos de los consumidores exige la eliminación de los obstáculos para el acceso a la justicia, constituidos, entre otros, por la onerosidad de los procesos judiciales.

También en el precedente “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Nación Seguros S.A.”,<sup>3</sup> la Corte señaló –en ocasión de resolver una petición relativa a la exención del depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– que:

La efectiva vigencia de este mandato constitucional, que otorga una tutela preferencial a los consumidores [en referencia al art. 42 citado], requiere que la protección que la Constitución Nacional encomienda a las autoridades no quede circunscripta solo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que además asegure a los consumidores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las instancias judiciales (considerando 4°).

Y, en el mismo precedente, afirmó que “la gratuidad del proceso judicial configura una prerrogativa reconocida al consumidor dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de consumo” (considerando 6°).

Es decir, según la interpretación del alto tribunal, el “beneficio de justicia gratuita” que se encuentra regulado en materia de defensa del consumidor, abarca todos los gastos que irroga una actuación judicial, entre los que se encuentran el pago de la tasa de justicia, el depósito previsto en el artículo 286 del CPCCN y las costas del proceso –que pueden ser asignadas tanto en una sentencia definitiva, como en algún interlocutorio que resuelva una cuestión procesal–.

Puede inferirse, entonces, que la incorporación del beneficio de justicia gratuita debe entenderse como la pretensión de remover los obstáculos que impedirían a la mayoría de los usuarios y consumidores recurrir a la justicia para hacer valer la vulneración de un derecho, porque no están en condiciones de contratar los servicios de un profesional del derecho ni de afrontar los gastos que demande una pretensión judicial en concreto.

---

<sup>3</sup> CSJN Fallos 338:1344.

### III. Justicia gratuita en materia ambiental

Corresponde recordar que el artículo 41 de la Constitución Nacional –incorporado por la Convención Reformadora de 1994 en la primera parte de la Constitución Nacional, dentro del capítulo titulado “Nuevos Derechos y Garantías”– establece que:

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

A continuación, asigna un rol fundamental a las autoridades públicas al designarlas como encargadas de la protección de este derecho, de la utilización racional de los recursos naturales, de la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y de la información y educación ambientales.

Por otro lado, pone en cabeza de la nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y de las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

De la consulta de los debates llevados a cabo en la Convención Constituyente con motivo de su consagración expresa surge que:

En función del avance de la producción industrial y de los nuevos métodos de cultivo y crianza, ha surgido una nueva serie de problemas relacionados a estos temas que hacen al deterioro del ambiente, causado por la polución del aire y de las aguas, por el daño a la estructura de los suelos y por los problemas humanos sanitarios de marginación y de anomia que están relacionados con lo anterior. Podríamos decir que todos estos problemas configuran la base real que hacen necesario el tratamiento del tema en el más alto nivel normativo, para enmarcar las acciones de protección al medio y para velar por los derechos de los habitantes respecto de esta cuestión.<sup>4</sup>

En otro orden, en el marco del debate por la incorporación del artículo 43 de la CN se dijo que:

Afirmar el acceso a vivienda digna, como dice el artículo 14 bis, el acceso al adecuado alimento, a la salud, al empleo, si no hubiera mecanismos que pudieran resolver ese compromiso de la norma, impli-

<sup>4</sup> Convención Nacional Constituyente, 13ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación) 20 de julio de 1994, pág. 1617.

caría sublimar en el mundo de lo imaginario de la norma aquello que no es resuelto en la vida cotidiana. Sería –perdónenme la imagen– como si tuviéramos un nuevo televisor plantado frente a nuestra vista, a nuestros ojos, en lugar de tener un instrumento social de resolución de la necesidad, que es lo que estamos buscando aquí.<sup>5</sup>

Así, en cumplimiento del mandato constitucional, el 6/11/2002 el Congreso Nacional sancionó la Ley N° 25675 de Política Ambiental Nacional, determinando los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

Entre sus objetivos (art. 2) encontramos los de “Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas” y “Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria”.

Dentro de las prescripciones establecidas por la ley, el artículo 4 explicita los principios de política ambiental tanto para la interpretación de la ley como de otra norma reguladora de políticas y sistemas de gestión ambientales.

En ese conjunto, quiero destacar dos principios que resultan basales para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente. El principio de prevención que establece que “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir” y el principio precautorio que dispone que “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.

Por otro lado, del artículo 27 al artículo 33 se establecen las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Y el artículo 30 determina quiénes tienen legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado a través de acciones judiciales de recomposición o de indemnización pertinente.

Cabe aclarar que la indemnización a la que hace referencia la ley, además de ser la última opción por cuanto solo está prevista para el caso en que no se pueda lograr la recomposición del ambiente, no se refiere al ámbito individual de los ciudadanos que pudieren sufrir un daño personal por el daño ambiental, sino a la indemnización por el perjuicio generado al colectivo, estableciendo que el eventual monto indemnizatorio deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la ley, el cual será administrado por la autoridad de aplicación (art. 28).

5 Convención Nacional Constituyente, 29ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación) 11 de agosto de 1994, pág. 4053.

Por su parte, el artículo 32 establece que “El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie”.

Viene al caso citar también el Acuerdo de Escazú, que es el primer acuerdo regional ambiental de América Latina y el Caribe y el primero en el mundo en contener disposiciones específicas sobre personas defensoras de derechos humanos en asuntos ambientales. Fue adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018, y Argentina lo aprobó en 2020 mediante la Ley N° 27566.

Este acuerdo tiene como principales objetivos garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos a -el acceso a la información ambiental; -la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y -el acceso a la justicia en asuntos ambientales.<sup>6</sup>

En lo que aquí interesa, me voy a detener en el último de los objetivos, relativo al derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales. El artículo 8, punto 3) establece que:

Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: a) órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental; b) procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos; c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional; d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente.

Asimismo, el punto 4) del mentado artículo determina que, para facilitar el acceso a la justicia del público en asuntos ambientales, cada parte establecerá “a) medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia”, y el punto 5) que:

Para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, cada Parte atenderá las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda.

Es decir, tanto la Ley N° 25675, como el Acuerdo de Escazú (aprobado por Ley N° 27655) pregonan la reducción y/o eliminación de barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia en acciones relacionadas con la defensa al medio ambiente, entre las que podemos encontrar la onerosidad de los procesos judiciales.

<sup>6</sup> Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (LC/PUB.2018/8/Rev.1), Santiago, 2022.

Tal como señalé al comienzo, entiendo que, en base a la normativa reseñada y atendiendo al carácter de bien colectivo que detenta el medio ambiente, las acciones promovidas en defensa de un ambiente sano deberían gozar del beneficio de la justicia gratuita, sea que fueran iniciadas por una persona individual o por una asociación –cuyos objetivos de creación tengan relación directa con la acción enjuiciada–, y siempre que se busque la protección y/o recomposición del ambiente como bien colectivo y no se trate de reclamaciones por daños individuales.

Repárese incluso que aun cuando se reclamara en una demanda un resarcimiento económico por la imposibilidad de volver el ambiente a su estado anterior, la indemnización que eventualmente otorgue la justicia debe ser depositada en el Fondo de Composición Ambiental creado por la ley, por lo que tampoco parecería lógico que la persona que inicia un reclamo colectivo pague los gastos proporcionales a una indemnización que no es para su exclusivo beneficio.

Así lo ha entendido la justicia contencioso administrativo federal en la causa “Asociación Inquietudes Ciudadanas”,<sup>7</sup> en la cual se reclama el daño ambiental de incidencia colectiva, en función de las instalaciones de antenas de telefonía celular, con sustento en los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional, Ley de Política Ambiental Nacional N° 25675 y 123 de la CABA y Pactos Internacionales incorporados por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, siendo que la asociación actora actúa en defensa de intereses colectivos relacionados con la preservación, mantenimiento y remediación del medio ambiente.

Allí se dijo en primera instancia que:

El art. 32 de la ley de Política Ambiental Nacional (N° 25.675) dispone que “El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie”, lo cual, desde una óptica procesal, implica la eliminación de los obstáculos para el acceso a la justicia, constituidos, entre otros, por la onerosidad de los procesos judiciales. Desde esta perspectiva, de conformidad con lo establecido por el art. 32 citado precedentemente, el art. 55 de la ley 24.240, así como la conformidad prestada por el Sr. Representante del Fisco en estas actuaciones (v. DEOX incorporado el 28/2/2023) cabe concluir que deviene aplicable al caso de autos la “gratuidad del proceso judicial”, con los alcances establecidos por la CSJN en el precedente “ADDUC”.

Ahora bien, esta decisión fue revocada por la Sala IV de la Excma. Cámara de Apelaciones del fuero<sup>8</sup> y se encuentra actualmente en trámite con el recurso extraordinario federal ante la CSJN.

7 Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 12, Secretaría N° 23, causa N° 16561/20 “ASOCIACION INQUIETUDES CIUDADANAS C/ GCBA Y OTRO S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”, resolución del 17/4/2023.

8 CNCAF, Sala IV in re “16562/2020/3/CA2: “Incidente N° 3 – Actor: Asociación Inquietudes Ciudadanas – Demandado: GCBA y otro s/ Inc. Apelación”, resolución del 3/11/2023.

La Alzada entendió que, si bien el régimen de la Ley N° 24240 admite la gratuidad del proceso, supedita su concesión a un sujeto activo taxativamente previsto: las “asociaciones de consumidores y usuarios” así reconocidas por la autoridad de aplicación. En ese sentido, remarcó que:

La claridad del precepto veda una interpretación elástica que haga extensible el criterio a toda otra asociación que carezca de tales características. Máxime cuando la regla más segura de interpretación –frente al empleo de determinadas palabras en un cuerpo normativo– es que esos términos no son superfluos, sino que su inclusión se ha realizado con algún propósito, por lo que, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (*Fallos* 331:866; 338:488, entre otros).

A ello agregó que el temperamento apuntado no resultaba conmovido por el artículo 32 de la Ley N° 25675 de Política Nacional Ambiental, ya que entendió que la garantía que otorga dicha norma para el “acceso a la justicia” se refiere al otorgamiento de las más amplias facultades judiciales por parte de la magistratura a fin de suplir, sanear o complementar cualquier omisión o imperfección tangencial que pudiese impedir la adecuada prosecución del pleito, pero no así a la “gratuidad del litigio” respecto de lo cual el legislador nada ha dicho.

Continuó diciendo, que “Tal omisión genera un marcado contrapunto con lo que se desprende del articulado de la ley 24.240; circunstancia que veda la posibilidad de extender –siquiera elípticamente– los alcances del cuerpo legal más favorable al más restrictivo.”

Finalmente, en la resolución en examen, el Superior destacó que frente a la existencia del instituto del beneficio de litigar sin gastos que emerge del artículo 78 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no se vislumbraba valladar alguno para el “acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales” que propugna el artículo 32 de la Ley N° 25675.

En cuanto a esto último, me interesa exponer que, si bien cualquier accionante se encuentra habilitado para acceder a un beneficio de litigar sin gastos, su concesión depende de la acreditación de los extremos de pobreza pertinentes. Y podría suceder que alguna persona y/o asociación no tengan inconvenientes económicos en afrontar determinados gastos, pero me surge el interrogante de si resulta correcto que se haga cargo de ellos cuando lo que en definitiva se busca resolver en la causa es un problema ambiental que perjudica a toda la comunidad. Incluso considero que la obligación de tener que hacerse cargo de determinados gastos puede desmotivar a la ciudadanía a iniciar este tipo de acciones.

En fin, a la espera de una posible decisión por parte de la CSJN, por el momento, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal consideró que no existe en materia ambiental la “justicia gratuita”, por cuanto no ha sido expresamente regulada normativamente.



## IV. Conclusión

A fin de que el derecho a un ambiente sano garantizado por la Constitución Nacional y por instrumentos internacionales resulte operativo, y no meramente declarativo, resulta fundamental que no existan obstáculos de acceso a la justicia como puede ser la onerosidad de los procesos judiciales, que implica no solo el pago de la tasa de justicia, sino también el eventual costo de las costas judiciales que pudieran devenir como consecuencia de la tramitación de la causa.

Me interesa aclarar que de ninguna manera se intenta aquí sentar dogmáticamente una postura acabada sobre la gratuidad en los procesos en que se discuten cuestiones ambientales, sino únicamente establecer un punto de partida lo más sólido posible para avanzar en el examen y en la posibilidad de legislar al respecto. Ello por cuanto no puede soslayarse que es el Congreso de la Nación el que fija los tributos y, por ende, el que puede establecer las exenciones (art. 75, inc. 2° de la Constitución Nacional y *Fallos* 317:1505 y 322:2890), siempre, claro está, que los procesos se ventilen ante la Justicia Nacional.

Pero, considero que existe una basta regulación normativa que pregona la eliminación de barreras para el acceso a la justicia cuando se trata del ejercicio de las acciones por daño ambiental iniciadas en los términos de la Ley General al Ambiente y en defensa del derecho a un ambiente sano, regulado por el artículo 41 de la Constitución Nacional, y es sabido que una de las principales barreras se relaciona con la onerosidad de los procesos judiciales.

