

pensarJUSBAIRES

| Revista de distribución gratuita | año VII N° 23 | abril 2020 | Dirección: Dra. Alicia Pierini |

DISCURSO

FRAGMENTOS DEL DISCURSO INAUGURAL DEL PRESIDENTE DR. ALBERTO FERNÁNDEZ

10 diciembre 2019

CLASE MAGISTRAL
LOS DESAFÍOS DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA POLÍTICA MUNDIAL
JUAN ANTONIO TRAVIESO

OPINIÓN
LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DERECHO A OBTENER REPARACIÓN
INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS DE LESA HUMANIDAD
NERINA DA RIN

OPINIÓN
LAS ALTERNATIVAS AL ENCIERRO PREVENTIVO EN TIEMPOS DE CRISIS
RODOLFO ARIZA CLERICI

OPINIÓN
PROTECCIÓN COLECTIVA PARA LAS PERSONAS TRANS EN MATERIA
DE VIVIENDA. LA OMISIÓN DISCRIMINATORIA EN LOS HECHOS DEL GCBA
PABLO A. DE GIOVANNI Y OLIVER RUSSELL



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

JUS
BAI
RES
EDITORIAL



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

AUTORIDADES



Vicepresidente
Dr. Francisco Quintana



Presidente
Dr. Alberto Maques



Secretaria
Dra. Lidia Ester Lago

Consejeros/as



Dr. Raúl M Alfonsín



Dr. Alberto Biglieri



Dra. Anabella Hers Cabral



Dra. Ana Florencia Salvatelli



Dr. Dario Reynoso



Dr. Marcelo Vázquez

Contenido

pensarJUSBAIRES

AÑO VII. N° 23 | ABR. 2020

EDITORIAL

UN IMPACTO SOBRE EL SERVICIO DE JUSTICIA	5
ALBERTO MAQUES	

PALABRAS DE LA DIRECCIÓN

ALICIA PIERINI	9
-----------------------------	---

DISCURSO

FRAGMENTOS DEL DISCURSO INAUGURAL DEL PRESIDENTE DR. ALBERTO FERNÁNDEZ	10
10 DE DICIEMBRE - AÑO 2019	

OPINIÓN

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DERECHO A OBTENER REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS DE LESA HUMANIDAD	18
NERINA DA RIN	

OPINIÓN

LAS ALTERNATIVAS AL ENCIERRO PREVENTIVO EN TIEMPOS DE CRISIS	25
RODOLFO ARIZA CLERICI	

CLASE MAGISTRAL

LOS DESAFÍOS DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA POLÍTICA MUNDIAL. Profecías, olvidos y Apocalipsis	37
JUAN ANTONIO TRAVIESO	

OPINIÓN

PROTECCIÓN COLECTIVA PARA LAS PERSONAS TRANS EN MATERIA DE VIVIENDA. LA OMISIÓN DISCRIMINATORIA EN LOS HECHOS DEL GCBA	59
PABLO DE GIOVANNI Y OLIVER RUSSELL	

REVISTA

pensarJUSBAIRES

AÑO VII. N° 23 | ABR. 2020

directora

Dra. Alicia Pierini

comité asesor

Dr. Horacio Corti

Dr. Gustavo Ferreyra

correctora

Nancy Sosa

diseño y producción

Editorial JusBaires

Diag. Julio A. Roca 530

www.editorial.jusbaires.gob.ar

Pensar JusBaires

Bolívar 177, 1° piso

www.pensar.jusbaires.gob.ar

Desarrollado por la Dirección de Informática y
Tecnología del Consejo de la Magistratura de la
Ciudad de Buenos Aires.

2019-85367932-APN-DNDA

DNDH N° 44106861

Impresa en Casano Gráfica S.A.
Ministro Brin 3932 (B1826DFY) Remedios de Escalada.
Buenos Aires - Argentina
Tel/Fax: 005411 42495562



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



La foto de tapa es un Monumento a los Caídos en Malvinas, que se llama "Gesta de Malvinas". El texto que describe la foto es el siguiente: "Inaugurado el 9 de Octubre de 1999. Ubicado en Quequén, Necochea. La obra alude a los soldados caídos en acción durante el conflicto de las Islas Malvinas. Posee además una fuente perimetral que recibe y recicla el agua, que cae en cascada. Simboliza las lágrimas derramadas por madres y padres; que además ven en el soldado que sostiene la Patria, al hijo que perdieron."





UN IMPACTO SOBRE EL SERVICIO DE JUSTICIA

ALBERTO MAQUES

Para entender el presente, proyectar y construir un mejor futuro, es fundamental conocer nuestro pasado, nuestra historia, comprender como se va transformando la sociedad.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nuestro Poder Judicial tiene jóvenes y maduros 22 años, fue creado desde sus

cimientos con la sanción de la Constitución del año 1996 y ha transitado por un camino de transparencia, de calidad y se halla en estado permanente de perfeccionamiento y modernización, aceptando de forma frecuente nuevos desafíos.-

Para dar respuesta al conjunto de la sociedad, que reclama más y mejor justicia,

seguimos trabajando permanentemente por los justiciables, para garantizar el acceso a la justicia como garantía de igualdad, especialmente para remover las barreras que afectan a los grupos vulnerables, para estar cada día más cerca del vecino, para obtener la autonomía plena y lograr de una vez por todas, el traspaso de las competencias que restan.-

Tenemos un Poder Judicial cercano, eficiente, presente, descentralizado, ágil, tecnificado, idóneo y actualizado. En nuestra ciudad la justicia funciona debidamente, es independiente, tiene eficacia y eficiencia en los procesos, y ello contribuye a la paz social.-

De acuerdo al diseño constitucional, la totalidad de los jueces que integran los tribunales porteños fueron designados por concurso público de oposición y antecedentes, y con la aprobación de los representantes del pueblo de la Ciudad a partir del voto de la mayoría absoluta de la Legislatura.-

Por ello, provoca preocupación el proyecto de reforma de jubilaciones que se está tratando aceleradamente en el Poder Legislativo, que impulsará a los magistrados y funcionarios que estén en condiciones de jubilarse, de tramitar rápidamente el beneficio, lo cual en forma inmediata -y en contra del objetivo utilizado como fundamento del proyecto- aumentará el déficit del sistema jubilatorio por el notorio aumento de pasivos, y dejará nuevas vacantes en el sistema judicial que no podrán ser cubiertas con la celeridad que se requiere para tener una justicia mejor, ya que es necesario

un proceso, que por su transparencia, lleva un tiempo natural de selección de aquellos postulantes que van a ocupar los cargos más trascendentales en el Poder Judicial.-

Si bien entiendo que todo el sistema jubilatorio debe analizarse y buscar alternativas de equilibrio, el régimen de los judiciales no tiene tal relevancia en las cuentas públicas que justifique un tratamiento acelerado, realizado en una sesión extraordinaria, sin analizar las consecuencias mediatas e inmediatas, con cuestionamientos constitucionales que derivarán casi con seguridad en una enorme cantidad de juicios contra el estado, y dejará a su vez al Poder Judicial con demasiadas vacantes a cubrir, que impactarán principalmente sobre los justiciables, ya que a la enorme cantidad de causas que reciben diariamente los magistrados y funcionarios, deberán agregarse aquellas en las que deberán intervenir en carácter de subrogantes, lo cual conspirará contra la celeridad necesaria para resolver las mismas.-

El Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, está dispuesto a realizar el esfuerzo que sea necesario para transitar la crisis que atraviesa el país, pensando en los más necesitados.-

Estamos preparados para ser protagonistas en una transformación necesaria de la justicia, fortaleciendo nuestra identidad como porteños, esperando conseguir la incansablemente reclamada autonomía plena, pero teniendo absolutamente clara nuestra prioridad, que es el funcionamiento del Servicio de Justicia.-

Leenos en digital en la web



pensar.jusbaires.gov.ar



PALABRAS DE LA DIRECCIÓN

pensarJUSBAIRES inicia el primer número del año 2020 y comenzamos con la mejor tarea: la de retomar un nuevo año junto a la Presidencia del Dr. Alberto Fernández quien asumió su mandato el 10 de diciembre del año 2019.

Es por ello que elegimos compartir algunos fragmentos del discurso pronunciado por el **Dr. Alberto Fernández** quien expresó que no era “un día cualquiera” sino un día de celebración para la memoria colectiva.

Y enseguida recordó al Dr. Raúl Alfonsín cuando en esa oportunidad rememoró que “nos devolvía la institucionalidad que habíamos perdido”.

En este número 23 hemos recogido interesantes trabajos de colegas que han escrito para **pensarJUSBAIRES**.

Entre ellos y ellas comenzamos por la **Dra. Nerina Da Rin** cuyo artículo denominado “La imprescriptibilidad del derecho a obtener reparación integral a las víctimas de delitos Lesa Humanidad” nos brinda una visión del nuevo estándar convencional dictado por la Corte IDH sobre la imprescriptibilidad del derecho a la reparación integral en los aspectos civiles del daño ocasionado a las víctimas por delitos de Lesa Humanidad, en consonancia con la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

También contamos con el aporte del **Dr. Rodolfo Ariza Clerici**, cuyo trabajo se titula “Las alternativas al Encierro Preventivo en tiempos de crisis” en el cual se advierte sobre la importancia de las medidas



alternativas al encierro preventivo en instituciones penitenciarias, como los arrestos domiciliarios y los dispositivos electrónicos de geoposicionamiento.

Como Clase Magistral nos honra el **Dr. Juan Antonio Travieso**, “Los desafíos del Derecho Internacional y la Política Mundial. Profecías, olvidos y Apocalipsis” en el que se hace referencia a los desafíos de la Política y del Derecho Internacional, en el medio de una guerra no declarada, incendios e inundaciones.

Y finalmente contamos con el aporte de los **Dres. Pablo A. de Giovanni y Oliver Russell** que eligen el tema “Protección Colectiva para las personas trans en materia de vivienda. La omisión discriminatoria en los hechos del GCBA” donde los autores

analizan para **pensar JUSBAIRES** el caso “Arando Luz”.

Agradecemos a los escritores que eligieron aportar sus trabajos a **pensar JUSBAIRES** en esta oportunidad.

Y como lo hicimos en otras oportunidades, invitamos a todos los miembros del sistema judicial y colegas abogados a opinar, sugerir ideas o enviarnos sus colaboraciones sobre temas jurídicos.

FRAGMENTOS DEL DISCURSO INAUGURAL DEL PRESIDENTE DR. ALBERTO FERNÁNDEZ

10 DE DICIEMBRE - AÑO 2019

(...) Hace treinta y seis años, Raúl Alfonsín asumía la Presidencia, nos abría una puerta hacia el respeto a la pluralidad de ideas y nos devolvía la institucionalidad que habíamos perdido.

Desde entonces, nuestro país atravesó distintos momentos. Algunos más plácidos y felices y otros más tristes y tumultuosos. (...)

Los argentinos hemos aprendido así, que las debilidades y las insuficiencias de la democracia solo se resuelven con más democracia. Por eso hoy quiero iniciar estas palabras reivindicando mi compromiso democrático que garantice entre todos los argentinos, más allá de sus ideologías, la convivencia en el respeto a los disensos.

(...) Desde la esperanza que millones de compatriotas han expresado en las urnas el pasado 27 de octubre, vengo a convocar a la unidad de toda la Argentina en pos de la construcción de un Nuevo Contrato de Ciudadanía Social.

Un contrato social que sea Fraternal y Solidario. Fraternal, porque ha llegado la hora de abrazar al diferente.

Solidario, porque en esta emergencia social, es tiempo de comenzar por los últimos, para después poder llegar a todos.

(...) Tenemos que superar el muro del rencor y del odio entre argentinos.

Tenemos que superar el muro del hambre que deja a millones de hombres y mujeres afuera de la mesa que nos es común.

Y, finalmente, tenemos que superar el muro del despilfarro de nuestras energías productivas.

Estos muros, y no nuestras ideas distintas, son los que nos dividen en este tiempo histórico.

(...) No cuenten conmigo para seguir transitando el camino del desencuentro.

Quiero ser el Presidente capaz de descubrir la mejor faceta de quien piensa distinto a mí.

Y quiero ser el primero en convivir con él sin horadar en sus falencias.



Quiero ser capaz de corregir mis errores, en lugar de situarme en el pedestal de un iluminado.

Yo vengo a invitarlos a construir esa sociedad democrática.

(...) Necesitamos que toda la Argentina Unida le ponga un freno a esta catástrofe social. Uno de cada dos niñas y niños es pobre en nuestro país.

Sin pan no hay presente ni futuro. Sin pan la vida solo se padece. Sin pan no hay democracia ni libertad.

Por eso la primera reunión oficial de nuestro Gobierno consistirá en un encuentro de trabajo sobre esta prioridad, el **Plan Integral Argentina Contra el Hambre**.

(...) Queremos un Estado presente, constructor de justicia social, que le dé aire a las economías familiares: por eso vamos a implementar un sistema masivo de créditos

no bancarios que brinde préstamos a tasas bajas.

(...) Hoy el desempleo afecta a casi un 30 por ciento de los jóvenes y, aún en tasas más altas, a las mujeres jóvenes. **Hay más de 1.200.000 jóvenes que no estudian ni trabajan.**

(...) Estaremos planteando en esta convocatoria una serie de medidas para restablecer los indispensables equilibrios macro-económicos, sociales y productivos para que la Argentina se encienda y pueda volver a caminar.

Faltaría a la verdad y a la responsabilidad, si no compartiera con Ustedes el exacto escenario en el que hoy asumimos. Tiene cifras y datos contundentes, emanados de la administración saliente.

La inflación que tenemos actualmente es la más alta de los últimos 28 años. Desde 1991

la Argentina no tenía una inflación superior al 50 %.

La pobreza actual está en los valores más altos desde 2008. Retrocedimos más de diez años en la lucha por reducir la pobreza.

La deuda externa en relación al PBI está en su peor momento desde el año 2004.

La indigencia actual está en los valores más altos desde 2008.

El nivel de producción industrial hoy es equivalente al del año 2006: retrocedimos 13 años.

El empleo industrial registrado tiene el nivel de 2009.

(...) Detrás de estos terroríficos números, hay seres humanos con expectativas diezmadas.

Tenemos que decirlo con todas las letras: la economía y el tejido social hoy están en estado de extrema fragilidad, como producto de esta aventura que propició la fuga de capitales, destruyó la industria y abrumó a las familias argentinas.

En lugar de generar dinamismo, hemos pasado del estancamiento a una caída libre.

(...) Tenemos que sortear ese escenario. Para poner a Argentina de pie el proyecto debe ser propio e implementado por nosotros, no dictado por nadie de afuera con remanidas recetas que siempre han fracasado.

La Argentina que buscamos construir es una Argentina que crezca e incluya. Una Argentina en donde haya incentivos para producir y no para especular.

(...) No hay progreso sin orden económico.

Para reordenar a la economía necesitamos salir de la lógica de más ajuste, más recesión y más deuda que se ha impuesto en los cuatro años que hoy acaban.

(...) Recibimos un país frágil, postrado y lastimado.

(...) Vamos a encarar el problema de la deuda externa. No hay pagos de deudas que se puedan sostener si el país no crece. Tan simple como esto: para poder pagar, hay que crecer.

(...) Existe otro equilibrio básico que tenemos que construir: el equilibrio federal y territorial.

Argentina necesita poner fin a una estructura que muestra un país “central” rico y pujante y un país “periférico” que busca desarrollarse a partir de las mínimas concesiones que el país “central” entrega. No puede haber argentinos de primera y argentinos de segunda. Argentina es una sola y mancomunadamente debe propender al desarrollo de todas y cada una de sus regiones. Ese es el desafío que enfrentamos y debemos superar.

(...) Vamos a poner a la Argentina de pie, con una infraestructura federal de calidad, sostenible y sustentable, promoviendo el desarrollo regional y creando juntos miles de puestos de trabajo en cooperativas de servicio, pequeñas y grandes empresas.

Vamos a desplegar por todo el país un Plan de Reactivación de Obras Públicas, que estén asociados al desafío ecológico y nos permitan mejorar un eco-sistema de relaciones ambientales, sociales y productivas.

(...) Vamos a atender la salud de los argentinos a través del Ministerio que alguna vez degradaron. La desatención que en estos años ha padecido la salud en Argentina está a la vista. Enfermedades que creíamos desterradas han vuelto a aparecer entre nosotros. De aquí en más, arbitraremos las medidas pertinentes para que nuestros hijos sean vacunados en tiempo y forma, para que en los hospitales no falten insumos y para

La Argentina que buscamos construir es una Argentina que crezca e incluya. Una Argentina en donde haya incentivos para producir y no para especular. (...) No hay progreso sin orden económico. Para reordenar a la economía necesitamos salir de la lógica de más ajuste, más recesión y más deuda que se ha impuesto en los cuatro años que hoy acaban. (...) Recibimos un país frágil, postrado y lastimado.

que los remedios lleguen a nuestros abuelos de menos ingresos de modo gratuito.

(...) Vamos a robustecer el MERCOSUR y la integración regional, en continuidad con el proceso iniciado en 1983 y potenciado desde 2003.

(...) Reafirmamos nuestro más firme compromiso con el cumplimiento de la Cláusula Transitoria 1ra de la Constitución Nacional y trabajaremos incansablemente para potenciar "...el legítimo e imprescriptible reclamo por la soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes...".

Lo haremos sabiendo que nos acompañan los pueblos de América Latina y el mundo y convencidos de que el único camino posible es el de la paz y la diplomacia. Honraremos la memoria de quienes cayeron en la lucha por la soberanía. (...)

Defenderemos nuestros derechos soberanos sobre las Islas Malvinas, la plataforma continental, la Antártida Argentina y los recursos naturales que estas extensiones poseen porque pertenecen a todos los argentinos.

(...) Estamos inspirados en la Encíclica "Laudato Si" de nuestro querido Papa Francisco, Carta Magna ética y ecológica a nivel universal. Por eso hemos tomado como primera decisión jerarquizar como Ministerio el área ambiental.

(...) Necesitamos ordenar las condiciones para la conservación y uso racional de los recursos ambientales, de los bosques y la biodiversidad, de los humedales y los suelos, del mar y sus recursos.

(...) Tenemos la responsabilidad de asumir como políticas de Estado otros imperativos morales irrevocables de la sociedad Argentina. Desde 1983 la sociedad ha trabajado para el Nunca Más al terrorismo de Estado, para lograr Memoria, Verdad y Justicia. Los primeros avances se lograron desde 1983 y luego se retomaron muchos otros desde 2003. Y se impidió colectivamente cualquier retroceso en esta materia. Estamos orgullosos como sociedad de tener hoy Fuerzas Armadas comprometidas con la democracia.

(...) Es tiempo de ciudadanizar la democracia. Tenemos una democracia con cuentas pendientes y siento que expreso a una



generación que llega en esta hora al poder para tomar la decisión de saldarlas.

Una democracia sin justicia realmente independiente no es democracia.

(...) Por eso hoy vengo a manifestar frente a esta Asamblea y frente a todo el Pueblo Argentino, un contundente Nunca Más.

Nunca Más a una justicia contaminada por servicios de inteligencia, “operadores judiciales”, procedimientos oscuros y linchamientos mediáticos.

Nunca más a una justicia que decide y persigue según los vientos políticos del poder de turno.

Nunca más a una justicia que es utilizada para saldar discusiones políticas, ni a una política que judicializa los disensos para eliminar al adversario de turno.

Lo digo con la firmeza de una decisión profunda: Nunca más es Nunca Más.

(...) Lo digo y reitero con la firmeza de una convicción profunda.

Nunca más al Estado secreto.

Nunca más a la oscuridad que quiebra la confianza.

Nunca más a los sótanos de la democracia.