Es simplemente poner a disposición de la ciudadanía los procedimientos y herramientas necesarias y accesibles para hacer efectivo el derecho a petitionar el cumplimiento del ejercicio de este derecho crucial para la vida humana –un ambiente sano– a través de un sistema adecuado de protección fundado en la disminución de los costos judiciales.

Además, debe recordarse que en materia ambiental se habla de compromiso actual y hacia el futuro, en tanto se trata de un derecho intergeneracional, siendo que el ambiente va a ser heredado por las generaciones futuras y la idea es que puedan vivir por lo menos en condiciones tan buenas o aun mejores que las actuales.

No podemos olvidar que no solo estamos hablando de derechos sino también de obligaciones por parte de la ciudadanía en la búsqueda constante de vivir en un ambiente sano.

En ese sentido se ha expedido la CSJN en la conocida causa “Mendoza”<sup>9</sup> al sostener que la tutela del ambiente importa “el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera”. Y disponer que

<sup>9</sup> CSJN causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, resolución del 20/6/2006.

Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

## Referencias bibliográficas

CSJN *Fallos* 344:2835.

CSJN *Fallos* 338:1344.

Convención Nacional Constituyente, 13ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación) 20 de julio de 1994.

Convención Nacional Constituyente, 29ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación) 11 de agosto de 1994.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (LC/PUB.2018/8/Rev.1), Santiago, 2022.

Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 12, Secretaría N° 23, causa N° 16561/20 “ASOCIACION INQUIETUDES CIUDADANAS C/ GCBA Y OTRO S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”, resolución del 17/4/2023.

CNCAF, Sala IV in re “16562/2020/3/CA2: “Incidente N° 3 – Actor: Asociación Inquietudes Ciudadanas – Demandado: GCBA y otro s/ Inc. Apelación”, resolución del 3/11/2023.

CSJN causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, resolución del 20/6/2006.

# Operatividad de los Tratados de Derechos Humanos en el Derecho Argentino

## El Instituto de la Prescripción en los temas referentes a delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes



*Ma. Celeste Minniti*

La violencia contra niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA) se enmarca en una grave violación a los derechos humanos. En este sentido, el deber de protección a NNA es una garantía convencional y, en consecuencia, una obligación del Estado.

Innumerables son las investigaciones empíricas que sustentan el hecho de que los casos de Violencia Sexual contra NNA (usualmente mencionado como Abuso Sexual Infantil, siendo esta última terminología recomendada por las Guías de Buenas Prácticas de UNICEF del año 2023), en su mayoría, se tratan de situaciones que suceden “intramuros”, en el ámbito privado, doméstico, aprovechándose del poder real que el agresor tiene sobre el niño –ya sea por un vínculo familiar, relaciones de convivencia, de autoridad, etc.–, sin la presencia de testigos directos de los hechos y, fundamentalmente, haciendo uso de diversos mecanismos de silenciamiento que les permiten hacer prevalecer el sometimiento en el tiempo (Di Corleto, 2017; Tamarit Sumalla et al, 2015).

Además de todas las violencias ejercidas por razones de género, la violencia sexual es considerada una de las más invisibles y toleradas socialmente, construida en base a los modelos tradicionales que someten los cuerpos de NNA y mujeres a cumplir con dichos mandatos. Así, este tipo de delitos se enmarca en relaciones socioculturales basadas en el género, constituyéndose en manifestaciones de poder, agresión, degradación, opresión y sumisión.

En el caso de la violencia sexual, un NNA víctima de este tipo de delito, por regla general, con el transcurrir del tiempo puede tender a reprimir, olvidar, distorsionar los hechos acontecidos. Esto último,

lejos de tratarse de una afirmación meramente dogmática, cuenta con el respaldo de los importantes desarrollos teóricos provenientes del ámbito de la psicología, que abordan específicamente la temática del abuso sexual y las implicancias que el paso del tiempo puede acarrear en la psiquis de un niño víctima de estos delitos (Intebi, 2008; Giberti, 2016; Toporosi, 2018; Calvi, 2005). En ese orden de ideas, es importante tener en cuenta que:

ante sucesos que desbordan la capacidad de elaboración del aparato psíquico, la fisiología cerebral se modifica sustancialmente [...] provocando el proceso disociativo que separa a las experiencias abrumadoras del conocimiento consciente. Sus efectos son complejos: los recuerdos traumáticos percibidos por el individuo se pueden 'perder' de manera total o parcial, o ciertos fragmentos perceptuales se pueden conservar, aunque completamente separados de sus consecuencias emocionales, permitiendo que los hechos conmocionantes para el psiquismo queden (mal) integrados a la historia personal como episodios poco significativos (Intebi, 1998: 197).

Otra cuestión no menos importante debe ser agregada a todo lo dicho: el sentimiento de culpa. Siguiendo en este punto a Eva Giberti (2016), hay que destacar que en el origen de las agresiones sexuales generalmente está ausente la violencia directa y son precedidas por un proceso de seducción por parte del agresor, que algunas veces puede prolongarse por años. El hecho de que el autor sea un familiar y/o una persona con la que se tenga una relación afectiva intensa genera situaciones ineludibles de confusión y culpa, no solo por los intentos de naturalización que el abusador hace, sino porque logra realizar una transferencia de responsabilidad. De esta manera, visualizándose los niños como responsables de lo ocurrido, se constituyen fácilmente en objeto de amenazas para callar, por miedo o vergüenza, las agresiones de las que han sido víctimas. Además, también remarca dicha autora que el abuso sexual contra NNA no produce en todos ellos los mismos efectos y consecuencias. No solamente intervienen las diferencias personales o el momento evolutivo por el cual atraviesa la víctima, en algunas circunstancias también pueden aparecer barreras de protección que aminoran o amortiguan la representación del trauma y limitan sus efectos.

En resumen, el punto a destacar es que por todas estas razones muchas veces la persona que ha sido víctima de agresiones sexuales cuando era niño no logra hablar nunca, o, si lo hace, puede que sea transcurrido un enorme período de tiempo. Cuando sucede esto último puede ser por variadas razones, como, por ejemplo, porque ya siendo una persona adulta se siente en condiciones de enfrentarse psíquicamente con dicha situación y las consecuencias que el revelamiento acarrea. Es decir, que la víctima "decida" hablar no tiene plazos, y siendo ello ontológicamente así, resulta insólito, además de paradójico, que sea la justicia quien se los pretenda imponer.

En este contexto, si bien en la última década la República Argentina ha realizado grandes avances en el respeto al tiempo de las víctimas de estos delitos, promoviendo modificaciones legislativas (a partir de la llamada Ley Piazza N° 26705 del año 2011 y, luego, con la ley N° 27206 del año 2015); existe un

universo de casos cometidos previos a las reformas que caen en la prescripción ordinaria de los delitos, con las causales de interrupción y prescripción consagradas por el legislador en los artículos 63 y 64 del Digesto Penal original.

En este contexto, brindar protección integral de los derechos de NNA es deber del Estado en cumplimiento de los compromisos internacionales (conf. Interpretación de la Corte IDH en precedente “Furlán y familiares vs. Argentina”). Además, se pueden enunciar los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que obligan a respetar los derechos sin discriminación, además de tener el deber de adecuar la legislación y su interpretación, en consonancia con los artículos 8.1, derecho a ser oído; 19, protección de los niños, y 25, derecho a ser oído ante un tribunal o protección jurídica; como así también los artículos 2 y 3 de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño (en adelante, CDN).

Además, a la hora de valorar un caso donde se encuentren involucrados los derechos de NNA, se deben tener especialmente en cuenta las garantías de tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción. En este sentido, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) consagran el derecho de acceso a la justicia y de las garantías judiciales, como un derecho humano fundamental para todas las personas, circunstancia que abarca los derechos de las víctimas.

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva comprende, en primer término, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, a ser parte en un proceso promoviendo la función jurisdiccional. Se trata de la instancia inicial del ejercicio del derecho en el que la protección debe ser fuerte ya que de él dependen las instancias posteriores. Además, una de las manifestaciones concretas de este primer momento está dada por el deber de los jueces de posibilitar el acceso de las partes al juicio, sin restricciones irrazonables, y de interpretar con amplitud las leyes procesales en cuanto a la legitimación, pues el rechazo de la acción en virtud de una interpretación restrictiva o ritualista importa una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva. Es decir, en tales artículos se ha consagrado el “debido proceso legal”, estableciendo una serie de requisitos que deben observarse cuando las personas pretenden defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto estatal que las afecte.

No sólo este catálogo de derechos que se enuncian ampara a los NNA, sino que también se encuentran abarcados por los tratados internacionales especializados que protegen grupos sociales a los que históricamente se les ha impedido u obstaculizado el efectivo goce de sus derechos. Me refiero la protección convencional de mujeres, aplicada también a las niñeces -más allá del género-, teniendo en cuenta que la violencia sexual contra NNA se ancla en los mismos pilares socioculturales de dominio y poder, al igual que la violencia contra la mujer.

De todas las violencias ejercidas por razones de género, la violencia sexual es considerada una de las más extremas, dirigida especialmente a mujeres y, concretamente, niñas. Lo cual convierte a estos hechos en graves violaciones a los derechos humanos.

Así lo sostuvo el tribunal en el caso Illaraz<sup>1</sup> por considerar los hechos denunciados como “gravísimos y excepcionales” e, invocando la protección de la CDN, resuelve tener por no extinguida la acción penal y justifica que se mantenga subsistente la potestad investigativa del Estado. También resalta la existencia de un bloque de convencionalidad conformado por los tratados internacionales protectores de los derechos humanos de los niños y sus familias suscriptos por el Estado argentino –los cuales hemos referido anteriormente–. En este sentido, resulta ilustrativo el siguiente párrafo del voto de Carlos Chiara Díaz (integrante del referido tribunal) en el Punto IV. 4. en el que afirma que las referidas convenciones

tienen jerarquía constitucional y obligan a los estados signatarios a brindar protección integral en todos los ámbitos, incluyendo el derecho a obtener un castigo justo por hechos aberrantes perpetrados a niños, adoptando las medidas concretas tendientes a asegurar la real vigencia del debido proceso según Constitución y en su caso, la ejecución tempestiva de lo resuelto.

Además, se hace eco en el caso de la vulneración del acceso a la justicia en plenitud y a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 25 de la CADH, como así también la necesidad de evitar que crímenes relacionados con el poder –en este caso de la cúpula eclesiástica– se mantengan impunes.

Elevado el caso mediante recurso extraordinario federal a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), si bien no habilitó la instancia extraordinaria recursiva por considerar que no se interpuso contra una sentencia definitiva o asimilable a definitiva, el procurador fiscal, Eduardo Ezequiel Casal, a la hora de dictaminar, postuló que en determinados supuestos –que pueden calificarse como aberrantes, pero que no integran el elenco de graves ni gravísimas violaciones a los derechos humanos– es deber del Estado avanzar en el esclarecimiento de la verdad. Incluso citó a la Corte IDH al expresar que

el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares. La investigación debe ser seria, imparcial efectiva y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos.

Continúa diciendo que si los hechos no son investigados con seriedad resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

<sup>1</sup> CSJ 4284/2015/CS1: “Illaraz, Justo José s/ Promoción a la corrupción agravada -incid. de extinción por prescripción s/ impugnación extraordinaria”, 07/06/2018.

Todo esto viene a colación de entender que, particularmente, como se viene sosteniendo, esta clase de delitos tienen una función muy concreta y particular en el marco de un sistema estructuralmente considerado patriarcal: la función de adoctrinar. Y es en este marco en que deben ser invocadas las Convenciones que se vienen mencionando, pero, especialmente, la Convención contra todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), en tanto su objetivo es desarraigar la desigualdad existente entre los sistemas sexo-género y que habilitan la violencia machista, como forma de discriminación, conforme lo ha entendido la Comisión Interamericana de Derecho Humanos.

Por ello, también, la Corte IDH ha entendido que la credibilidad de las instituciones adquiere en estos casos una relevancia particular para desarraigar –entre otras– la dimensión patriarcal del derecho y, como consecuencia, la imposibilidad del acceso a la justicia (Caso “Campo Algodonero”).

En otro orden, está dicho que cuando la inteligencia de la norma se encuentre controvertida, debe preferirse la interpretación que conduzca al mantenimiento y no a la extinción de la acción pública, criterio que debe guiar su actuación durante todo el proceso penal. En palabras de la Dra. Highton de Nolasco:

La acción penal por tales delitos debe considerarse vigente en función de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino en materia de derechos humanos de las mujeres y niñas. En efecto, el trámite de la presente investigación penal no puede clausurarse por obstáculos procedimentales, puesto que aquí converge una multiplicidad de elementos que reclaman, de parte del Estado, su trámite bajo los estándares de debida diligencia reforzada que rigen la materia. Las características de los hechos investigados y la condición de mujer y niña que la víctima revestía al momento de su comisión exigen, en función de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, un plus por parte del sistema de administración de justicia (CSJN, Gallo López, Javier s/ causa N° 222. G. 1359. XLIII).