Nunca más es nunca más.

(...) Queremos poner a la Argentina de pie. Y en ese objetivo también tienen que estar incluidas nuestras fuerzas armadas.

Para eso tienen que estar capacitadas y equipadas, alistadas y adiestradas, para el cumplimiento de la misión principal y las misiones secundarias.

(...) Continuaremos con las misiones de mantenimiento de la paz en el marco de nuestra pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas.

Como Comandante en Jefe quiero decirles con claridad a nuestras fuerzas armadas: tenemos una enorme oportunidad para mirar al futuro y hacer de la política de Defensa una verdadera política de Estado, con un consenso amplio de las fuerzas políticas y un fuerte compromiso con nuestra Constitución Nacional.

(...) Queremos una prensa independiente del poder e independiente de los recursos que la atan al poder.

Ni una Menos debe ser una bandera de toda la sociedad y de todos los poderes de la república. El Estado debe reducir drásticamente la violencia contra las mujeres hasta su total erradicación.

(...) Queremos que dejen de servir a la propaganda del Estado para que pasen a servir al mejoramiento de la calidad educativa.

(...) Queremos que los avisos que pague nuestro gobierno, en lugar de hacer propaganda, contribuyan a mejorar el proceso de aprendizaje de nuestros jóvenes.

Para que la matemática, la historia, la literatura, la física y las ciencias de nuestras currículas escolares, puedan ser enseñadas de modo más eficaz y creativo. (...)

Vamos a invertir el presupuesto de la publicidad oficial para publicar avisos en los medios que serán herramientas pedagógicas, que nos ayuden a mejorar el rendimiento educativo de nuestros jóvenes en todo el país. (...)

En el mismo contexto de innovación, vamos a proponer una Gran Escuela de Gobierno, con altísima excelencia académica, como eje de un proceso de profesionalización, mérito y carrera administrativa en el marco del Estado Nacional.

(...) No descansaremos hasta que un niño en una zona rural tenga el mismo acceso

(...) Estamos inspirados en la Encíclica “Laudato Si” de nuestro querido Papa Francisco, Carta Magna ética y ecológica a nivel universal.

a una educación transformadora que una niña de un centro urbano, viva en el punto del país que viva. (...)

Asimismo, vamos a tener como prioridad avanzar en la extensión de la jornada escolar, una iniciativa fundamental para romper las desigualdades de origen.

(...) Durante mi gobierno estaremos las bases de un gran Pacto Educativo Nacional, con todos los actores de la comunidad educativa y de la sociedad.

Y esto no es letra muerta de un discurso.

(...) Reivindicamos a la investigación científica y tecnológica porque ningún país podrá desarrollarse sin generar conocimientos y sin facilitar el acceso de toda la sociedad al conocimiento.

(...) En estos próximos cuatro años haré todos los esfuerzos necesarios para que estén en un primer plano los derechos de las mujeres. Buscaremos reducir, a través de diversos instrumentos, las desigualdades de género, económicas, políticas y culturales. (...)

Ni una Menos debe ser una bandera de toda la sociedad y de todos los poderes de la república. El Estado debe reducir drásticamente la violencia contra las mujeres hasta su total erradicación.



(...) Nuestra ética política reivindica los valores de la solidaridad y la justicia. A todos los argentinos nos afecta la crisis.

(...) Debemos salir de esta situación con solidaridad, para que cuando se encienda la economía todos los sectores, sin excepción, puedan verse beneficiados. Pero hasta eliminar el hambre le pediremos mayor esfuerzo solidario a quien tenga más capacidad de darlo.

Comenzar por los últimos, para llegar a todos.

(...) Quiero recordar a Esteban Righi quien me inculcó como nadie los mejores valores del Estado de Derecho.

Y quiero recordar a Néstor Kirchner, quien en el año 2003 me permitió participar de la maravillosa aventura de sacar a la Argentina de la postración.

(...) Quisiera que seamos recordados por haber sido capaces de superar la lógica perversa de una economía que gira alrededor

Nunca más a una justicia que decide y persigue según los vientos políticos del poder de turno.

de la desorganización productiva, la codicia, la especulación y la infertilidad para las mayorías.

Quisiera que dejemos como huella haber reconstruido la casa común con un gran proyecto nacional, un Acuerdo Estratégico para el Desarrollo, del cual nos sintamos orgullosos.

(...) Yo quiero ser el Presidente de la escucha, del diálogo, del acuerdo para construir el país de todos.

(...) Demasiado tiempo probamos el método del enojo y del rencor. Todas y todos debemos despojarnos del rencor que cargamos. **Volvamos a ganarnos la confianza del otro. Volvamos a confiarnos entre nosotros.**

(...) Cuando mi mandato concluya, la democracia argentina estará cumpliendo 40 años de vigencia ininterrumpida.

Ese día quisiera poder demostrar que Raúl Alfonsín tenía razón.

Espero que entre todos podamos demostrar que con la democracia se cura, se educa y se come.

PONGÁMONOS DE PIE Y EMPECEMOS NUEVAMENTE NUESTRA MARCHA.



pensar JUSBAIRES
en la librería

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DERECHO A OBTENER REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS DE LESA HUMANIDAD

NERINA DARIN*

*La autora analiza especialmente para **pensar** JUSBAIRES el nuevo estándar convencional dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la imprescriptibilidad del derecho a la reparación integral en los aspectos civiles del daño ocasionado a las víctimas por delitos de lesa humanidad, en consonancia con la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*

1. Introducción

El Derecho Internacional se ocupa en sus diferentes perspectivas y enfoques de las cuestiones relativas a los delitos de lesa humanidad.

Así, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se atienden la cuestiones que tutelan y protegen los derechos de las víctimas de estos delitos: el derecho a saber o derecho a la información, el amparo judicial o derecho de acceso a la justicia y a las garantías judiciales, el derecho a

obtener reparación integral que involucra: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Por su parte, el Derecho Penal Internacional persigue a los autores de delitos internacionales, ya sean de lesa humanidad, genocidio, apartheid, de agresión, o crímenes de guerra y aplica penas a individuos.

Cada uno de estos ámbitos del derecho internacional, si bien tienen finalidades específicas, son también complementarias, ya que ambas persiguen la no repetición

* La autora es Abogada (UCA), doctoranda (UBA). Profesora Adjunta de Derechos Humanos y Garantías. Medios de Protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Facultad de Derecho UBA. Directora Ejecutiva del Centro de Análisis y Aplicación de Control de Convencionalidad de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



de estos gravísimos crímenes contra la humanidad.

2. Evolución del derecho a la reparación

En materia del reconocimiento de los derechos humanos podemos señalar una constante evolución, con el fin de asegurar más derechos a mayor número de personas. Esta es una característica de los derechos humanos y se conoce como su desarrollo progresivo. Este progreso consolida los derechos humanos reconocidos que, entonces, ya no pueden ser reducidos o desconocidos. Esto es consecuencia del principio pro persona y de prohibición de regresividad de los derechos humanos.

En este sentido, el derecho a reparación integral de las víctimas de delitos de lesa humanidad ha evolucionado con el correr del tiempo y ha consolidado su

reconocimiento y ejercicio. Esta evolución se pone de manifiesto en el reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el Caso Órdenes Guerra y Otros vs. Chile. Sentencia de 29 de Noviembre de 2018.

La Corte hizo un análisis sistemático, teleológico y evolutivo del derecho a reparación integral de las víctimas de delitos de lesa humanidad y estableció estándares regionales que se fundan en los desarrollos actuales del derecho internacional de los derechos humanos.

La cuestión central en este caso fue establecer si el estado demandado, la República de Chile, era responsable internacionalmente por haber aplicado la prescripción civil en los casos de reclamos de indemnizaciones civiles por las consecuencias de delitos de lesa humanidad. Lo que dejó sin reparación a las víctimas en el sistema judicial chileno.

La falta de tutela primaria abrió la posibilidad de acceso a la justicia en el sistema subsidiario de medios de protección, conforme está previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos. En este proceso la Corte IDH dictó la sentencia que a continuación se analiza.

El análisis evolutivo de la Corte IDH estableció que la comunidad internacional está interesada tanto en la persecución penal de estos crímenes internacionales como en la reparación integral a las víctimas de tales delitos, incluyendo la indemnización civil.

El interés destacado dentro de la reparación integral por tales gravísimos delitos forma parte del orden público internacional que obliga a los estados parte del sistema interamericano a aplicar el nuevo estándar en ejercicio del control de convencionalidad.

2.1. La imprescriptibilidad del derecho a reparación integral en los delitos de lesa humanidad como norma imperativa del derecho internacional.

La persecución de los delitos de lesa humanidad resulta ser una norma imperativa del derecho internacional

La persecución de los delitos de lesa humanidad resulta ser una norma imperativa del derecho internacional o norma de ius cogens. Los estados no pueden apartarse de ella sin incurrir en responsabilidad internacional. Por lo que se puede afirmar que las reglas del derecho de gentes sobre los delitos de lesa humanidad forman parte del orden público internacional.

Si se traza una línea temporal sobre la evolución de este principio general, hoy estándar, y su aplicación en 1945 en el Estatuto

del Tribunal Internacional Militar de Nüremberg. Luego se reitera y amplía en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, así como en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

También en el año 2005 los “Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y a Obtener Reparaciones” y en el “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”.

“Las reglas del derecho de gentes sobre los delitos de lesa humanidad forman parte del orden público internacional”

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su Preámbulo afirma:

“... que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia...”.

Los Principios Básicos de Protección a las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y a Obtener Reparaciones, se enfocan en los principios reparatorios.

En la etapa previa de la declaración, como psicólogas nos presentamos, explicamos nuestro rol y brindamos información al adulto acompañante y al niño/a, en un lenguaje comprensible y adaptado a su estadio evolutivo.

Señalan estándares que los estados parte del sistema de las Naciones Unidas deben cumplir en sus respectivas jurisdicciones cuando se trate de la reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de delitos de lesa humanidad.

En este sentido, sobre la prescripción, en el principio 6 se establece:

“6. Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional”.

Luego, en el principio 15 se establece la obligación de reparar el daño de manera adecuada:

“15. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario.

La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su

derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario.

Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima....”

15. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales en el Derecho Internacional Humanitario...

....Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una

persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima,...

En materia de impunidad, los principios de Naciones Unidas también se ocupan de la prescripción y la imprescriptibilidad:

El principio 23, señala: “...La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles. Cuando se aplica, la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación...”.

Luego, en el principio 32, referido a los procedimientos para obtener reparación, se indica:

“Tanto por la vía penal como por la vía civil, administrativa o disciplinaria, toda víctima debe tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible que incluirá las restricciones que a la prescripción impone el principio 23”.

Las reglas centrales sobre prescripción en este sistema de principios son:

- No puede correr la prescripción cuando faltan los recursos eficaces del estado a disposición de las víctimas;
- Imprescriptibilidad de los delitos graves del derecho internacional, como norma imperativa del derecho internacional;
- Imprescriptibilidad del derecho a resarcimiento por daños civiles y no caducidad de las acciones civiles o administrativas para obtener reparación por parte de las víctimas de delitos de lesa humanidad.

La responsabilidad estatal por la falta de amparo judicial de los delitos de lesa humanidad y sus consecuencias, tiene su fuente jurídica en el derecho internacional, tanto en los principios generales, como la costumbre internacional, los tratados, la jurisprudencia y la doctrina.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL: Corte IDH.

Caso Órdenes Guerra y Otros vs. Chile. Sentencia de 29 de noviembre de 2018

Esta sentencia ha esclarecido los estándares convencionales para la protección del derecho a la reparación de las víctimas de los delitos de lesa humanidad.

La Corte recordó, en esta oportunidad, que en su jurisprudencia anterior se ha referido al amplio contenido del derecho de acceso a la justicia y a las garantías judiciales reconocidas por la CADH en los artículos 8.1 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2.

“77. En particular, en casos de graves violaciones de derechos humanos y de manifiesta obstrucción de justicia, este tribunal ha considerado que “en ciertas circunstancias el Derecho Internacional considera inadmisibles e inaplicables la prescripción [penal], así como las disposiciones de amnistía y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, a fin de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado de conductas cuya gravedad hacen necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas”. Tales institutos jurídicos o disposiciones son inadmisibles cuando “pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales

Una de las problemáticas que surgen al momento de llevar a cabo entrevistas psicológicas de declaración en niñas, niños y adolescentes es la negativa de ese niño/a para declarar.

o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

“78. En relación con lo anterior este Tribunal es consciente de los desarrollos que existen en el Derecho Internacional en materia de aplicabilidad del instituto jurídico de la prescripción a acciones judiciales para obtener reparaciones frente a graves violaciones de derechos humanos”.

En considerandos siguientes el tribunal analizó, sistemática, evolutiva y teleológicamente, el derecho a reparación de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, y en especial enfocó el instituto de la prescripción en estos casos. Señaló, tanto el cambio en la jurisprudencia chilena, sobre la actual aplicación de la imprescriptibilidad, como también el caso del Consejo de Estado de Colombia, que ha inaplicado el plazo de caducidad de las acciones por daños, ponderando entre la seguridad jurídica y el imperativo de brindar reparación de daños ocasionado por delitos de lesa humanidad; cede el primero.

En este contexto regional también hizo notar que la reforma del Código Civil y Comercial de la Argentina en vigencia, establece en su artículo 2561 que las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.

Destacó en los antecedentes del caso a los argumentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (CIDH), que consideró: “88. La razón de ser de la inconventionalidad de aplicar la figura de la prescripción de la acción penal en casos de graves violaciones de derecho humanos se relaciona con el carácter fundamental que tiene el esclarecimiento de los hechos y la obtención de justicia para las víctimas.

Por ello la Comisión señaló que no encuentra razones para aplicar un estándar distinto a un aspecto fundamental como es la reparación en este tipo de casos, por lo cual las acciones judiciales de reparación del daño causado por crímenes internacionales no debería estar sujeto a prescripción.

En razón de las fechas en que ocurrieron o comenzaron a ocurrir, la Comisión consideró que las violaciones primarias respecto de las cuales las víctimas de este caso buscan reparación, todas a partir de septiembre de 1973, hacen parte de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar, por la cual la aplicación de la figura de la prescripción a sus acciones de reparación constituyó un obstáculo en el acceso afectivo a la justicia para hacer efectivo su derecho a ser reparadas”.

La Corte IDH sostuvo que 95.) “...para considerar imprescriptibles las acciones civiles de reparaciones por daños ocasionados en hechos calificados o calificables como

Por ello la Comisión señaló que no encuentra razones para aplicar un estándar distinto a un aspecto fundamental como es la reparación en este tipo de casos, por lo cual las acciones judiciales de reparación del daño causado por crímenes internacionales no debería estar sujeto a prescripción.

crímenes contra la humanidad, con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema [de Chile], son aplicables a cualquier acción civil, independientemente de si esta es resarcitoria en el marco de un proceso penal o si es una demanda en la vía civil propiamente dicha.

Es decir, tal imprescriptibilidad se justifica en la obligación del Estado de reparar por la naturaleza de los hechos y no depende por ello del tipo de acción judicial que se busque hacer valer”... 96.) “...la Comisión consideró que las vías de reparación administrativa y judicial son complementarias y no excluyentes...”.

“...tal imprescriptibilidad se justifica en la obligación del Estado de reparar por la naturaleza de los hechos y no depende por ello del tipo de acción judicial que se busque hacer valer...”

Se configura así un nuevo estándar convencional que debe ser tenido en cuenta al momento de aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos y que resulta obligatorio para los estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Lo que implica que no es posible para los Estados parte de la CADH, sus tribunales y demás órganos y poderes estatales, desconocer la imprescriptibilidad del derecho a la reparación civil por daños ocasionados en hechos calificados o calificables como crimen contra la humanidad, independientemente de si ésta es resarcitoria de un proceso penal o si es una demanda independiente en la vía civil.

El estándar del caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile., se constituye en fuente del derecho internacional de los derechos humanos en el orden regional y debe ser aplicado en ejercicio del control de convencionalidad, obligación de todos los Estados parte del sistema interamericano.

El reconocimiento del derecho imprescriptible a la reparación integral por crímenes contra la humanidad nace de un interés internacional específico, del orden público internacional, que está expresado en tratados, normas, principios generales, jurisprudencia y doctrina, y tiene especial interés en prevenir las repeticiones de estos delitos gravísimos.

LAS ALTERNATIVAS AL ENCIERRO PREVENTIVO EN TIEMPOS DE CRISIS

RODOLFO ARIZA CLERICI*

*El juez Rodolfo Ariza Clerici advierte en esta nota para **pensar**JUSBAIRES la importancia de las medidas alternativas al encierro preventivo en instituciones penitenciarias, como los arrestos domiciliarios y los dispositivos electrónicos de geoposicionamiento que constituyen una herramienta para morigerar el impacto negativo de la emergencia penitenciaria decretada en 2019. Aconseja además profundizar el desarrollo jurisprudencial de los supuestos que constituyen los casos de riesgos procesales para poder optimizar los recursos disponibles en tiempos de crisis penitenciaria.*

Introducción

El Estado tiene el deber de investigar y perseguir los hechos delictivos que llegan a su conocimiento.

No se trata de un poder ilimitado puesto que de lo contrario estaríamos frente a un Estado totalitario.

En un Estado de Derecho el poder punitivo debe estar estrictamente limitado mediante leyes claras y precisas. De modo tal que el Legislador describe los supuestos en los que puede perseguir y juzgar a las personas,

investigándolas y llevándolas a juicio, y para el caso que el representante de la vindicta pública se vea imposibilitado de realizar esta tarea, por las acciones del imputado, la ley faculta a detener preventiva y provisoriamente para asegurar sus objetivos.

No obstante ello, para dictar la prisión preventiva debe reunirse un mínimo de prueba relativa a la culpabilidad del imputado como autor o partícipe y la existencia de un peligro en la demora que justifique la urgencia en su dictado.

* Juez de Primera Instancia en lo Penal, Contavencional y de Faltas. Doctorando Facultad de Derecho-UBA; Maestría Universitaria en Administración de Justicia de Unitelma Sapienza -Università degli Studi di Roma; Becario (2018-2019) Instituto Internacional de Derechos Humanos, Fundación Rene Cassin-Estrasburgo (Francia); Abogado (UBA; 2003); Estudió en la American University College of Law -Academy on Human Rights and Humanitarian Law-2017; Estudió en la Università degli studi di Perugia -Protezione Sovranazionale dei Diritti Umani- 2016; Estudio en Universität Hans Georg August (CEDPAL-2017) Göttingen-Alemania 2017.

Todas las medidas cautelares deben ser excepcionales, y en especial la prisión preventiva: *“el estado de inocencia es una garantía de la seguridad jurídica para los individuos. Las medidas de coerción son garantías para la eficaz realización del orden jurídico”* y el *“poder estatal únicamente se permite y tolera de modo provisional como concesión excepcional, impuesta por la necesidad, como última ratio para administrar justicia, aspecto que supone su carácter subsidiario, de modo tal que no basta probar que el encierro cautelar resulta idóneo para asegurar la realización de la ley sustantiva, sino que éste no es sustituible por otros modos de intervención estatal menos intensos, de menor gravedad para el sometido a proceso.”* Por ello, *“no parece lógico que se haya querido que, ante el más mínimo riesgo para los resultados del proceso, el juez corra a ejercer su máximo poder”*

La prisión preventiva es una institución que permite la detención sin que exista sentencia condenatoria firme, siempre y cuando concurran determinadas circunstancias que hicieran peligrar la eficacia del sistema, representadas por el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación.

En ningún escenario debe emplearse como pena anticipada o como medida de seguridad. Se trata de la ponderación o balance entre eficacia del proceso penal y las garantías constitucionales.