En tal contexto, se desvirtuaría el espíritu de la normativa internacional que pretende servir de base para superar situaciones de vulnerabilidad estructural socialmente impuestas y cambiar las condiciones que generan tales situaciones desde los propios paradigmas que la sostienen, si se entendiera que se encuentran prescriptos los hechos porque las víctimas no estuvieron en condiciones de superar “a tiempo” el trauma que les fuera impuesto.

Pero, además, en el análisis de los casos debe tenerse en cuenta, a la luz de la CDN –suscripta por nuestro país en 1990 e incorporada a su bloque de constitucionalidad en 1994–, la CEDAW, suscripta en 1979 por el Estado argentino y con jerarquía constitucional desde el año 1994 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (popularmente conocida como Convención de Belém do Pará), suscripta por el Estado argentino el 06/10/1994 y que entró en vigencia el 03/05/1995 al ser aprobada por la ley nacional 24632.

Por su parte, la CDN fue el primer instrumento que consagró el interés superior del niño y el derecho a ser oído. Además, en el artículo 3.1. se establece que los Estados partes adoptarán todas las medidas

legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los progenitores, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo; junto con la obligación de que en todas las medidas concernientes a NNA que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deben atender primordialmente al interés superior del niño.

A esta altura, resultaría ocioso destacar que los NNA son sujetos de derechos humanos cuya autonomía en el ejercicio de estos derechos es progresiva. En este sentido, ha sido clara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 21/2014 en cuanto

las niñas y los niños son titulares de los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos y gozan, además, de derechos especiales derivados de su condición, a lo que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (párrafo 56) [...] las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva. [...] Por tal motivo, entonces, dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos. [...] La Convención y la Declaración consagra un trato preferente a las niñas o niños en razón precisamente a su vulnerabilidad y, de esa forma, procuran proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales (párrafo 66).

En dicha Opinión Consultiva, en el marco del derecho de los NNA de participar en las diferentes etapas del proceso, se sostiene que, interpretado a la luz del artículo 12 de la CDN, dicho derecho

contiene adecuadas previsiones, con el objeto de que la participación de la niña o niño se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino. La Corte recuerda que las niñas y niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños (párrafo 122).

Bajo la óptica que nos brinda la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se concluye que no se puede cargar al NNA con la sanción de prescripción del ejercicio de la acción penal cuando la disponibilidad de esta estuvo en manos de sus padres o tutores. Cabe preguntarse si realmente se puede considerar que existió la posibilidad del NNA víctima de formular por sí una denuncia penal, no sólo por el tipo de delito en cuestión, sino por las circunstancias estructurales de acceso a la justicia en la época en que estos hechos ocurrieron. Esto deriva, necesariamente, en un silenciamiento que acrecienta su situación de extrema vulnerabilidad.



Todo ello lleva a resaltar la prohibición de discriminación que impone la norma internacional, debiendo tener en cuenta que las condiciones en la que participa un niño en el proceso no son las mismas en las que lo hace un adulto. Por consiguiente, no podemos imponer iguales tiempos, procesos y sanciones al niño víctima como a la víctima adulta. Esto último ha sido claramente expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “V. R. P. V. P. C. y otro vs. Nicaragua” del 08/03/2018, detallando que

en lo que se refiere a la respuesta institucional con miras a garantizar el acceso a la justicia para víctimas de violencia sexual, este Tribunal nota que las niñas, niños y adolescentes pueden enfrentarse a diversos obstáculos y barreras de índole jurídico y económico que menoscaban el principio de autonomía progresiva, como sujetos de derechos. [...] Estos obstáculos no sólo contribuyen a la denegación de justicia, sino que resultan discriminatorios, puesto que no permiten que se ejerza el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad. De lo anterior se colige que el deber de garantía adquiere especial intensidad cuando las niñas son víctimas de un delito de violencia sexual y participan de las investigaciones y procesos penales (párrafo 156).

De lo expuesto, surge la necesidad de que el sistema de justicia reformule sus discursos y prácticas, incorporando los mandatos de este nuevo paradigma de protección efectiva de NNA, quienes, como vengo sosteniendo, se encuentran en “situaciones de vulnerabilidad”.

Hay que tener presente que, en este marco, todo daño que sufren las personas víctimas –directas o indirectas– por las acciones u omisiones del proceso investigativo y el contacto con el sistema de justicia es entendido como victimización secundaria o revictimización, lo que puede generar responsabilidad internacional estatal, en cuanto se obstaculiza el acceso a la justicia, configurando, por tanto, un supuesto de violencia institucional (Piqué, 2017). La doctrina señala que el derecho a la justicia supone, por un lado, un ámbito formal y procesal –en el sentido de asegurar el acceso con las debidas garantías al órgano competente que determinará el derecho reclamado– y, por otro, un ámbito de protección material, que implica garantizar la capacidad del procedimiento para producir el resultado para el que fue concebido, aun cuando no se le dé la razón a la parte que reclama (Piqué, 2017). Importantes también resultan, en cuanto al derecho al acceso a la justicia, las siguientes palabras de Encarna Bodelón (2013: 171):

el Acceso a la Justicia es un derecho que debe ser garantizado por el Estado teniendo en cuenta que dicho acceso a la justicia, así como a los derechos y a la igualdad, sean “efectivos”. La efectividad del acceso a la justicia y, por lo tanto su pleno ejercicio, se vincula no sólo con el reconocimiento de un mayor o menor número de derechos sino con la forma en que se desarrolla en los tribunales dicho derecho. El contexto del ejercicio del derecho a la justicia está claramente marcado por las prácticas de los/as operadores jurídicos, y dichas prácticas traslucen la existencia o ausencia de formación especializada en los/as operadores/as jurídicos, su sensibilización y las creencias sexistas del propio funcionario.

Pero, además, debe darse preeminencia al principio de Dignidad Humana, tal cual fuera destacado por el Dr. Chaia en su voto del fallo Illaraz, quien entendió al contenido material de la prescripción como una derivación del principio del plazo razonable dentro de la garantía del debido proceso, y citando a Castex afirma que el contenido material de la prescripción se entiende como “la obra del legislador que tiende a evitar la inseguridad jurídica y la prolongación indeterminada de situaciones no definidas dentro del proceso penal” (Castex, 2002: 156).

Frente a ello, en los casos donde los NNA han sido víctimas de violencia sexual, nos enfrentamos, por un lado, al principio de dignidad humana de las víctimas por el tenor de los derechos lesionados y la tutela judicial efectiva; y, por el otro, del imputado, por el debido proceso a partir de un trámite sin dilación indebida, es decir, plazo razonable. Pero, cuando se acude a hacer una categorización de estos, se debe valorar si se ha vulnerado este último mientras duró la investigación y no aquel transcurrido hasta el anoticiamiento del hecho. Aun así, si hubiera que sopesar qué principio prevalece, es indudable que el principio de dignidad humana tiene jerarquía superior, máxime si se tiene en cuenta la tensión proveniente de la aplicación de una “regla” interna –art. 62 CP– y un “principio” como la afectación de la dignidad a partir de los hechos vividos y la consecuente obstrucción de la tutela judicial efectiva, frente a lo que debe estarse a la preeminencia de esta última (Alexy, 1983), aplicando directamente el conocido “clearing de valores”, sostenido en innumerables fallos por el Camarista Ríos Artacho. Más aún cuando la compatibilización de tales valores no puede importar bajo ningún punto de vista la eliminación de acceder a la justicia por parte de víctimas, cuando una valoración tal importaría celebrar que el plazo razonable se erige en una garantía que favorece los esfuerzos idóneos del imputado por lograr el secreto (y como correlato del desconocimiento de su conducta, su propia impunidad).

Yendo aún más allá de los principios enumerados, hay que considerar ante todo el tipo de agresiones ante las cuales nos encontramos.

En relación con el derecho de acceso a la justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) interpretando el artículo 8 de la CADH ha sostenido el derecho de acceso a la justicia de toda persona:

Los estados no deben interponer trabas a las personas que acuden a los tribunales en busca de que sus derechos sean determinados y protegidos. Cualquier norma o medida de orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera [...] y no esté justificada por razones de necesidad de la administración de justicia (Caso Cantos *c/* Argentina, 28/11/2002).

Así las cosas, la cuestión del acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual ha sido objeto in extenso por los tribunales internacionales. La misma Corte IDH ha expresado al respecto:

Ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.

Además, ha dicho:

La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad, así como una persistente desconfianza en la administración de justicia (Caso González y otras vs. Méjico; 16/11/2009; párr. 258).

Por su parte, el Comité CEDAW, en relación con el acceso a la justicia en el ámbito del derecho penal, recomendó a los Estados que garanticen que la prescripción se ajuste a los intereses de las víctimas.

De igual modo, el Comité de los Derechos del Niño (comité de contralor de la aplicación de la CDN), al analizar los informes periódicos 3° y 4° de Argentina recomendó ya en el año 2010 a nuestro Estado que adoptara disposiciones para garantizar que los que cometen actos de violencia contra NNA –incluyendo la violencia sexual– rindan cuentas ante la justicia y sean responsabilizados por sus actos mediante procedimientos y sanciones penales. Esto último se cristalizó respecto al asunto del presente trabajo, en la reforma a nuestro Código Penal por la ley 27206 que modificó el modo de contar la prescripción en los casos de agresiones sexuales en que víctimas adultas denuncian hechos que sufrieron cuando eran NNA por lo que la redacción actual del artículo 67 cuarto párrafo del CP suspende el plazo de la prescripción mientras que la víctima sea menor de edad y hasta que, cumplida la mayoría de edad, no importando exactamente qué edad tenga, esta formule la denuncia por sí o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad. En el debate parlamentario al tratarse el proyecto de ley, se puso de relevancia la necesidad imperiosa de que nuestra legislación interna debía ajustarse a los compromisos internacionales asumidos. En este sentido, en el recinto parlamentario se sostuvo: “Si bien la tutela judicial se puede dar echando mano de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, como legisladores es nuestra responsabilidad modificar nuestro derecho interno a fin de estar en armonía con la legislación internacional adoptada” (Cámara de Senadores de la Nación, Período N° 133, 10a reunión, 9na sesión ordinaria del día 28/10/2015).

También es la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) quien ha dicho que, para el Estado, “asegurar el cumplimiento de esas obligaciones [internacionales] es una exigencia autónoma y no alternativa” (Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa N° B14092, 23/04/13).

A todo lo dicho, cabe también agregar que en el caso “Ilarraz” –al que ya nos hemos referido– se trató específicamente el tema que aquí nos ocupa. Fueron muchos los tribunales que se expidieron

por tal motivo en todas las instancias, pero, en definitiva, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) de la provincia de Entre Ríos resolvió no hacer lugar al planteo de prescripción opuesto por la defensa. En la resolución, la magistratura valoró las especiales características de este tipo de delitos, el grave daño generado en las víctimas, la especial posición de poder que ostentaba el agresor al momento de los hechos, las estrategias de silenciamiento y coacción desplegadas, la vulnerabilidad de las víctimas –se trataba de niños de zona rural que se encontraban alojados en dicha institución y alejados de sus familias–, obstáculos que el tribunal consideró impidieron que las víctimas pudieran acceder a la justicia oportunamente.

## Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (1983). *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de Atienza, M. y Espejo, L).
- Bodelón, E. (2013). *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Ed. Didot.
- Calvi, B. (2005). *Abuso sexual en la infancia. Efectos psíquicos*. Ed. Lugar.
- Castex, F. (2002). “Prescripción en materia penal” en *Prescripción Liberatoria y Caducidad*. La Ley.
- Di Corleto, J. (2017). *Género y Justicia Penal*. Ed. Didot.
- Intebi, I. (1998). *Abuso Sexual Infantil. En las Mejores Familias*. Ed. Granica.
- Intebi, I. (2011). *Proteger, reparar, penalizar. Evaluación de las sospechas de abuso sexual infantil*. Ed. Granica.
- Giberti, E. (2016). *Abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes*. Ed. Noveduc.
- Piqué, M. (2017). *Género y Justicia Penal*. Ed. Didot.
- Tamarit Sumalla, J. M. (2015). *La criminología*. Ed. UOC.
- Toporosi, S. (2018). *En carne viva*. Ed. Topía.

# El sentido emancipador del derecho



María Victoria Mocellin\*

*Tenemos el derecho de ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza y el derecho de ser diferentes cuando la igualdad pone en peligro nuestra identidad.*

Boaventura de Sousa Santos

## Introducción

La frase elegida como epígrafe representa el trabajo que llevan a cabo los movimientos sociales y aquellos grupos subalternos, muchas veces despojados de sus derechos más elementales e invisibilizados de un sistema capitalista, colonialista y patriarcal. En *Derecho y Emancipación*, Boaventura de Sousa Santos (2012) se pregunta: “¿Puede el Derecho ser emancipatorio?” Al mismo tiempo, se aboca a analizar la posibilidad de que el discurso jurídico pueda ser potencialmente una herramienta de transformación social. En definitiva, que pueda cambiar el curso de las cosas hacia un sentido que beneficie o bien que “visibilice” y le de voz a las reivindicaciones de grupos contra colectivos hegemónicos que llevan sus luchas más allá de las fronteras de los países en los que se gestan.