Los problemas del abuso en la aplicación del instituto

En líneas generales los problemas que evidencia la aplicación del instituto en nuestro

país pueden sistematizarse de la siguiente forma: a) criterios rígidos que interpretan a la prisión preventiva como adelanto de pena (*“delitos inexcusable”*); b) imposición del encierro preventivo de oficio (jueces de instrucción o fiscales de instrucción); c) ausencia de ámbitos adecuados para garantizar el derecho de defensa (inexistencia de audiencias públicas previo a la aplicación del encarcelamiento); d) tiempos prolongados en la duración de la medida; e) aplicación sistemática de la prisión preventiva ante determinados supuestos; f) ausencia de mecanismos de revisión periódica; h) carencia de determinación judicial del plazo de duración; i) inexistencia de mecanismos alternativos al encierro cautelar.

Los recaudos mínimos exigidos para su aplicación son los siguientes: un mínimo de prueba de culpabilidad, excepcionalidad, gradualidad, interpretación restrictiva, proporcionalidad, subsidiaridad en la aplicación, provisionalidad y *“favor libertatis”*.

Sin embargo, las normas procesales y la jurisprudencia de los distintos tribunales del país regulan y aplican este instituto con un amplio margen de discrecionalidad y por fuera de los principios referidos.

Criterios sustancialistas y criterios procesalistas

La doctrina clasificó los fundamentos y circunstancias que toman los códigos procesales en dos criterios: los procesalistas y los sustancialistas. El criterio procesalista es el único que responde a una reglamentación constitucional de la utilización de la prisión preventiva, mientras que el segundo es contrario a aquélla.



Criterio sustancialista

El criterio sustancialista se encuentra presente cuando la legislación regula tanto la procedencia de la prisión preventiva como la denegatoria de la excarcelación, a través de los siguientes criterios: *monto de la pena en expectativa, el tipo de delito imputado, la extensión del daño causado, los medios empleados, si el delito no prevé pena de ejecución condicional, las circunstancias o características personales y la repercusión social del hecho.*

También lo son *la posible declaración de reincidencia, la reiteración delictiva, la existencia de causas en trámite o la concesión de excarcelaciones anteriores.*

Este criterio también asimila la prisión preventiva a una *medida de seguridad*, se refiere a la finalidad de *hacer cesar el delito o evitar que persista en el delito o su reiterancia*, o bien satisfacer la necesidad de “*defensa social*” contra la *peligrosidad del sospechoso*.

En conclusión, este criterio conlleva la aplicación automática del instituto que al no admitir prueba en contrario, impide resolver el caso conforme las particularidades.

Cafferata Nores señala que, aún en caso de admitir que la legislación consagre que frente a la posibilidad de imponer una pena grave el imputado se fugará, esto siempre debe admitir prueba en contrario, puesto que de lo contrario se produce la inversión de la carga probatoria, consistiendo en presunciones automáticas, poniendo en cabeza del imputado la carga de probar la inexistencia de riesgos procesales.

Criterio Procesalista

La naturaleza jurídica de una medida cautelar impone que concurran conjuntamente dos presupuestos: *a) la verosimilitud en el derecho y b) el peligro en la demora.*

En relación a la verosimilitud del derecho (*fumus bonis iure*) o exigencia de mérito sustantivo, es necesario que concurran elementos de convicción suficientes que permitan afirmar que existe una sospecha de que el imputado es el autor -o partícipe- del hecho investigado (alto grado de probabilidad) y, en consecuencia, que se llevará adelante el juicio oral y público en su contra. Se requiere, entonces, de una imputación

válida y fundada en la prueba que aportó el acusador.

Mientras que ante el peligro en la demora se deben dar ciertas circunstancias o características que demuestren que existe un estado de probabilidad prevaleciente de que el imputado atentará contra los fines del proceso.

Desde la doctrina, ya hace bastante tiempo se explica que existen sólo dos motivos: el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga.

De tal forma, sólo en aquellos casos en los que la libertad del imputado pueda obstruir la averiguación de la verdad -falseando o destruyendo prueba o amedrentando testigos, o existan elementos que pongan en peligro la aplicación de la ley penal en el caso concreto (fuga)-, se autoriza la medida de coerción más gravosa.

Los riesgos procesales

La jurisprudencia ha definido en diversos casos los riesgos procesales en una clasificación dual: elusión de la Justicia u obstaculización de la investigación, construyendo dogmáticamente algunos supuestos que vamos a enumerar a título enunciativo a continuación:

Elusión de la Justicia:

- La naturaleza del delito reprochado
- La severidad de la pena
- La gravedad de los hechos concretos del proceso
- Posible sentencia prolongada
- La naturaleza violenta del crimen investigado

- Las circunstancias personales del encartado
- Los medios de vida lícitos
- Los valores morales demostrados por la persona
- Los antecedentes penales o contravencionales
- Ocupación Bienes que posee Vínculos familiares
- Vínculos que lo mantendrían en el país
- La ausencia de arraigo (determinado por la falta de domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo)
- La facilidad para abandonar el país o mantenerse oculto
- El comportamiento del imputado en el proceso
- El voluntario sometimiento al proceso
- El grado de presunción de culpabilidad
- La peligrosidad evidenciada en su accionar
- Rebeldías en procesos anteriores
- La actitud del imputado ante la marcha de la investigación
- La posibilidad de la declaración de reincidencia
- La existencia de causas en trámite
- El riesgo de comisión de nuevos delitos
- Si el imputado hubiere gozado de excarcelaciones anteriores



- La provisional valoración de las características del hecho
- La duración de la detención
- La complejidad del caso
- La solidez de la imputación
- La proximidad del debate

Obstaculización de la Investigación:

- La intimidación o amenaza de testigos
- La intimidación o amenaza de otros sospechosos
- La destrucción de evidencia
- Necesidad de investigar y posibilidad de colusión
- La duración de la detención
- La complejidad del caso
- El riesgo de comisión de nuevos delitos
- La amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar

- La necesidad de producir pruebas que requieran su comparecencia
- El impedimento o demora en la acumulación de prueba
- La conspiración con otros que estén investigados en el curso normal del proceso judicial
- El estado de la investigación al momento de resolverse la cuestión
- Las consecuencias que sobre la normal marcha del proceso habrá de tener la eventual libertad del acusado
- La conducta observada luego del delito

La jurisprudencia supranacional y nacional

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Suárez Rosero, indicó que si la prisión preventiva se decreta por el tipo de delito, constituye una pena anticipada y viola el principio de presunción

de inocencia, previsto en el Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En esta misma línea, la Corte Interamericana se expidió en el caso *López Álvarez*, como en otros casos, afirmando la vulneración del principio de inocencia:

“Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva.

La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva.

Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe 35/07, afirmó que “...la Corte ha sido más categórica al enfatizar la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo (...). Por ello se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso

basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho... porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva”.

Por otro lado, también existen informes desfavorables en relación al abuso de la prisión preventiva en relación a la interpretación automática en los denominados delitos inexcusables advertidos por la Comisión Interamericana.

En el ámbito nacional, cabe destacar la jurisprudencia emblemática integrada por los casos Napoli, Barbara, Machieraldo y Chabán, el Plenario nº 13 “Díaz Bessone”, establece que deben primar los criterios procesalistas sobre los criterios sustancialistas, en orden a la evaluación de los riesgos procesales, toda vez que los jueces han comenzado a declarar la inconstitucionalidad de las normas que establecen parámetros objetivos para el dictado de la prisión sin sentencia condenatoria, o en su caso mediante la interpretación de que deben privar los criterios subjetivos al momento de la aplicación de las normas procesales que legislan la prisión preventiva.

No basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional o que pudiese corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años, sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal.

Por último, cabe señalar que el Estado argentino ha sido condenado en el ámbito internacional por la vulneración de los arts.

7.3 y 7.5 de la C.A.D.H., derecho a no ser privado arbitrariamente de la libertad ambulatoria y a la razonabilidad del plazo de prisión preventiva en el caso Jenkins.

Por su parte, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, denominadas “Reglas de Tokio”, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución n° 45/110, del 14 de diciembre de 1990, establece en su punto 2.3 que:

“A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia.”

El punto 6 relativo a la prisión preventiva como último recurso, dispone: “6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.” “6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible.”

Por su parte, los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, en el Principio III sobre libertad personal, punto 2 referido a la excepcionalidad de la privación preventiva de la libertad contempla: “Se deberá asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general, y se aplique como excepción

la privación preventiva de la libertad, conforme se establece en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. (...)

La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia...”.

La cuestión también ha sido tratada por los organismos de Derechos Humanos.

Así, la Comisión Interamericana (en adelante CIDH) en su informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas ya en el 2013 formuló una serie de recomendaciones (punto VIII, p. 121). Entre las de carácter general, en el punto A. 3 se lee:

“La CIDH exhorta a las autoridades a aplicar la prisión preventiva con un criterio eminentemente excepcional, haciendo uso de otras medidas cautelares no privativas de la libertad.

En este sentido, se exhorta a los Estados a elaborar planes estratégicos de capacitación y sensibilización de las autoridades judiciales y de aquellas encargadas de las investigaciones penales acerca de la excepcionalidad de prisión preventiva, el uso de medidas cautelares no privativas de la libertad, y otros estándares internacionales y constitucionales aplicables a la materia. Pero sobre todo, insta a los Estados a promover un verdadero cambio de paradigma en la concepción de la procedencia y necesidad de la prisión preventiva en la cultura y práctica judicial...”.

Asimismo, en el punto B. 3 (p. 123) se dice: “La CIDH recomienda que, con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, se considere la aplicación de las siguientes medidas: ...(h) la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física...”. Como última ratio se menciona la prisión preventiva (cfr. informe citado; el destacado no es del original).

Del mismo modo, la CIDH recomendó que “...debería ser el fiscal quien explique y sustente por qué en el caso concreto no resulta apropiado ni suficiente la aplicación de otras medidas cautelares no privativas de la libertad. El juzgador, por su parte, deberá evaluar la posibilidad de que los riesgos procesales puedan ser neutralizados por otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva...” (parágrafo 229, p. 90).

El informe finaliza en el parágrafo 242: “El uso racional de las medidas cautelares no privativas de la libertad, de acuerdo con los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, no riñe en modo alguno con los derechos de las víctimas, ni constituye una forma de impunidad. Afirmar lo contrario, supone un desconocimiento de la naturaleza y propósitos de la detención preventiva en una sociedad democrática.

Por ello, es importante que desde los distintos poderes del Estado se apoye institucionalmente el empleo de este tipo de medidas cautelares, en lugar de desincentivar su uso o socavar la confianza en las mismas. Si no se construye confianza en el empleo de las medidas alternativas no privativas de la libertad, se corre el riesgo que éstas entren en desuso con grave detrimento de la dignidad humana, la libertad personal y la

presunción de inocencia, pilares básicos de una sociedad democrática...” (el destacado no es del original).

El mismo organismo, en el “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas” (OEA/Ser. L/V/II.163, Doc. 105, 3 julio de 2017), en relación con los mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal formuló las siguientes recomendaciones a los miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA):

- “1. Garantizar el desarrollo tecnológico necesario respecto a la utilización de los mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal, a fin de que las características en el empleo de estos dispositivos no resulten estigmatizantes en perjuicio de las personas beneficiarias de los mismos.
2. Adoptar las medidas necesarias a fin de asegurar que la aplicación de estos mecanismos se determine atendiendo la situación económica de la persona imputada, se adecue a criterios de igualdad material, y no constituya una medida discriminatoria hacia personas que no tienen la capacidad económica de consignar dichos montos. La naturaleza de esta garantía responde a que su pérdida o incumplimiento, puede constituir un factor disuasivo para disipar cualquier intención del acusado de no comparecer al juicio.
3. Cuando se haya comprobado la incapacidad de pago por parte de la posible imputada, los Estados deben necesariamente utilizar otra medida de aseguramiento no privativa de la libertad, o no cobrar por la

El informe finaliza en el párrafo 242: “El uso racional de las medidas cautelares no privativas de la libertad, de acuerdo con los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, no riñe en modo alguno con los derechos de las víctimas, ni constituye una forma de impunidad. Afirmar lo contrario, supone un desconocimiento de la naturaleza y propósitos de la detención preventiva en una sociedad democrática.

utilización de los mecanismos en referencia. Las condiciones impuestas para la aplicación de esta medida, deben tomar en cuenta la situación económica de la persona procesada, y en caso de que se haya comprobado la incapacidad de pago por parte de la misma, los Estados deben necesariamente utilizar otra medida de aseguramiento no privativa de la libertad, o no cobrar por la utilización de los mecanismos en referencia.”

La recomendaciones internacionales del Comité contra la Tortura

El Comité contra la Tortura examinó el quinto y sexto informe periódico de la Argentina en sus sesiones 1517^a y 1520^a, celebradas los días 26 y 27 de abril de 2017, y aprobó las presentes observaciones finales en su 1537^a sesión, celebrada el 10 de mayo de 2017, recomendando al Estado argentino la implementación de medidas alternativas al encierro preventivo y la sanción de la Ley 27.063. En efecto, se desprende con claridad del párrafo 17:

El Comité reitera su preocupación expresada en las observaciones finales anteriores... respecto al elevado número de detenidos en prisión preventiva, que alcanza alrededor de un 60% de la población penitenciaria, y a la duración excesiva de esta medida.

Si bien aprecia las iniciativas para promover la utilización de alternativas a las penas privativas de libertad... el Comité lamenta la suspensión de la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063), que contenía disposiciones que limitaban el uso de la prisión preventiva. Preocupa además al Comité el proyecto legislativo de reforma de la ley 24.660 de Ejecución Penal, que imposibilita el acceso a salidas anticipadas a un número amplio de condenados, incluso por delitos no violentos, impidiendo su reinserción social e impactando en la sobrepoblación penitenciaria ya existente (arts. 2 y 16). El destacado me pertenece.

La adopción de la Resolución N° 1.379 del Ministerio de Justicia de la Nación de 2015, que crea el Programa de Asistencia

de Personas bajo Vigilancia Electrónica, la Resolución N° 86/2016 que amplía el ámbito territorial de aplicación del Programa a toda la República Argentina, y la implementación en 2016 del Programa “Justicia 2020”, promueven, entre otros aspectos, la utilización de medidas alternativas a las penas privativas de libertad.

Por otro lado, la arquitectura acusatoria del nuevo Código Procesal Penal Federal (Ley 27.063) está directamente emparentado al sistema de enjuiciamiento penal de la Ciudad Autónoma de la Ciudad (Ley n° 2303 BOCABA), en la medida que cuenta una amplia regulación de medidas alternativas al encierro preventivo menos lesivas que la prisión preventiva, tal como el arresto domiciliario, o la libertad vigilada por dispositivos electrónicos de geoposicionamiento.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el artículo 174 del CPPCABA prevé un amplio catálogo de medidas alternativas al encierro preventivo. Sin perjuicio de lo cual, la reglamentación razonable está complementada por el art 24 del Anexo I, Protocolo de uso de dispositivos de geoposicionamiento para temas de violencia de género y arresto domiciliario, según Resolución 282/17 del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que establece el sistema de monitoreo por dispositivos electrónicos de geoposicionamiento simple, dual o dispositivos para arresto domiciliario, conocido como tobilleras electrónicas. En efecto, las personas cauteladas mediante los dispositivos electrónicos de geoposicionamiento son vigiladas por el Centro de Monitoreo de la Policía de la Ciudad.

En un principio, el Programa proveía dispositivos electrónicos de geoposicionamiento,

exclusivamente, en casos de violencia de género. Sin embargo, la resolución extendió su aplicación al universo de casos comprendidos en la Ley n° 23.737, cuya ámbito de competencia ha sido transferida en el Marco del Segundo Convenio de Transferencias de Competencias Penales a la Ciudad, habida cuenta no solo de la numerosa cantidad de causas que incrementaron el trabajo en el fuero, sino la particularidad que suelen presentar los imputados con enfermedades infectocontagiosas, mujeres embarazadas, enfermos terminales, cuyo aplicación de una medida cautelar como la prisión preventiva, no solo configuraría un trato degradante o inhumano sino, incluso, una pena capital extra judicial.

El contexto de la declaración de emergencia penitenciaria

El 25 de marzo de 2019 mediante la Resolución 184/2019 del Ministerio de Justicia de la Nación se declaró el estado de emergencia en el servicio penitenciario, por el término de tres (3) años.

La resolución creó una Comisión destinada a la elaboración de políticas públicas para resolver el déficit habitacional en el Servicio Penitenciario Federal; mejorar las condiciones de privación de la libertad; promover e implementar medidas alternativas a la privación de la libertad, especialmente para grupos vulnerables.

En efecto, hace hincapié en las medidas alternativas como las reseñadas en el acápite anterior y particularmente en los grupos vulnerables, tales como mujeres, mujeres embarazadas y madres con sus hijos, personas con discapacidad, o personas con enfermedades infectocontagiosas o enfermedades terminales.

La resolución creó una Comisión destinada a la elaboración de políticas públicas para resolver el déficit habitacional en el Servicio Penitenciario Federal; mejorar las condiciones de privación de la libertad; promover e implementar medidas alternativas a la privación de la libertad, especialmente para grupos vulnerables.

La capacidad de alojamiento de los establecimientos penitenciarios ubicados en la región metropolitana conformada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las localidades adyacentes a ella de la Provincia de Buenos Aires, concentran más del SESENTA Y TRES POR CIENTO (63 %) de la población carcelaria en el ámbito federal.

La problemática se agrava mediante los efectos de la aplicación de la Ley N° 27.375, modificatoria de la Ley N° 24.660 que reformó el régimen de progresividad en la ejecución de la pena privativa de la libertad respecto de un número considerable de personas condenadas que vieron restringido el acceso a los institutos de libertad condicional y libertad asistida, reteniéndolos finalmente en el servicio hasta el agotamiento final y total de la pena, por la que han sido condenados.

A su vez, la situación se vio agravada por el incremento exponencial de casos en flagrancia, esencialmente por la aplicación de la reforma al Código Levenne, según la Ley 27.272, que instauró la audiencia multipropósito en casos de flagrancia ante la Justicia Criminal y Correccional Nacional de la Capital Federal, lo que trajo aparejado el aumento de internos alojados en la Unidad N° 28 del Servicio Penitenciario Federal que superó su capacidad de alojamiento con más de SETECIENTAS (700) personas.

La jurisprudencia del fuero

La Justicia Penal, Contravencional y de Faltas está a la vanguardia en lo que respecta a la implementación de medidas alternativas al encierro preventivo, no solo en lo atinente al aspecto normativo, sino también en relación a las prácticas articuladas con las fuerzas de seguridad, bajo un mandato de optimización de los recursos disponibles que, por cierto, son escasos.

En el fuero se registran múltiples casos de concesión de medidas alternativas al encierro preventivo en instituciones penitenciarias, tal como el caso *Brandoni, H, JB, Niz, Ferenese*, o incluso, recientemente, el caso *Mendoza*, quien tras un avenimiento sobrevino una condena por el delito de portación de armas de fuego (art 189 bis CP), siendo condenado a cumplir la pena privativa de la libertad bajo la modalidad de arresto domiciliario debido a un impedimento insalvable relativo a una condena al Estado argentino en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, el Estado argentino vulneró el derecho a la integridad personal, libertad personal y del niño (arts. 5.1, 5.2, 7.3, 8.1, 8.2, 19, 25 CADH) Lucas Mendoza lo que motivó, por un lado, la condena del Estado argentino a indemnizarlo económicamente, y por otro lado, la formación de una

En otras palabras, existía un temor objetivamente fundado en una probable represalia en su contra por parte de agentes del servicio penitenciario, habida cuenta de la condena penal recaída en contra de los celadores que lo habían apremiado y que luego diera origen al reclamo ante la Corte Interamericana.

investigación, tendiente a la persecución penal y al castigo de los agentes penitenciarios que lo torturaron, bajo custodia, cuando Lucas Mendoza estuvo detenido por la comisión de delitos juveniles.