\* Abogada. Profesora para la enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas. Docente de la Universidad Nacional de José. C Paz.

En ese sentido, expondré aquí algunos conceptos para luego relacionarlos con tres casos específicos que dan cuenta de que el derecho puede ser extraordinariamente útil en la lucha de los que en peores condiciones y situaciones se encuentran. Aunque como bien señala el autor de *Epistemologías del Sur* (Boaventura de Sousa Santos, 2018) el derecho no puede ser ni emancipatorio ni no emancipatorio; ya que lo que son emancipatorios o no emancipatorios son los movimientos, las organizaciones de los grupos cosmopolitas subalternos que recurren al derecho para progresar en sus luchas. Es por ello que abordaré esta temática desde un enfoque crítico ya que es imposible pensar al derecho escindido del poder, la ideología y la política e incluso del contexto histórico.

Una fábrica recuperada en el partido de San Martín, provincia de Buenos Aires, el reconocimiento de la comunidad gay en su lucha por el matrimonio igualitario, y la sentencia sobre una Cooperativa de Vivienda que logra no ser desalojada en el Barrio porteño de la Boca son los casos que he seleccionado para el cruce conceptual con la evidencia empírica. Tres actores bien diferenciados con reclamos y luchas específicas, sin embargo, se caracterizan por perseguir un fin que en cierta forma los hermana y los une, “el efectivo cumplimiento de sus derechos” y más aún, de una “ampliación” de estos cuando el Estado se torna inoperante, intolerante y altamente burocratizado.

## **Relación entre derecho y emancipación según Boaventura de Sousa Santos**

Para Boaventura de Sousa Santos la relación entre el derecho y la emancipación puede convertirse en una cuestión global y, para ello, es necesario extenderse más allá de los límites de la globalización neoliberal. Utilizar el derecho en un sentido emancipador es claramente una acción contra hegemónica que se ha de llevar a cabo por las fuerzas sociales que son representadas por los grupos y colectivos más vulnerables y excluidos de la sociedad (indígenas, pobres, mujeres, gays, inmigrantes, etc.). Estos movimientos se caracterizan por luchar contra la globalización hegemónica neoliberal, la que al mismo tiempo que propaga por todo el globo un sistema de dominación y opresión crea las condiciones para que los grupos oprimidos puedan utilizar el derecho como una herramienta emancipatoria. Como bien señala Cárcova, el discurso jurídico tiene una función paradójica que se explica en la doble articulación del derecho con la ideología y con el poder. El papel del derecho depende, pues, de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política, por lo tanto, de cambio social (Cárcova, 2009: 140). Boaventura diferencia la globalización global, hegemónica, dominante, excluyente y eurocéntrica de otro tipo de globalización que él llama contra hegemónica o “desde abajo”. Sostiene que hay que desoccidentalizar la concepción del derecho, dispensarlo o reinventarlo a los fines de que encaje con las reivindicaciones de los grupos subalternos que se han caracterizado por luchar por una alternativa diferente a la propuesta o, mejor dicho, “impuesta” por la globalización dominante. Estas luchas se caracterizan por llevar a cabo un trabajo de retaguardia, que acompaña a los que van más despacio, atrás, muchas veces invisibilizados por el sistema opresor.

Haciendo alusión a la obra del contrato social de Rousseau, sostiene que estamos atravesando un nuevo tipo de contractualización en el que impera un contrato que es falso e impone condiciones, costumbres, valores desde una mirada eurocéntrica que viene a provocar lo que él considera un epistemicidio, es decir “la muerte” de otras formas de ver, pensar y sentir el mundo. Siempre es la parte más fuerte la que impone condiciones más favorables para ella, como es el caso del Consenso de Washington, por tal motivo no hay acuerdos, ni siquiera espacio para la disidencia o la propia diferencia. En los Estados Unidos, William Julius Wilson ha propuesto la tesis de la subclase para hacer referencia a los afroamericanos de los guetos urbanos que sufrieron el declive industrial y la desertización económica de los centros urbanos (Wilson, 1987). En ese sentido, lo que ha provocado la globalización hegemónica es que miles de personas vivan al margen de la sociedad, sin empleo, sin ningún tipo de estudios o formación profesional, sumergida en la pobreza y en una continua dependencia de la seguridad social. Se trata de una subclase con una tendencia a involucrarse en actividades delictivas y formar parte de la violencia callejera. A partir de allí, ha surgido un tipo de fascismo social que nada tiene que ver con aquella ideología política del período de entreguerras, sino que se relaciona con un tipo de fascismo propio de las zonas en las que se dividen las sociedades democráticas actuales, conviven allí quienes están incluidos en el sistema y gozan de todos los derechos fundamentales que Boaventura llama “sociedad civil íntima” y aquellos que se encuentran por fuera y al margen de la sociedad, que denomina “sociedad civil incivil”, zonas salvajes. En esta última, el Estado opera como depredador, no protege, más bien, segrega y expulsa, estas zonas se caracterizan por sufrir “apropiación y violencia” de manera sistemática. Es aquí donde quisiera detenerme para analizar algunas luchas protagonizadas por movimientos sociales o colectivos que han visto vulnerados sus derechos. Considero que pertenecen a este tipo de sociedad, aunque en sus conquistas puedan acceder al menos temporalmente a la sociedad civil “extraña”, es decir, aquella en la que algunos derechos puedan ser ejercidos plenamente. Por tal motivo, para enfrentar este tipo de fascismo y lograr canalizar las reivindicaciones de estos grupos, se torna necesario pensar otro derecho y otra política, que parta claramente de una mirada y un trabajo contra hegemónico, que provenga desde “abajo”, como así también provenga de un cosmopolitismo subalterno e insurgente. Se trata de grupos contra hegemónicos porque luchan contra las condiciones sociales, políticas, económicas que les son impuestas y también porque lo que hacen es cuestionar esa concepción de interés general proponiendo una alternativa en donde lo general realmente sea inclusivo, y se extienda a un “todas”, a un “todos”. Ese interés general propuesto por el Estado neoliberal no deja de ser un mito o ficción que utiliza el discurso jurídico en su íntima relación con la dimensión ideológica y política. Como señala Alicia Ruiz, el derecho construye toda una ilusión, un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta otra imagen como real. Tan real que solo cabe pensar, juzgar, actuar, en consecuencia. Actuar “como si” contratáramos en igualdad de condiciones con el otro, “como si” conociéramos las normas que deberíamos conocer, como si nunca incurriéramos en “error de derecho”. Juzgar como si nuestra sentencia tuviera garantía de justicia y el fundamento de la verdad, “como si” la realidad fuera lo que el discurso del derecho dice que es (Ruiz, 1991: 197).

## Presentación y análisis de los casos seleccionados

El primer caso se trata de una fábrica recuperada en la que los trabajadores, luego de la quiebra de la empresa en 2012, se mantuvieron en sus puestos de trabajo como una Cooperativa de Trabajo “Cuero Flex” produciendo cuero ecológico. La fábrica nace en 1960 como una fábrica de calzado y luego se transforma en una fábrica de cuero reciclado. En 2002, incorporan la línea de producción de látex para fabricar un cuero ligado netamente natural lo que les permitió ampliar la producción hacia un material más flexible y elástico. Actualmente, es la única cooperativa en la región que trabaja con cuero reciclado y emplea a más de 70 personas.

Si bien en primera instancia el juez que intervino admitió el pedido de la celebración de un contrato de locación, también ordenó la venta de los bienes de la firma, entre ellos los dados en locación. La agrupación colectiva apeló esta medida por entender que resultaba contradictoria al permitir al mismo tiempo la locación del inmueble y la venta de este. Lo interesante fue la intervención de la representante del Ministerio Público Fiscal, Gabriela Boquín, quien enfatizó en la Ley de Concursos y Quiebras que se modificó a los fines de contemplar la subsistencia de las empresas, asegurar la continuidad de su producción y la generación de empleo. La Ley 26684 de “Concursos y Quiebras” que vino a modificar la 24522, permite que los trabajadores recuperen los medios de producción y sus fuentes de trabajo en caso de proceso concursal o quiebra. El objetivo de la ley es favorecer la continuidad de la explotación por parte de los trabajadores otorgándoles un protagonismo que antes no tenían y posibilitando que se organicen en cooperativas de trabajo de autogestión.

El segundo caso se trata de un fallo que tuvo una gran repercusión debido a que sirvió como un significativo antecedente para lo que luego se convirtió en ley, logrando de esta manera que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Argentina fue el primer país en la región en legislar sobre la materia. La pareja conformada por Alejandro Freyre y José María Di Bello promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que se ordenara a las autoridades correspondientes que se les permitiera contraer matrimonio y se declare la inconstitucionalidad de los artículos 172, 188 y concordantes del Código Civil. En lo sentenciado por la Jueza Gabriela Seijas, quisiera remarcar dos argumentos que me parecen sumamente interesantes al expresar su mirada inclusiva y consecuente con su rol jurisdiccional. Sostuvo, parafraseando a Judith Butler, que cuando lo “universal” no está en concordancia con el individuo ni lo incluye, esa misma reivindicación de universalidad es utilizada para negar los derechos del individuo (Butler, 2009: 14). También resaltó que, si el derecho de las minorías solo alcanza para que sus miembros reciban tolerancia, poco se ha avanzado en el camino al respeto sincero y acabado por los planes de vida de las personas. Finalmente, concluyó que la prohibición de matrimonio para la pareja litigante, contenida en el Código Civil, constituye una discriminación del Estado basada en la orientación sexual. Una verdadera igualdad involucra el derecho a ser diferente y el reconocimiento de cada sujeto de poder elegir el proyecto de vida que desee. Como señala Roberto Saba, se trata de adoptar una “visión estructural” de la igualdad que, en lugar de tomar como elemento único de juicio la relación de funcionalidad entre la categoría escogida para hacer las diferencias y la actividad regulada, considere relevante la situación de la



persona individualmente considerada pero como integrante de un grupo sistemáticamente excluido (Saba, 2007). Por último, el caso de la cooperativa de vivienda “Crece en Ministro Brin” situada en el barrio porteño de La Boca trata sobre un inmueble habitado por quince familias que en septiembre de 2009 había sido comprado en subasta por el Sr. Alberto José Librandi. El mismo se hallaba en mal estado de conservación y sus instalaciones eran muy deficientes. Dado que se encontraba habitado por niñas y niños, que en nuestro sistema jurídico gozan de una protección especial constitucional e infra constitucional, se ordenó librar oficio al jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Todo ello a los fines de que arbitre las medidas necesarias para censar a las y los niñas y niños y para determinar si sus grupos familiares podían ser incluidos en algún plan social del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA). En esta línea de ideas, se pueden ver los derechos que se encuentran en pugna, por un lado, el derecho a la propiedad (arts. 14, 17 y concordantes de la Constitución Nacional) y, por el otro lado, el derecho al acceso de una vivienda digna que se vería afectado en el caso de un desalojo (art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11 del Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales, entre otros). Finalmente, en noviembre de 2014 gracias al fallo del Juez Gustavo Caramelo del Juzgado Civil N°1 y el trabajo conjunto de la Secretaría de Hábitat y la Defensoría de Menores, se logró que las familias pudieran firmar un acuerdo para comprar dicho espacio, luego de varios intentos de desalojo por parte del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el caso “Q.C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación enunció el criterio de efectivización jurídica de los derechos sociales plasmados en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional y, en particular, los alcances del derecho a una vivienda digna. Al respecto, Laura Pautassi afirma que los derechos económicos, sociales y culturales deben considerarse tan operativos como los derechos civiles y políticos. Es decir, constituyen una obligación jurídica y no una mera manifestación de buena voluntad política, con prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado (Pautassi, 2010: 184). Uno de los argumentos fuertes de los que parte el Juez Gustavo Caramelo es calificar de “dejadez burocrática” el accionar del gobierno metropolitano que hace tiempo tenía conocimiento del estado del inmueble y no hizo nada por mejorar la situación de sus habitantes. Según él, los vecinos de Ministro Brin son personas en situación de vulnerabilidad social evidente y ello lo puede afirmar porque no solo leyó los informes agregados hace tiempo al proceso, sino que estuvo en el lugar junto con la secretaria del Juzgado, la Sra. Defensora de Menores, los representantes de la Comisión Nacional de Tierras para el Hábitat Social y los arquitectos del equipo de la Facultad de Arquitectura, Diseño y Urbanismo (FADU). Por su parte, representantes del Gobierno de la Ciudad, parte en el proceso, no daban señales de vida.

Tanto en la inspección ocular como en las audiencias en las que concurrieron los vecinos, Caramelo se encontró con personas dispuestas a esforzarse para mejorar su situación actual, hombres y mujeres que sufren pobreza, quienes se organizaron jurídicamente bajo una Cooperativa de Vivienda para poder encauzar su reclamo y utilizar el derecho como una herramienta que sirva a sus reclamos y actúe en consecuencia.

## Palabras finales

Ahora bien, a partir de estos casos resulta plausible, y hasta necesario, que el derecho sea emancipador, pero partiendo de otro derecho. Se trata de habilitar, o al menos aspirar a una democracia sustancial y no meramente formal, de un derecho que reconozca y visibilice estas luchas y que dé lugar a otras. Un derecho despojado de esa relación fantasmal a la que se refiere Boaventura en las *Epistemologías del Sur* “entre teoría y práctica”, sino más bien que logre tomar las prácticas de los grupos más vulnerables y les dé sustancia. Estos grupos, colectivos, movimientos sociales suelen utilizar métodos no convencionales para el logro de objetivos concretos que perciben como esenciales (en los casos planteados: toma de fábrica, marchas protagonizadas por el colectivo LGBTIQ+, resistencia a un desalojo). Dichas formas de reivindicación y lucha muchas veces operan como los únicos medios posibles para que el Estado los escuche luego de haber agotado todas las vías institucionales sin haber obtenido respuesta alguna. Se trata de una forma de expresión colectiva y una propuesta de trabajo en la que, como bien señala Diego Duquelsky, se lucha contra un Estado que atomiza un conflicto social transformándolo o presentándolo como un conflicto jurídico (Duquelsky, 2010). Por tal motivo, los grupos subalternos deben ser capaces de movilizar estrategias cosmopolitas jurídicas y políticas, utilizar de manera no hegemónica las herramientas que el derecho provee a los fines de integrar dichas herramientas en movilizaciones políticas que puedan incluir tanto acciones legales como extralegales. Las luchas deben politizarse antes que legalizarse, no hay otra manera de encauzar el conflicto, al menos en el sentido que nosotros consideramos justo y democrático. Es un trabajo arduo que requiere de un verdadero compromiso social asumiendo que la peor injusticia, como señala Boaventura, es la “cognitiva”, porque se trata de la injusticia de los conocimientos. Es la idea de un solo conocimiento válido, producido como perfecto conocimiento en gran medida en el Norte global, que llamamos ciencia moderna. Dicho conocimiento que se impone como el único posible muchas veces excluye, segrega y oprime, y ello no es ajeno al discurso jurídico. De lo que se trata, al fin y al cabo, es de poder utilizarlo de una manera alternativa que responda, o al menos ponga en discusión problemáticas relacionadas con derechos sociales o bien con las luchas y reivindicaciones de las minorías.

## Referencias bibliográficas

- Butler, J. (2009). *Dar cuenta de sí mismo. Violencia ética y responsabilidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Cárcova, C. (2009). “Notas acerca de la teoría crítica del derecho” en *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. Abelardo Perrot.
- Duquelsky Gómez, D. (2010). “Derecho y nuevos movimientos sociales. Algunas reflexiones sobre el ambiguo rol del discurso jurídico en los conflictos sociales” en Courtis, C. *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Eudeba.
- Pautassi, L. C. (2010). “Límites en la agenda de reformas sociales. El enfoque de derechos en la política pública” en Courtis, C. *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Eudeba.

- Ruiz, A. E. C (1991). “La ilusión de lo jurídico, Parte II de aspectos ideológicos del discurso jurídico” en *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Saba, R. (2007). “(Des)igualdad estructural” en Alegre, M. y Gargarella, R. (coords.) *El derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Santos, B. de S. (2009). *Una epistemología del Sur*. México: CLACSO y Siglo XXI.
- Santos, B. de S. (2012). *Derecho y emancipación*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Wilson, W. J. (1987). *The Truly Disadvantaged. The Inner City, the Underclass and Public Policy*. Chicago: University of Chicago Press.



# Ser o no ser

## Dilemas libertarios: entre la esclavitud o el Estado



*Matías Muraca\**

### Introducción

La pregunta que se hacía Hamlet acosa, reformulada, la conciencia de un regulador de una moderna administración pública. Se trata de una pregunta moralmente válida, podríamos decir, en nuestras modernas sociedades que presentan a la libertad como uno de sus principios fundamentales. Esa pregunta se redirige hacia los políticos o funcionarios y se replantea en este sentido: ¿deben los decisores de políticas empujar a los ciudadanos en las tomas de sus propias decisiones? O, por el contrario, deben abstenerse de cualquier tipo de intervención.

Se trata de una duda no solo válida, sino con absoluta presencia en una coyuntura seducida por los lenguajes libertarios que avanzan sobre una retirada del Estado y de la política en la intervención de las cosas públicas. Una idea que se articula con un supuesto de libertad individual en la toma de las propias decisiones y que supone (especialmente hoy con el prácticamente pleno acceso a información a través de un dispositivo inteligente) que “la gente hace un excelente trabajo tomando decisiones, o al menos que hace un trabajo mucho mejor de lo que otros pudieran hacer” (Sunstein y Thaler, 2003: 163). En este esquema, la intervención de un organismo público sobre la libre elección individual implicaría en los hechos una verdadera limitación de la libertad que incluso podría hasta ser reprochable moralmente.

\* Investigador y Docente de la Universidad Nacional del Oeste. Contacto: mmuraca@uno.edu.ar

Lo que quisiéramos plantear aquí son dos o tres cosas que procuraremos desarrollar a lo largo de las siguientes páginas. La primera tiene que ver con la fragilidad de la racionalidad individual al momento de tomar decisiones en beneficio propio. Esto es, muchas veces tomamos decisiones que nos perjudican objetivamente o, para decirlo de otro modo, tomamos decisiones que, en términos de nuestro propio bienestar, son inferiores a lo que podríamos haber elegido. La segunda cuestión tiene que ver con esta idea ampliamente instalada que refiere a que la intervención de un actor público o estatal viene a restringir o limitar la libertad individual. Esta idea se sostiene en una especial concepción de la libertad, que se ha instalado fuertemente en nuestras mentes, pero en particular en nuestros corazones. Venimos a sugerir que es posible pensar la libertad en otro sentido, un sentido que apunta justamente a generar las condiciones del bienestar del individuo. Finalmente, como tercer punto y a modo de conclusión, ya referido al dilema moral de un agente público o regulador estatal, sostenemos es que ese dilema moral en realidad es válido solo si lo aplicamos a una racionalidad privada, pero que cae en “saco roto” si de lo que se trata es de tomar decisiones desde una visión pública o estatal. Para decirlo de otra manera, un regulador público está “condenado” a tomar decisiones que pueden ser “reprochables moralmente”, pero no tiene más remedio que asumir esa condena si lo que pretende es gestionar políticas públicas que procuren perseguir un bienestar general.

## La fragilidad de la teoría

El primer punto que queremos analizar tiene que ver con la racionalidad o efectividad en realizar nuestra felicidad o nuestro bienestar cuando elegimos libremente. Esa primera oración contiene dos temas que son muy importantes y deben ser analizados con algo de detalle. El primero tiene que ver con la racionalidad electiva al momento de procurar realizar nuestro bienestar. ¿Somos efectivos cuando elegimos al momento de lograr nuestra felicidad o nuestro bienestar? El segundo aspecto tiene que ver con la libertad. ¿Somos libres cuando estamos eligiendo?

Distintos estudios que se basan en análisis conductuales vienen poniendo sobre relieve los límites de las teorías que proponen una racionalidad en las elecciones, puntualmente de la Teoría de la Elección Racional (TER). Hay distintos experimentos de laboratorio que vienen a corroborar que “los seres humanos cometen errores al formular sus juicios y al tomar decisiones” (Ulen, 2014: 26). Ulen presenta algunos hallazgos de experimentos conductuales con los que logra evidenciar los límites de la Teoría de la Elección Racional al momento de confirmar predicciones. Estos hallazgos se basan en ejemplos empíricos con lo cual revisten un valor para la formulación teórica que no puede dejar de ser ponderado. El *encuadre, las reglas por defecto y la predicción afectiva* vienen a demostrar, para Ulen (2014), que

los seres humanos no se comportan como la TER predice [...] ellos sugieren no obstante que las personas no toman tantas decisiones que aumentan su bienestar como debieran. Este hecho crea la necesidad de descubrir cómo, si es posible, uno podría permitirle a las personas evitar esos errores y así disfrutar un mayor bienestar (Ulen, 2014: 28).

El *efecto encuadre* se basa en un experimento de Amos Tversky y Daniel Kahneman de 1981 referido a la forma en la que un eventual decisor de políticas debería actuar ante una enfermedad muy seria que podría afectar la vida de un grupo de personas. En este caso hipotético, se plantea una situación que va a afectar a una población y se ofrecen a dos grupos de estudio dos programas alternativos cuyos efectos, aun siendo los mismos, generan opciones distintas. La forma en que es presentado el problema importa. En el caso planteado, les pidieron a varios sujetos que eligieran entre varias estrategias para lidiar con una enfermedad muy seria que podría afectar a una población de 600 pacientes. Vale la pena tomarse unas líneas para presentar el problema para visualizar cómo las formas en que se nos plantean las alternativas importan. En el experimento

la primera elección era entre estas dos opciones: Opción A: El programa salvará 200 vidas. Opción B: Este programa alternativo tiene un 33 por ciento de probabilidades de salvar a los 600 sujetos y un 67 por ciento de no salvar a ninguno. Ambos programas tienen una expectativa de salvar 200 vidas. Pero como la opción A es una opción cierta y la opción B es probabilística uno podría esperar que cualquiera adverso al riesgo prefiera A a B. Cuando Tversky y Kahneman presentaron estas opciones a varios sujetos, aproximadamente 70 por ciento prefirió A a B y aproximadamente 30 por ciento prefirió B antes que A. Luego Tversky y Kahneman presentaron una elección en hechos similares a grupos diferentes. Las características de estos distintos grupos eran indistinguibles de aquellos grupos que eligieron entre las opciones A y B. Esta segunda elección era entre estas dos opciones: Opción C: Este programa resultara en la muerte de 400 personas. Opción D: Este programa alternativo tiene un 33 por ciento de posibilidades de que nadie muera y un 67 por ciento de que las 600 personas mueran. Nuevamente, ambos programas tienen la misma expectativa ya que las opciones A y B –salvar 200 vidas– pero las opciones no se centran en las vidas salvadas sino en las pérdidas. Debemos notar además que las opciones C y A equivalen a los mismos montos, como también lo hacen las opciones D y B. Por todas estas razones, la expectativa de los investigadores era que los grupos puestos a elegir entre C y D se comportarían de modo equivalente a aquel puesto a elegir entre A y B. Sin embargo, Tversky y Kahneman presentaron la elección entre C y D y descubrieron que 78 por ciento prefería D a C y solo 22 por ciento prefería C a D (Ulen, 2014: 28).

Producto de esta experimentación, se concluye que en la forma en que es presentada la información varía la elección tomada por el tomador de decisiones. El “efecto encuadre” viene entonces a echar por tierra una “asunción implícita en la TER acerca de que las elecciones de los tomadores de decisiones son invariantes (o independientes) al modo en que la información es presentada ante ellos” (Uler, 2014: 29). La *regla por defecto*, por su parte, viene a poner sobre relieve que las preferencias de los que deben elegir terminan siendo condicionadas por el orden en el que son presentadas las elecciones. Cass Sunstein y Richard Thaler (2023) presentan el ejemplo que nos invita a pensar en el administrador de una cafetería de una determinada organización que debe decidir cómo presentar las comidas a servir. La pregunta radica en cuáles serían los efectos en el bienestar del consumidor si el administrador de la cafetería coloca las verduras y las frutas antes que los postres y las golosinas. Por otra parte, estos autores muestran un estudio empírico sobre la política de donación de órganos en sociedades similares cultural y socialmente que presentan distintas reglas por defecto sobre la donación de órganos:

en unas, la donación se presupone, salvo manifestación expresa en contrario; en otras, es requerida la manifestación expresa para donar. En el primer caso, la tasa de donación es muy superior. Estas investigaciones vienen a demostrar justamente (otra vez) que “las reglas por defecto importan al momento de elegir: por cualquiera que sea la razón, la mayoría de la gente sigue la regla por defecto ante una determinada elección” (Uler, 2014: 34). Finalmente, con la *predicción afectiva* Ulen plantea la dificultad que las personas tienen para valorar cómo eventos futuros pueden impactar en su bienestar, “la mayoría de la gente hará planes, emprenderá acciones y consumirá objetos que en última instancia no la beneficiará” (Uler, 2014: 41). En esa línea de ideas, los desarrollos de Cass Sunstein y Richard Thaler sostienen que “las preferencias de las personas son inciertas e incorrectas, y sus elecciones inevitablemente serán influenciadas por las reglas tradicionales o por defecto (default rules), efectos marco (framing effects), y puntos de partida (starting points)” (2003: 159).