En otras palabras, existía un temor objetivamente fundado en una probable represalia en su contra por parte de agentes del servicio penitenciario, habida cuenta de la condena penal recaída en contra de los celadores que lo habían apremiado y que luego diera origen al reclamo ante la Corte Interamericana.

Conclusiones

En síntesis, nuestra novel Justicia cuenta con criterios hermenéuticos adherentes a

los estándares internacionales recomendados por los organismos regionales de derechos humanos que sugieren el criterio procesalista por oposición al criterio sustancialista.

Además, la Ciudad cuenta con una moderna normativa que brinda elasticidad para poder morigerar las medidas cautelares, no solamente en relación a la prisión preventiva en instituciones penitenciarias, sino al cumplimiento de una pena privativa de la libertad como condena (caso Mendoza), bajo la modalidad de arresto domiciliario y bajo vigilancia electrónica mediante dispositivos de geoposicionamiento.

En el contexto de la emergencia penitenciaria decretada por tres (3) años, estas novedosas herramientas permiten descomprimir el colapso del sistema penitenciario, del modo menos lesivo entre las opciones existentes.

Es destacable que el referido caso, H, JB fue reconocido no solo a nivel nacional sino a nivel internacional por el respecto a la normativa del derecho internacional de los derechos humanos (ver acápite V).

Sin perjuicio de ello, cabe advertir que también resulta necesario contar con un desarrollo más profundo y específico de la jurisprudencia local en orden a enumerar los supuestos que configuran riesgos procesales como los que hemos enunciado en el acápite IV, para contar con certezas y disminuir la discrecionalidad judicial en la materia, al solo fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales del debido proceso.

**JUAN ANTONIO
TRAVIESO***

**LOS DESAFÍOS
DEL DERECHO
INTERNACIONAL
Y LA POLÍTICA
MUNDIAL
Profecías, olvidos
y Apocalipsis**

* Es abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales,
Profesor Titular de Derecho Internacional Público y
Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Buenos Aires.

INTRODUCCIÓN

Cuando empezamos a considerar los desafíos que se presentan en la política y el derecho internacional es como si estuviéramos navegando entre dos mundos cada día más opuestos y separados.

Dos ejemplos valen más que mil palabras, y en ese caso, los dos ejemplos se hallan estrechamente vinculados al derecho y a la política internacional.

Se trata del ataque de drones con misiles el 3 de enero de 2020, ejecutado con precisión milimétrica en el aeropuerto de Irán y que tuvo como consecuencia la muerte del poderoso general iraní Qasem Soleimani, líder de la fuerza de elite Quds y considerado más importante que Osama Bin Laden, el cerebro del ataque a las Torres Gemelas del 11/S de 2001. Un ataque bélico preciso, fuera de las reglas, por así decirlo, del derecho internacional, que inmediatamente tuvo la réplica de otro ataque con misiles en las bases militares estadounidenses ampliamente cubierto por las agencias internacionales de noticias.

Ambos hechos, si no fueran por la tecnología empleada, nos traerían a la memoria, represalias y ataques antijurídicos, que ponen al descubierto lo inútil del debate entre el llamado “jus ad bellum” y “jus in bellum”, del derecho clásico del siglo pasado, que trata de justificar la realidad con una lente que hace borrosa y desdibuja la presencia del derecho como justificativo de actos aberrantes.

Es el debate del uso de la fuerza y sus límites, pues se ha considerado que el “jus in bellum”, es el derecho que regula la forma en que se conducen las hostilidades con fines estrictamente humanitarios, mientras

que por otra parte, el “jus ad bellum” trata el uso de la fuerza.

Mientras los misiles sobrevuelan hacia sus objetivos electrónicos, captados por las noticias, observamos con estupor en nuestra biblioteca, la Carta de las Naciones Unidas y la clásica obligación de que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado (art. 24), salvo en casos de defensa propia y tras una decisión adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en virtud del Capítulo VII de dicha Carta.

Esa es la contradicción absoluta entre hechos y derecho. Pero hay algo más, incumpliendo la promesa de que eran sólo dos los paradigmas negativos a tratar.

Se justifica el incumplimiento de lo prometido porque sucedieron otros hechos, en una sucesión adversa. En efecto, como telón de fondo aparecen las imágenes del avión ucraniano estrellado en territorio iraní con un saldo de 176 muertos. La pregunta surgió de inmediato: ¿Accidente o ataque? La respuesta no se hizo esperar. Fue un accidente, producto de un error al disparar un misil, que lo confundió con otro misil. Error de la tecnología.

Lo expresado no es ironía, son las declaraciones de las fuerzas armadas iraníes que reconocen el “accidente”. Es increíble que cuando hablamos de tecnología y precisión, se nos aparecen estos hechos que nos retrotraen a la Edad de Piedra, un oasis del pasado en materia de violencia.¹

Esa es la realidad. Pero no es toda la realidad. Durante el mes de enero en Australia se produjo un incendio, que además de pérdidas millonarias en vidas y recursos, ha

Mientras los misiles sobrevuelan hacia sus objetivos electrónicos, captados por las noticias, observamos con estupor en nuestra biblioteca, la Carta de las Naciones Unidas y la clásica obligación de que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado (art. 24), salvo en casos de defensa propia y tras una decisión adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en virtud del Capítulo VII de dicha Carta.

significado la muerte de 500 millones de animales, personas no humanas. Y cerca de 30 personas humanas. Lo que se presentó como una catástrofe, fue continuada con otra, con el “diluvio del siglo” que apagó el incendio e inundó todo, en el marco del calentamiento global.

Con esta introducción, debemos reconocer que es complicado referirnos a algunos de los desafíos de la Política y del Derecho Internacional, en el medio de la guerra no declarada, incendios e inundaciones, bajo apercibimiento de ser reconocido como un jurista burocratizado y adormecido.

Para huir de esa calificación, la idea que atraviesa nuestro cerebro es la necesidad impostergable de que el derecho se haga cargo de lo que hay que hacer en pos de la lucha por la supervivencia del planeta.

Hace algunos años, en 1973 Camilo Jose Cela afirmaba que el problema es que, al margen de todo gusto, *el mundo va por unos caminos demenciales... el mundo está muy nervioso.*

Este es el mal de nuestro tiempo y de todos los tiempos, acentuado lógicamente en esta era de las tecnologías, en la que como dijo Harari en Davos 2020, los *“gobiernos tendrán la habilidad de hackear a los seres humanos; y lo realmente importante será hackear las mentes humanas”*. *“Puedes alcanzar un punto en el cual podrás conocerme mejor de lo que yo me conozco”*.

No ignoramos que nuestro mensaje es una voz solitaria, porque el derecho es culpable, aunque no imputable. La responsabilidad es de la dirigencia política mundial y también mínimamente de todos nosotros por olvidar y no asumir la responsabilidad de encarar el planeta global, por medio del derecho, para superar las profecías.

Ante la incertidumbre mundial, se hace más necesario que nunca mantener un fuerte compromiso con el derecho internacional y procurar preservar y consolidar lo que se ha avanzado en la construcción de un orden global basado en reglas y valores

compartidos junto con una política estructurada en valores y principios.²

Previamente y hacia esos objetivos, es preciso complementar la revisión conceptual del derecho Internacional Público y la Política Internacional hacia la homogeneización con superación de las contradicciones presentando los retos y debilidades que enfrentan las disciplinas en un entramado conceptual en constante generación y desarrollo sinérgico.

Ante esta situación, Harari, el autor de “Sapiens”³ y recientemente de “Homo Deus”, afirma que: “Ahora tenemos tres enemigos que amenazan a todos los humanos, y eso debería hacernos trabajar juntos. Estos enemigos son la guerra nuclear, el cambio climático y la disrupción tecnológica. Todos estos son enemigos globales, que no pueden ser derrotados por ninguna nación en particular”.

Es el momento de hacernos cargo de la realidad y superar las advertencias apocalípticas que plantea el mundo globalizado, tecnológico y disruptivo.

EL DERECHO INTERNACIONAL: UN ENFOQUE FILOSÓFICO Y JURÍDICO

Es oportuno recurrir a Leonardo Da Vinci, en especial en la celebración de los 500 años de su nacimiento, que sostenía que la teoría es el capitán y la práctica son los soldados. En este caso, la práctica consiste en poner el orden desde los principios.

Cuando nos referimos al derecho, es preciso recurrir a un enfoque filosófico, para obtener el marco de referencia, más cuando se trata de un ordenamiento tan particular como el derecho internacional, relacionado con el derecho político, con la realidad

e íntimamente ligado con los sistemas constitucionales.

Bajo el rótulo de debates sobre “constitucionalismo global” se agrupan cuestiones tan diversas como la constitucionalización del derecho internacional, la internacionalización del derecho constitucional o el pacifismo jurídico.

Kant, siempre actual, introduce en la teoría del derecho una tercera dimensión, una innovación enriquecedora: junto al derecho estatal y al derecho internacional instala al derecho cosmopolita.

Ese es el proyecto cosmopolita de Kant, un proyecto de razón crítica, que evalúa el estado actual desde la perspectiva de un ideal de universalidad que no puede ser reformulado en una institución, una regla o una técnica.

Se trata de un espacio mucho más amplio: el del patriotismo constitucional, un hallazgo clásico y novedoso, diferente en este mundo dominado por los nacionalismos.

Aquí la política toma por un camino y el derecho por otros.

Hay muchos casos que integran un nuevo esquema. En primer lugar el Brexit en el Reino Unido; Viktor Orbán, el conductor de Hungría; la agrupación Ley Justicia, que está dominando Polonia y se resiste a aplicar algunos mandatos de la Unión Europea, constituyen algunos ejemplos claros de esta situación.