Por su parte, Daniel Kahneman, en la conferencia dada cuando recibió el Premio Nobel de Economía, viene a integrar los resultados de tres investigaciones en las que se analiza la racionalidad limitada al momento de la toma de decisiones. Para hacerlo, inicia su discurso presentando “dos modos de pensar y decidir que, a grandes rasgos, corresponden a los conceptos habituales de razonamiento e intuición” (2002: 183). Sostiene Kahneman que “mientras que la intuición se presenta de modo espontáneo en la mente y presenta reducidos costes, el razonamiento requiere un ejercicio deliberado y se realiza mediante mucho esfuerzo y capacidad lógica (214). Luego de realizar una presentación de investigaciones que giran en torno a tres esquemas distintos, aunque complementarios, concluye que la conducta de estos agentes no está guiada por lo que son capaces de calcular, sino por lo que por casualidad ven en un momento dado” (Kahneman, 2002: 215).

Esta situación plantea la fragilidad de los supuestos de las TER e invita a pensar además (y a modo complementario) no solo cuán efectiva es (en términos de su propio bienestar) la elección del individuo sino, además, cuán libre es el individuo cuando tiene que elegir. Esto nos lleva a problematizar un poco más en la idea “libertad”.

## Los dilemas de la libertad

Hay una idea muy instalada en la academia y que ha popularizado Isaiah Berlin (1958) que supone fundamentalmente (y grosso modo) dos ideas o dos formas de pensar la libertad: la libertad positiva y la libertad negativa, o la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos. Si bien no es objeto de este trabajo realizar una crítica o un estudio de esa concepción, sí quisiéramos hacer un brevísimo (e injusto) resumen de la propuesta de Berlin. Básicamente, la libertad de los antiguos está asociada a una idea del auto gobierno, que implica o requiere una ocupación por parte de los ciudadanos de la cosa pública. Los ciudadanos son libres cuando se hacen cargo de sus propias decisiones en el ágora pública y está anclada históricamente en la antigua Grecia. Se trata de una definición tan seductora como imposible en las sociedades modernas del siglo XX (y más del siglo XXI) mucho más grandes y complejas que la vieja polis, en donde los individuos están ocupados (y atrapados) en el mercado, en



la sociedad y en las urgencias de la vida cotidiana que deja poco (poquísimo) espacio para las ocupaciones públicas. Frente a esa concepción robusta de la libertad, Berlin nos invita a pensar en una idea más liviana, más llevadera, más moderna de la libertad. Una libertad negativa, como no interferencia. Somos libres, en la medida en que no seamos interferidos por el Estado en nuestras decisiones. Se trata de una concepción que viene a traer mucho alivio en la medida en que nos libera de la pesada carga que nos proponía la libertad de los antiguos. Ahora para ser libres no se nos pide tanto, digamos, alcanza con que nadie interfiera en nuestros quehaceres.

¿Son estas las únicas formas de pensar la libertad? ¿Es suficiente esa concepción de la libertad para poder decir con entusiasmo y tranquilidad... “somos libres”? Sostenemos que no. Es más, sostenemos que pensar la libertad como “no interferencia” conlleva un conjunto de dificultades, en especial si pensamos (además) que quien interfiere es, generalmente, el Estado. En este punto, vamos a proponer una idea distinta de libertad, que es desarrollada por Philip Pettit (1999) y que nos viene a plantear que en realidad somos libres cuando *no estamos a merced* de un tercero, cuando no estamos dominados arbitrariamente por otro (sea este un actor público o privado, aclaramos nosotros). Justamente, Pettit viene a presentar los límites de la dicotomía “libertad de los antiguos vs. libertad de los modernos”, y lo hace planteando la paradoja de que podría darse una situación de no interferencia (libertad de los modernos) donde, sin embargo, sería difícil admitir la existencia de la libertad. Pettit (1999) presenta el ejemplo hipotético en una relación amo esclavo en la que el amo es una persona razonablemente buena. Un amo que de alguna manera está preocupado por los deseos y el bienestar de su esclavo y que procura no intervenir mayoritariamente en las decisiones del esclavo. Es más, una situación en la que de hecho no interviene. Esa situación hipotética llevaría a la profunda contradicción en la que el esclavo sería a la vez libre si quedamos prendados de la idea de libertad como no interferencia, un verdadero oxímoron.

Pettit (1999) nos plantea entonces una idea bien interesante, que sostiene que no alcanza con la “no interferencia” para lograr un estado de libertad. Es necesario un poco más, no tanto como el autodominio característico de la libertad de los antiguos, pero es necesario algo más que la mera “no interferencia” de los modernos, o algo distinto. En esa línea, Pettit va a sostener una idea de libertad con la idea de “no dominación”. Somos libres, en realidad, cuando no estamos sometidos al poder arbitrario de un tercero (sea público o privado, agregamos). La idea de arbitrariedad es central en este argumento y se vincula fuertemente con una idea de regulación consentida por el regulado. Una idea muy profunda de ley o de norma.

De esta manera, somos libres sí y solo sí estamos bajo la órbita de una regulación *consentida*, toda vez que, de no existir ese consentimiento, esa “regulación” muta y se redefine como *dominación arbitraria*. Esta concepción es central, ya que coloca en el Estado la carga y la responsabilidad de garantizar la libertad y en principio el bienestar. Desde esta concepción, que el Estado “no interfiera” no es suficiente para garantizar la libertad. Es necesario que el Estado (y el derecho) regulen para garantizar que los individuos no queden a merced de la decisión arbitraria de otro (sea este el Estado, pero también un privado). Esta concepción de la libertad es un poco más densa que la libertad negativa propuesta

por Berlin, pero sin colocar sobre las espaldas del individuo la responsabilidad y la “carga pública” que conllevaba la libertad de los antiguos. La responsabilidad recae sí sobre un Estado que debe procurar el bienestar, un bienestar que se realiza (en principio) garantizando que el individuo no quede a merced de otro, que al momento de elegir esté liberado de todo tipo de condicionamientos.

## Empujones morales a modo de conclusión

Con lo planteado hasta aquí, venimos a sostener que todo administrador público puede hacer muchas cosas, pero hay una que no puede dejar de hacer. El administrador no puede dejar de intervenir justamente porque el individuo al momento de decidir está atravesado por un conjunto de sesgos o efectos marco que, como concluyen desarrollos realizados por Sunstein, Thaler, Uler y Khaneman, entre otros, a partir de distintos experimentos sociales, nos llevan a afirmar que el individuo tiende a tomar opciones que están por debajo de su posibilidad de bienestar.

Pero lo que venimos a proponer es algo más. Venimos a sugerir que, más allá de las limitaciones del individuo (que fueron quedando demostradas) que lo llevan a que al momento de toma de decisiones elija la peor opción en términos de su propio bienestar, el administrador debe, siempre, intervenir. Para decirlo de otro modo, aun en el caso en que el individuo no estuviera (en principio) atravesado por sesgos, efectos marco, puntos de referencia, etc., el administrador debe intervenir igual. Esta afirmación dispara, al menos, dos preguntas: ¿por qué? Y la segunda, con la que iniciáramos este escrito: ¿y la moral?

La primera pregunta tiene que ver con la asimetría con la que el individuo llega a la toma de decisión. Al momento de la toma de la decisión, el individuo (incluso el bien informado) llega en una posición asimétrica frente al oferente del bien o servicio. El individuo, cuando elije, se enfrenta a actores que procuran en su racionalidad otros intereses distintos al bienestar del individuo que debe elegir. Las empresas proveedoras de bienes y servicios tienen racionalidades orientadas a la obtención de ganancias y maximización de beneficios. En el momento en el que se encuentran “en el mercado” y se realiza la decisión-elección (de un bien, un servicio, o lo que fuera), el individuo se encuentra con muchos menos recursos (y menos tiempo), que llevan a que esa situación sea profundamente asimétrica. En esa situación, el individuo queda a merced de otro y, en ese momento, pierde la libertad. Es esa situación la que debe impulsar al administrador público a aplicar medidas que garanticen la libertad del individuo. Y en ese esquema, el menú de opciones por las que debe o puede optar el administrador son varias y complementarias. Desde políticas que impulsen a las empresas a contribuir en la toma de una buena decisión individual, hasta *nudges* con mayor o menor nivel de intervención que contribuyan a que el individuo realice la mejor elección atendiendo a su propio beneficio.

La pregunta moral reaparece ahora con fuerza. *To nudge or not tu nudge...* acosa en realidad la mente y el corazón del administrador que está pensando la intervención desde una racionalidad privada o individual. Planteada así, esa duda solo debería poder cernirse sobre un mal administrador. Sostenemos que un buen agente gubernamental que tiene como tarea de su gestión garantizar que los individuos

no queden a merced de un tercero, debe apelar un poco al paternalismo y un poco al *nudge* con vistas a ser un buen custodio de las libertades individuales.

## Referencias bibliográficas

- Berlin, Isaiah (1958). *Dos conceptos de la libertad*. Alianza Editorial.
- Kahneman, D (2003). Mapas de Racionalidad Limitada: Psicología para una Economía Conductual. *Revista Asturiana de Economía — RAE*. (28) (2003).
- Philip, Pettit (1999). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós Ibérica. Barcelona.
- Sunstein, C R (2013). Paternalismo Libertario, Herder, Conferencias Storrs sobre Jurisprudencia, Escuela de Derecho de Yale (2012).
- Sunstein, C R, Thaler, R (2003). El Paternalismo Libertario no es un Oxímoron. *Derecho & Sociedad*. (27) (2006).
- Thaler, Richard H., Sunstein, Cass R. y Balz, John P. (2012). Arquitectura de Decisiones. *Nuevas Perspectivas*.
- Ulen, T S (2014). La Importancia del Derecho Conductual. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* (2015), Año II (No 1).



# Márgenes y encrucijadas del derecho y los discursos de odio



Oswaldo Nan\*

*Quien con monstruos lucha cuide  
de no convertirse en monstruo.  
Nietzsche. Más allá del bien y del mal.*

Cuando tomamos contacto de manera cotidiana con las masivas frases en las redes o en las expresiones de la gente común, vemos que el odio que allí se destila parece haberse instalado definitivamente en nuestras vidas. ¿Que nos pasó para llegar a un punto que pareciera que aceptamos el odio como un argumento normal y habitual? ¿Cómo se instaló el discurso del odio en la política, en los medios y en la calle?

También nos preguntamos si este discurso solo pertenece a un insignificante grupo al que suelen denominar *loquitos sueltos* o si en realidad estamos frente a un momento histórico en el que el odio se ha constituido en un engranaje político y social, con normalidad y habitualidad.

En nuestro país desde hace tiempo vivimos un clima político enrarecido, que no es patrimonio solo de estas tierras, cuando vemos su avance diario en los discursos extremistas y anti derechos en EE.UU.,

\* Abogado laboralista y municipalista; docente de la UNPAZ; director adjunto del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM-Colegio Abogados Morón; ex docente Departamento de Filosofía, Facultad de Derecho-UBA; ex docente de la Escuela de Gobierno INAP; ex director del Instituto de Derecho Municipal del CAM; secretario general de CTA-Baradero.

Brasil, España, Francia y muchos otros países. Nos encontramos transitando un ciclo histórico de resurgimiento de muchas ideas y valores que hasta hace poco creíamos haber superado para siempre.

Los debates, en las últimas décadas, como el reclamo por políticas de género igualitarias, la preocupación por el medio ambiente, el reconocimiento o el respeto de las diversidades culturales, complejizan el escenario político, pero enriquecen. Sin embargo, resulta paradójico que, a la vez, hayamos vuelto a caer, en los últimos años, en debates que parecían resueltos tales como la cantidad de desaparecidos, la implementación del comunismo en nuestra sociedad y tantas otras polémicas supuestamente superadas.

Paradójicamente, en un momento histórico donde a nivel global asistimos a discusiones de fondo que ponen en crisis estructuras sociales establecidas, han resurgido discursos simplistas que lo único que buscan es cancelar la discusión, mediante acusaciones descalificantes.

Trump, Bolsonaro, Putin, LePen o Salvini hablan de esto y, además, hay millones de personas que se movilizan detrás de consignas y discursos que son aceptados y replicados. A veces, algunos dirigentes políticos y referentes mediáticos cuestionan levemente estos discursos de odio, lo cual constituye una expresión mínima, frente a la catarata de voces que en portales y medios de comunicación en general se propagan, en referencias violentas contra mujeres o el feminismo o contra ciertas posturas políticas. Y allí aparece una primera paradoja, porque también entra en juego la libertad de expresión y sus límites.

Obviamente, defendemos la libertad de expresión y de opinión, sin embargo, el problema se complejiza cuando en nombre de la libertad de expresión se difunden mentiras o directamente mensajes de odio y violencia. Porque una cosa es la opinión o la mirada del mundo diferente que debe ser garantizada, pero otra cosa distinta son las opiniones de odio. En una famosa disertación, la entonces canciller de Alemania, dirigente a quien no podríamos acusar de mirada comunista o fascista decía “Expresar una opinión tiene sus costos”.<sup>1</sup>

La necesidad de ser responsables al ejercer el derecho a expresarnos, siendo consecuentes con obligaciones y deberes, nos obliga a preguntarnos cómo plantarse frente a los discursos del odio. Sería útil la prohibición, si los pensamos como complejas construcciones sociales que atacan la dignidad o quieren silenciar a las diversidades; y, por lo tanto, también van en contra del debate democrático. Pero al prohibirlos, se produce el aumento en el interés por ellos, y se los termina casi aceptando, con más presencia y más defensores que antes. Lo que no hay lugar a dudas es que, frente a esto, podemos educar, difundir y concientizar.

Para educar, debemos primero tener en claro que los discursos de odio *son expresiones violentas que discriminan y limitan el ejercicio de derechos y generan un clima de intolerancia, cargado de prejuicios, que consolida la discriminación y la hostilidad contra ciertas personas o grupos*. Constituyen ataques mo-

---

<sup>1</sup> Ángela Merkel advertía en 2019 sobre los discursos de odio: la canciller alemana hizo un llamado al Parlamento a evitar la retórica extremista, asegurando que la libertad de expresión “tiene sus límites”. Fuente: Emol.com - <https://www.emol.com/noticias/Internacional/2019/11/29/968803/Alemania-extrema-derecha-Angela-Merkel.html>

tivados por temas raciales, de género, de religión, de nacionalidad, de ideología o de postura política, o de color de piel; y por muchas cosas más, porque los que odian siempre tendrán algún motivo. Los discursos sociales de odio transmiten una mirada violenta del mundo de rechazo al diferente y buscan limitar la plena libertad del otro. Por eso, son antidemocráticos, imponen un pensamiento único y tienen como objetivos preferidos a los grupos vulnerables o disidentes. Consolidan prejuicios y construyen el ambiente ideal para el ejercicio de la violencia concreta. Son un sistema cerrado inmune a los derechos o datos de la realidad y su fuente vital es básicamente el miedo y el rechazo al otro (Sartre, 1960).

Los discursos de odio ensayan explicaciones aparentemente sencillas y unidimensionales a los problemas sociales complejos, y en su simplicidad radica su eficacia. Es mucho más sencillo interpretar una disputa política diciendo todo es culpa de los *negros*, o los *oligarcas*, o las *feministas*, o los *inmigrantes*, que hacer un análisis más complejo de la actualidad política o social. Implica un atajo intelectual y masturbatorio, que no se queda en el goce personal, sino que está motivado por intereses ligados al poder. Estos discursos se apoyan en prejuicios y datos infundados para violentar todo aquello que cuestiona el orden establecido.

Estos discursos de odio constituyen un riesgo particular, cuando son usados como herramientas políticas, basándose en conceptos históricos que circulan en la sociedad desde hace mucho tiempo, y que son fácilmente reconocibles y aceptados, internalizándolos, naturalizándolos.

Su potencia en tanto discurso político es que logra construir comunidad, para cuestionar a mi adversario; comunidad horrible, pero comunidad al fin, que denigra al otro y me permite que lo trate como un no igual, atacándolo, insultándolo y destruyéndolo.

Mientras no cuestionemos todos los discursos de odio, vengan estos de donde vengan, seguiremos manteniendo la lógica de la descalificación que los sostiene. Lo más probable es que ese otro también recurra a la misma herramienta, en la inteligencia del clásico *ojo-por-ojo-diente-por-diente*, cuando en realidad la forma más productiva de combatir este tipo de discursos es aplicarle una mirada más amplia, que exceda las medidas legales y jurídicas.

Será desde la educación y el desarrollo de una vida en sociedad basada en la diversidad, el pluralismo y el disenso, desde donde podremos combatir el origen de estos discursos. Se puede luchar contra el odio, y aunque no es fácil dejar miedos de lado, nadie quiere atentar contra la libertad de expresión, por lo que debemos hacernos cargo de nuestra responsabilidad.

Existen estrategias crudas y eficientes de la narrativa del odio que se dan en nuestra sociedad, como es el caso de la estrategia electoral, cuestión que además tiene como consecuencia el gobierno de nuestras comunidades. Designar a un enemigo, construir una narrativa de campaña que lo señale como culpable de los males de la nación, instigar contra ese nuevo enemigo, utilizar el miedo como herramienta, radicalizar a los votantes, obtener el triunfo. Todo vale.

Pero, además, el que tengan en la autoridad electa democráticamente un impulso desde el propio discurso político contribuye de manera lamentable a fomentar y reforzar argumentos simplistas, falsos y que ponen literalmente en la mira a un grupo racial inserto de manera plena en la vida pública. Narrativas que apelan a los sentimientos más básicos del electorado para sumirlo en una postura donde solo existen motivos irreductibles, donde no hay puntos medios, donde el todo o nada destruyen la naturaleza dialógica y consensual de la política.

La legitimidad electoral lleva a que el líder mesiánico y su grupo asuman que son portadores de la representación de todo el pueblo, y que, en su supuesto nombre, se tiene derecho a decidir, como si el resto no importara o fuera prescindible. Y como la realidad es siempre, y por fortuna, compleja y múltiple, cuando los resultados no son los esperados se señala como culpable a ese grupo y se utiliza la tribuna pública para continuar su discurso de descalificación y denuesto.

Si es en la Hungría de Orban, el culpable es George Soros. Si es en la Francia de Le Pen o en la Alemania de Alternativa para Alemania,<sup>2</sup> los culpables son los migrantes. Si es en el México de López Obrador, los culpables son los opositores, a lo que denominan la *mafia*. Si es en Venezuela, el culpable es el *imperialismo* o la *oligarquía*. Pareciera que siempre hay un culpable único, claramente reduciendo la realidad a una expresión simplista.

El discurso del odio es, precisamente eso: odio, que, como los sentimientos básicos del ser humano, huye de la razón para ser solamente instinto. La responsabilidad de candidatos y gobernantes en la construcción de ese mundo maniqueo donde solo cabe el pensamiento único es clara, tiene consecuencias sostenidas en el tiempo y genera heridas colectivas que pueden devenir en espirales de violencia crudas e impredecibles. Así es lo referido a grandes temas de nuestro tiempo como la migración, la convivencia entre diferentes, la pluralidad y la diversidad, todo lo cual debería asumirse con una alta sensibilidad por la dignidad humana.

En general, las tecnologías de información y comunicación que prometían traernos al mejor de los mundos, un mundo hiperconectado de encuentros, parecen habernos traído al peor de los mundos, un mundo fragmentado, polarizado, hostil, y hoy las redes sociales parecen desbordadas por procesos de construcción de las subjetividades, con mensajes xenofóbicos, de odio por la condición sexual y por la identidad o por la nacionalidad.

Estamos en una época que algunos designan como de pos verdad, referenciando ese estilo argumentativo donde no interesa mucho la veracidad de los hechos, sino el apoyo a una posición previamente tomada, proceso donde se favorecen y refuerzan las creencias previas. Entre la verdad y la mentira hay un territorio difuso, donde lo que importa es ir construyendo relatos a la medida de los intereses de un grupo. Una verdad a la carta, que no repara en la veracidad o falsedad de los hechos, sino que va a operar siempre más sobre la emoción, que sobre el razonamiento.

---

<sup>2</sup> AfD (Alternativa para Alemania) es un partido populista de ultraderecha, que ha sumado, desde su fundación en 2013, diversas victorias electorales que lo han hecho crecer peligrosamente.



Y un componente importante de esta verdad es algo que no es para nada nuevo, y que son las *fakes news*. Si bien las noticias falsas han existido tanto como las verdaderas desde hace mucho tiempo, hoy con la existencia de una infraestructura de información y comunicación inédita, que hace que una noticia llegue rápidamente a miles de personas separadas por millones de kilómetros, generan una construcción de sentido fenomenal. Esas noticias falsas no solamente operan en el campo de la intencionalidad de desinformar y de engañar, sino también en el de denostar y agredir.

La pérdida de la centralidad de la fuente informativa en época de redes sociales hace que cualquier persona recibe contenidos, pero además los reproduce. Esto genera que cuando algo es novedoso, interesante o apoya una posición en un debate en curso, rápidamente se replica a la audiencia y, a su vez, a su propia audiencia, como un espejo que refleja otro espejo y así hasta el infinito, y se produce una expansión en cadena (la llamada viralización) que genera eficacia e infinitud.

Estas noticias falsas también son eficaces porque cada uno de nosotros no puede acceder a toda la información que hay en las redes, sino que accede a una parte, la cual está reconfigurada, personalizada por los algoritmos que van a elegir a cuál información o contenido nos exponen.

Van personalizando así nuestra interacción, a la caza de nuestras búsquedas y de nuestros “*me gusta*”, trazando así un perfil, por lo cual quedamos sobre-expuestos a la información, la cual supuestamente coincidiría con nuestros puntos de vista. Estos filtros generan una burbuja de información cultural e ideológica, la cual nos aleja de cualquier pensamiento crítico. Tales filtros de burbujas que complementan al fenómeno de la viralización han hecho reaparecer otro viejo fenómeno: las teorías conspirativas. ¿Cómo podríamos haber imaginado que, en la tercera década del siglo XXI, existan grupos de personas que se organizan para defender la idea de que la tierra es plana?

Estas teorías interpelan el mundo como objeto de oscuras maquinaciones y conjuras, y constituyen una lógica cognitiva, una forma de interpretar los hechos de la realidad y de la historia como el choque entre fuerzas del bien y del mal. Se instauran mitos movilizantes para advertir de los supuestos males que se ciernen sobre la humanidad y sobre ellos que suelen cabalgar los discursos de odio.

Si bien no existe definición universalmente aceptada del discurso de odio, en estas líneas venimos intentando una enunciación más o menos aproximada. La propia palabra odio es una emoción, un sentimiento, una apertura a la subjetividad.<sup>3</sup>

Los discursos de odio constituyen una práctica de comunicación, que va a proponer una creencia dogmática injurianta sobre un grupo o un colectivo históricamente discriminado. En las redes, suelen ser acciones coordinadas contra grupos que, en general, son más débiles, y que sufren una condena social o están estigmatizados.

3 Entendemos por discurso de odio a cualquier tipo de enunciado pronunciado en la esfera pública que busque promover o incitar o legitimar la discriminación, deshumanización y/o la violencia hacia una persona o un grupo de personas en función de la pertenencia de las mismas a un grupo religioso, étnico, nacional, político, racial o de género. Estos discursos generan con frecuencia un clima cultural de intolerancia y odio y, en ciertos contextos, pueden provocar en la sociedad civil prácticas agresivas, segregacionistas o genocidas.

Los discursos de odio persiguen una serie de objetivos: el primero de ellos es romper el debate, terminar con el intercambio de ideas; y el segundo, imponer una autocensura disciplinadora y maniquea, que no permita la existencia de opiniones intermedias. Un tercer objetivo está dado por motivar a otros odiantes, generando una suerte de militancia, y, por último, hay un objetivo derivado de los tres anteriores, que implica imponer una interpretación sesgada sobre un hecho de la realidad o sobre un debate en curso.

Ante ciertas condiciones, estos discursos de odio pueden generar un clima cultural y social que habilite a actos de discriminación y hasta actos violentos, ligados a lo que denominamos pensamiento autoritario, el cual, desde la sociología, las ciencias políticas y también la psicología, es considerado autoritarismo como una variable predictiva de diversas formas de prejuicio y de intolerancia.

Los desarrollos más recientes conceptualizan al autoritarismo, esa magnífica bestia (Foucault, 2014), como portador de una dimensión de personalidad conformada por *tres conglomerados actitudinales* (Altemeyer, 1996).

Un primer conglomerado es la sumisión autoritaria, una tendencia a adherir de manera rígida a las autoridades, visibilizadas estas como absolutamente legítimas. Un segundo conglomerado está constituido por el convencionalismo, una tendencia a aceptar acríticamente y dogmáticamente las convenciones dominantes. Por último, un tercer grupo deriva de los anteriores, y es la agresión autoritaria, o sea, la actitud de hostilidad hacia los grupos o personas que se visualizan como amenazantes de las convenciones y de las autoridades a las cuales se adhieren rígidamente.

Tales categorías implican un estilo cognitivo, una forma de procesar la información. Podemos reconocer que ciertos estilos cognitivos están asociados al pensamiento autoritario y, por ende, a la generación y reproducción de discursos de odio.

Aquellas personas más prejuiciosas, con más tendencia a la xenofobia, al etnocentrismo, presentan una forma de expresar la información de manera muy rígida. Rigidez cognitiva, con tendencia a evitar ambigüedades, y reducir la realidad para una comprensión del mundo excesivamente simple, que en realidad implica una apertura al prejuicio. Tal forma de procesar la información está unida a una tendencia a confirmar las creencias previas (los sesgos cognitivos). Son búsquedas parciales de información, de recolección selectiva de evidencias.

En el actual mundo sumamente polarizado, tal situación se potencia, estando estos sesgos cognitivos presentes en los movimientos anti vacunas, o en los negacionistas del cambio climático, que son como el correlato psicológico de esas conductas. El mencionado dispositivo de los sesgos lleva a las personas a simplificar las contradicciones sociales al máximo, justificando cualquier cosa.

Se debate en el ámbito académico qué hacer con estos discursos de odio, ya que entra en juego la libertad de expresión, pero, a la vez, la necesidad de no permitir la libertad de agresión.

No existe una prescripción unívoca, aunque se entiende que prima facie no se puede ser tolerante con enunciados que alienten a la violencia y al odio. Además, se debe recuperar el pensamiento crítico, siempre teniendo en claro desde dónde estamos nosotros observando y valorando la cuestión.

Si hay un solo mensaje, unidimensional, como en la sociedad que ya prefiguraban pensadores como Marcuse a fines de los setenta, se instalará un único mensaje que llega a la sociedad, devorando a todo lo que hay en el mercado de la comunicación e instaurando un poderoso monopolio de sentido (Marcuse, 1964).

Existen importantes contactos entre derecho y discursos de odio, como la compleja relación con la democracia. Ello generalmente se aborda desde la perspectiva de derechos humanos, ya que los discursos de odio constituyen una amenaza contra lo individual y lo social a la vez.

Como ya dijimos en este artículo, el tema del derecho a la libertad de expresión, la libertad de prensa, libertad de conciencia y libertad ideológica se mezclan, y complejizan la mirada del funcionamiento del orden jurídico, ya que también todos los derechos en su conjunto se encuentran amenazados por el discurso de odio. Porque no todo lo odioso es delito de odio.

Desde el campo de la dogmática jurídica, particularmente de la penal, se trabaja insistentemente en el tema. Al respecto, se visualizan algunas exigencias básicas que determinan la posibilidad de la prohibición del discurso de odio, entendiéndolo como cualquier forma de comunicación de palabras por escrito a través del comportamiento que implique un ataque o utilice lenguaje peyorativo y discriminatorio en relación con una persona o con un grupo sobre la base de quiénes son (en otras palabras, en razón de su religión, origen étnico, nacionalidad, raza, color, ascendencia, género u otro factor). Podríamos mencionar tres elementos claves de estas exigencias: debe existir algún tipo de discurso en sentido muy amplio, debe haber alguna expresión de odio, y ese odio debe referirse a alguna faceta elemental y constituyente de la persona afectada.

Está claro que podemos encontrar *discursos sociales con odio* y *discursos de odio*, entendiendo en tal sentido que no cualquier expresión de odio es un discurso de odio.<sup>4</sup> Por esto, para responder desde el derecho al discurso de odio, tendremos que analizar los preceptos constitucionales. Existe una fuerte discusión acerca de la protección de la libertad de expresión y si tal protección por la libertad de expresión es tan fuerte que ninguna tensión con cualquier otro principio podría prevalecer.

Si decidiéramos que la intervención estatal en el discurso del odio es inconstitucional, nos quedamos sin discusión. Pero si la entendemos como constitucional, tendremos que analizar cómo sería la intervención posible (campo jurídico civil o penal). Si es desde la perspectiva penal, el desafío será que, ante el hecho penal que, como sabemos, tiene un ámbito de aplicación muy limitado porque es considerado la *última ratio* del estado, la intervención se justificara si está en juego un bien muy valioso y

4 Muchas expresiones de odio entre las personas sean estas cercanas, familiares, parejas, amigas /amigos, o bien expresiones durante la práctica de un deporte, o las expresiones de odio entre conductores de auto en el tránsito, en general refieren a la persona en el sentido de su comportamiento y no a la persona en el sentido de sus rasgos constituyentes.

si la afectación de ese bien es lo suficientemente grave. Independientemente de las discusiones hacia adentro del campo de lo jurídico acerca de la afectación merecedora de protección penal, es importante el concepto de que el discurso de odio afecta un bien público de la magnitud de *la dignidad humana*, dado que el discurso de odio implica un trato discriminante o bien algún tipo de violencia, tal como la violencia simbólica.

Asimismo, el discurso de odio puede afectar la paz, la seguridad social, la integridad física incluso el patrimonio, todos bienes jurídicos para los que se acepta comúnmente la protección penal.

Lo que está en discusión hoy día en la dogmática jurídica es si ese riesgo de afectación que representa el discurso de odio para esos bienes es suficiente para prohibir el discurso de odio.

Aun en nuestros sistemas de derecho contemporáneos, generalmente impregnados de moldeos liberales y conservadores, podemos afirmar que la tarea del Estado consiste en asegurar una convivencia libre y pacífica, lo cual obviamente incluye los derechos fundamentales constitucionales y, en ese marco, el bien jurídico serían todos los elementos que necesita cada persona para realizarse según sus propios planes de vida. El rol del derecho penal, limitado por su carácter de *última ratio* a la protección de bienes jurídicos, nos pone ante la encrucijada de decidir si la protección penal de la dignidad humana es necesaria, y, por lo tanto, la prohibición de una acción en términos del discurso del odio es necesaria para alcanzar la coexistencia libre y pacífica.

Eso, además, se sustenta en la cuestión conceptual de entender a la dignidad humana como la necesidad de un trato digno hacia los demás, libre de discriminaciones maltratos y amenazas. La dignidad humana no exige que no estemos expuestos a emociones negativas y que sólo veamos o escuchamos cosas que nos den placer, pero sí exige que nadie sienta miedo ante tal situación y que además sienta que el Estado no lo cuida, no le brinda seguridad. En tal sentido de dignidad humana, parece que la protección de esta se hace necesaria.

Quien tiene que vivir con miedo frente a sus conciudadanos y sufre la sensación de que el Estado no lo protege, no podrá tener una vida pacífica o libre, ni tampoco realizar sus planes de vida.

Tendremos, asimismo, una afectación razonable de la sensación de seguridad que antes mencionábamos cuando el discurso de odio mismo identifica a la víctima, dependiendo esto del contexto del mensaje, y no solo dependiendo de la sensibilidad de la víctima.

A su vez, otra cuestión presente es que el discurso debe poder tener repercusiones públicas, y, por último, una cierta insistencia y fuerza de convicción, o sea, ser un discurso que exprese algún tipo de amenaza y no solo insultos.

A ello podemos sumarle que tales discursos de odio afectan a la víctima y establecen un marco de exclusión y falta de respeto frente a las personas o colectivos atacados. El discurso de odio mismo tiene que ser una expresión de esa atmósfera de hostilidad u hostigamiento, porque si no la sensación de inseguridad sería infundada. Es obvio que tal atmósfera depende de las particularidades sociales y

culturales de cada sociedad, existiendo grupos tales como los pertenecientes a la cultura hegemónica que nunca podrían sentirse expuestos a una situación de inseguridad.

Por último, queremos expresar que entendemos que se encuentra muy presente en el debate de nuestro tiempo la necesidad de pensar en los límites de los discursos de odio, cuestión que intentamos abordar desde lo jurídico, pero que tiene en su raíz una cuestión claramente política, que es la de abordar y reconducir estos discursos en un espacio comunicacional bien amplio (medios de comunicación tradicionales, entornos digitales y demás espacio públicos de la comunicación) desde una perspectiva con regulación estatal, que garantice las condiciones de igualdad esenciales; ello sin caer en trampas punitivas, como así tampoco en la trampa de los sectores hegemónicos que controlan los medios y plataformas e invocan la libertad de expresión como razón protectora imposibilitante de la injerencia regulatoria estatal, invocando además supuestas *soluciones autorregulatorias*, de la misma procedencia que las que tristemente celebra la mano invisible del mercado.

No permitamos que se caiga en la trampa de privatizar asuntos complejos de la democracia, que implican necesariamente soluciones desde la mirada de las políticas públicas, con los reparos necesarios para tampoco caer en perspectivas supuestamente igualitarias que involucren una aplicación peligrosamente laxa de las herramientas del sistema penal.

## Referencias bibliográficas

- Altemeyer, B. (1996). *El espectro autoritario*. Cambridge: Harvard University Press.
- Foucault, M. (2014). *El poder, una bestia magnífica. Sobre el poder, la prisión y la vida*. Siglo veintiuno editores.
- Marcuse, H. (2016). *El hombre Unidimensional*. Editorial Austral.
- Nietzsche, F. (1886). *Más allá del bien y del mal*. Editorial Libertador.
- Sartre, J. P. (1960). *Reflexiones sobre la cuestión judía*. Editorial Sur.



# “Siempre aliento a los demás a buscar lo que les entusiasma”

## Entrevista a Macarena Marra Giménez



*Martín Cormick*

Macarena Marra Giménez es la jueza a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12 de Capital Federal desde hace unos 10 años. Los primeros 7, de forma interina y luego sí, concurso público mediante, de forma efectiva. Como muchas personas, el interés por el derecho tardó en llegar. Lo que para quienes leen acá puede parecer que les pasa solo a ellos o ellas, no deja de ser una situación más habitual. Macarena nos cuenta que, siendo la mayor de dos hermanos, “...mi papá era escribano, siempre fui muy obediente y me iba bien en el colegio. Entonces mis papás querían que yo siguiera Derecho para trabajar en la escribanía. Y la verdad, yo hubiera seguido Diseño de Indumentaria, pero, en ese momento, no existía como carrera universitaria, y en mi casa había un mandato de carrera tradicional, que teníamos que tener un título universitario”. Al principio su entusiasmo estaba más por el derecho penal, o de familia, y comenta, a modo de estrategia para finalizar exitosamente sus estudios, “...hice muy buenas amigas con las cuales estudiábamos juntas y llegué a quinto año como con un compromiso con ellas de que no iba a dejar. Tengo una amiga que se llama Ana, que me decía: no me dejas, no me dejas, terminemos, y eso. Yo fui a la Universidad Católica Argentina y las materias eran anuales, se cursaban durante todo el año y te tenías que sentar a rendir un final oral. Entonces, la muy buena dinámica con ella para estudiar sumó mucho”. Hasta que un día me recomendaron a la Cámara Contencioso Administrativo Federal “...porque buscaban una mujer que hubiera dado dentro de las últimas materias Derecho Administrativo, y yo la di como última materia. Hacía muy poquito que me había recibido, yo me recibí en mayo y entré acá a trabajar en junio del año 1997, en teoría solo por tres meses para cubrir una licencia por maternidad. Llevo

veintipico de años acá y fue por este trabajo que me encontré con nuestra profesión”. El click se empieza dando por la relación laboral y personal con su jefa, “...por el cargo de relatora, que es un cargo que trabajás muy cerca de las camaristas, vos tenés que leer toda la causa y relatarle la causa. Y ella era una persona, una mujer muy exigente, pero muy comprometida, María Inés Garzón de Conte Grand, que fue como una segunda mamá para mí, porque con ella aprendí muchas cosas; ya te digo, fue muy exigente, pero para que te des una idea, el día que yo fui mamá, ella estaba en la puerta de la habitación. Se formó un vínculo personal, muy hermoso”. Y advierte que un cambio importante en cuanto al rol del Poder Judicial ante situaciones concretas fue la avalancha de reclamos por el llamado *corralito* del 2001.<sup>1</sup> “Y ahí –cuenta– venía la gente, ya venían los ahorristas directamente, les conocíamos la cara a cada angustia, un hecho que atravesó a la Argentina y a la sociedad”. Y de alguna manera fue la conexión necesaria para abrazar de lleno la profesión. Y ahí es donde Macarena nos cuenta que, tanto en nuestra Universidad donde es docente, como en el juzgado, alienta a la gente permanentemente a que busque lo que les entusiasma e interesa de la profesión. Porque –concluye– “si no estás contento con lo que estás haciendo, eso te frustra, y terminamos perdiendo todos, entre ellos, el tribunal y la sociedad que está esperando una respuesta”.

A la hora de pensar en su rol, reflexiona: “...yo siempre digo que me crié acá adentro, que me formateé profesionalmente dentro del Poder Judicial. Siento que no podría hacer otra cosa. Amo lo que hago todos los días, lo disfruto más allá de, por supuesto, el estrés, la responsabilidad. Hace diez años que estoy a cargo del juzgado número 12 y por supuesto que no me encuentro hoy como me encontré los primeros días que tenía que tomar las primeras decisiones y firmar. Y bueno, esa toma de decisión, en definitiva, en la magistratura es como muy solitaria. Porque claro, vos tenés un equipo con el cual intercambiás ideas, conocimientos, pero en definitiva la decisión es tuya. Y si lo hacés obviamente con responsabilidad y compromiso, eso te lleva a dormir tranquila, tratando de hacer lo mejor que puedo, sabiendo que me puedo equivocar, revisando si en Cámara confirman las decisiones, si no, qué vieron que yo no vi o qué no vimos con el equipo con el que trabajo”.

1 Denominado “corralito financiero”, por decreto de necesidad y urgencia se dispuso la “pesificación” de los depósitos bancarios en moneda extranjera, en plena crisis social y política generada por la renuncia del presidente de ese entonces Dr. De la Rúa en diciembre de 2001. En dicha oportunidad se iniciaron en el fuero muchísimos amparos para impugnar la medida. Creo que fue la primera respuesta masiva del PJN a favor de los depositantes ante medidas que se tomaron con fundamento en la emergencia económica del Estado.