Pero eso no es todo, hay que tomar en cuenta también el protagonismo de Mateo Salvini, dirigente de la Liga del Norte, en Italia, que cogobierna la península con el movimiento Cinco Estrellas.

Otra propuesta nacionalista extrema y religiosa, es la de Turquía, con un gobierno

Kant, siempre actual, introduce en la teoría del derecho una tercera dimensión, una innovación enriquecedora: junto al derecho estatal y al derecho internacional instala al derecho cosmopolita.

dirigido por Recep Tayyip Erdogan, que después del frustrado golpe de estado contra él en 2016, despidió a más de 5.000 decanos y académicos de sus puestos en las universidades, acusados de tener opiniones diferentes a la suya en contradicción con la orientaciones de Jemal Atatürk, el líder que le dio entidad a la nación turca tras la caída definitiva del Imperio Otomano en 1918.

Fuera de Europa, dos proyectos ultranacionalistas también generan problemas internacionales a diario.

Uno es la India, conducida por el movimiento Hindutva. Este movimiento está ligado a un partido hindú el RSS, de cuyas filas surgió el asesino de Mahatma Gandhi.

Así pues, en otros continentes, India plantea otro enfoque y recientemente eligió nuevamente a Narendra Modi como Primer Ministro, mientras resurgió la tensión con la musulmana Pakistán por la posesión de Cachemira, con el peligro de que la India y Pakistán, cuentan con arsenales atómicos.

El tema es cómo compatibilizamos las ideas de Kant y el derecho, con estas políticas que abarcan a más de la mitad del planeta.

Lo que sucede es que estamos cómodos con los modelos que tejieron el liberalismo y el socialismo, en línea con el siglo XX.

Desde otro ángulo, y por su parte, el marxismo fue una teoría que daba una respuesta a la Revolución Industrial de los siglos 18/19.

Ahora en esta etapa de cambios: ¿será suficiente continuar con modelos perimidos, como las teorías de Marx y las del socialismo que parecerían desacopladas, con trabajadores que operan en una nueva realidad consultando sus iPad y celulares en Internet?

Por eso debemos volver al mundo del derecho y al pensamiento. Uno de los que retorna a este mundo es Habermas, que retoma los postulados de Kant desde una perspectiva actualizada y crítica, señalando que en el contexto actual es necesario retomar sus propuestas, pero que es imperativo reformular algunos conceptos y adecuar su desarrollo a nuestro momento histórico.

Habermas sostiene que la propuesta kantiana, que ve una tendencia favorable hacia la asociación pacífica en el libre comercio, desconoce cinco temas básicos que se han ido desarrollando y que son fundamentales para la comprensión y construcción de un orden cosmopolita en la actualidad:

1. El surgimiento de los nacionalismos tal como lo presentamos anteriormente;
2. El desarrollo del capitalismo,

3. La generación de una esfera pública influenciada por los medios de masas,
4. El potencial dañino de las divisiones religiosas
5. La consideración de las diferencias culturales.

La cuestión es que hay que engarzar estas posturas filosóficas con una nueva realidad. Se trata del Estado-nación en el contexto de la globalización. En ese plano, Habermas señala cuatro aspectos, que identifica como esenciales para argumentar a favor de avanzar hacia una constitucionalización cosmopolita:

- a) riesgos transfronterizos que requieren respuestas globales (amenazas al medio ambiente, criminalidad transnacional, peligros para la salud);
- b) interdependencia de los Estados que genera que la garantía de los derechos no solo dependa de las decisiones soberanas;
- c) traslación de los espacios de toma de decisiones a ámbitos supranacionales que son compartidos también por entes no estatales (multinacionales, comunidades supranacionales, alianzas estratégicas, etc.) y
- d) una diversidad y problematizada economía interconectada que afecta el desarrollo de las personas.

Pero hay algo más, y por tanto, hay que agregar el factor tecnológico en este análisis. Se trata de la gobernanza, en la que juristas internacionalistas y tecnólogos constituyen los verdaderos arquitectos constructores de la gobernanza global, en la que el derecho internacional aparece como un proyecto político porque en realidad, como afirma

Koskenniemi, el derecho internacional público es un conjunto de reglas e instituciones pero a su vez es una tradición y un proyecto político.

Tratamos un sistema de normas que operan en un mundo globalizado interconectado y complejo, en el que necesitamos nuevos modelos económicos, políticos y en especial filosóficos.

LA ENCRUCIJADA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SIGLO XXI.

La palabra encrucijada, en su etimología, significa cruce de caminos. El tema es que una encrucijada implica cuatro caminos y no dos como parecería en un código binario.

Lo cierto, es que hay varios problemas encadenados cuando se trata de describir y evaluar el comportamiento interno de dos disciplinas que se hallan tan en jaque y controversia. Vamos a comenzar por el derecho, como lo estamos haciendo desde el siglo pasado y en el actual.⁴

El primer problema tiene que ver con su unidad o estructura. En este sentido se han planteado dudas acerca de si el desarrollo que ha tenido este derecho en épocas recientes, trae implícito el peligro de su fragmentación, esto es la división en ramas y materias que desarticulan el tronco y atomizan su contenido, que durante cerca de 400 años se ha mantenido vital, por lo menos desde el punto de vista conceptual.

El hecho es pues, que el Derecho Internacional ha tenido una significativa evolución en las últimas décadas, tanto por la multiplicidad de temas abarcados como por los desarrollos institucionales y normativos que en distintas áreas tuvieron lugar. Y además por supuesto, por el crecimiento

En efecto, es particularmente interesante el fortalecimiento producido en regímenes internacionales, como el de los derechos humanos, mediante la adopción de instrumentos y el establecimiento de tribunales que buscan verificar el cumplimiento de sus disposiciones a fin de promover y proteger derechos fuera de las soberanías nacionales.

cuali-cuantitativo de la sociedad, más allá de los conflictos que hemos señalado precedentemente.

Lo que sucedió es que dejó de centralizarse exclusivamente en las actividades tradicionales, clásicas como el estado, la soberanía, los límites y fronteras, etc., para regular distintos campos como el de los derechos humanos, el medio ambiente, la economía internacional, el comercio, la integración, la seguridad, la cooperación científica y tecnológica o la cultura.

Es muy interesante releer libros de hace 50 años y se podrá advertir lo expuesto, con sólo sobrevolar el índice.

En efecto, es particularmente interesante el fortalecimiento producido en regímenes internacionales, como el de los derechos humanos, mediante la adopción de instrumentos y el establecimiento de tribunales que buscan verificar el cumplimiento de sus disposiciones a fin de promover y proteger derechos fuera de las soberanías nacionales.

Toda esta situación se originó en la necesidad de dar respuesta a diferentes retos que surgieron de manera espontánea sin

coordinación o sin responder a una normativa general.

El tema es que la división temática, como la de la política internacional fue tan intensa, que a veces tenemos la sensación de estar en una rama de un árbol mientras la cortan, y para colmo de males además tenemos la sensación de estar volando un avión, mientras le cambian los motores.

Fragmentación del Derecho Internacional

El espejo es un símbolo que, por sus múltiples posibilidades de sentido, tiene un gran valor en todo el ámbito de la cultura universal. Funcionan como espejo el agua, cualquier superficie bruñida, la mirada, el sueño, el pensamiento, el lenguaje, la literatura, el arte, e incluso el derecho.

Borges entendió ese mundo y en especial la división o fragmentación de dos universos, el del espejo y el de la realidad. Con el derecho y la política internacional sucede lo mismo, mientras se va quebrantando la realidad, como ha sucedido con todas las disciplinas jurídicas.

Borges entendió ese mundo y en especial la división o fragmentación de dos universos, el del espejo y el de la realidad. Con el derecho y la política internacional sucede lo mismo, mientras se va quebrantando la realidad, como ha sucedido con todas las disciplinas jurídicas.

Algunos autores expresaron su inquietud frente a la tendencia del derecho internacional a compartimentarse en distintos regímenes fragmentados que estimaron, se presenta como una amenaza para la calidad y coherencia del referido derecho.

Lo que ocurrió es lo que ha sucedido en el derecho, a través de los siglos. De un único derecho, generado desde los romanos, se fueron abriendo divisiones que, por ejemplo, observamos actualmente en el derecho privado, con el derecho comercial, derecho de los consumidores, derecho de propiedad intelectual, etc. Lo mismo aconteció en el derecho internacional, por medio de un proceso que se ha denominado “fragmentación”.

Por medio de ese proceso, del viejo tronco inaugurado por Vitoria y Grocio, emergieron las especializaciones: “Derecho Internacional Económico”, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, “Derecho Internacional Ambiental”, “Derecho Penal”, “Derecho de la Seguridad”, “Derecho Europeo”.⁵ La fragmentación fue un éxito.

El tema es si la fragmentación del Derecho Internacional afecta o no a la estructura general. En realidad, la fragmentación en sí misma no implica una amenaza a los

órdenes jurídicos nacionales, debido en parte a los beneficios reconocidos de la especialización, y también en parte gracias a la forma en la cual la jurisprudencia nacional fue capaz de neutralizar estos desarrollos a través de la interpretación sistemática.⁶

La Comisión de Derecho Internacional, órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, desde el año 2002 ha incluido a la fragmentación del Derecho Internacional entre sus temas de estudio.

En efecto, frente al Derecho Internacional general se presentan conjuntos de normas, instituciones jurídicas y jurisprudencia que configuran los llamados regímenes especiales o autónomos que son el resultado de los distintos intereses, valores y propósitos de los sujetos que integran la comunidad internacional.

La expansión y diversificación del Derecho Internacional con el desarrollo de los regímenes especiales ha producido una proliferación de tribunales internacionales. Junto a la Corte Internacional de Justicia, órgano judicial principal de las Naciones Unidas, han surgido numerosos tribunales especializados, universales, regionales o particulares además de la consabida justicia arbitral y los mecanismos cuasi judiciales de solución

de controversias como los que existen en la Organización Mundial del Comercio.

A partir de la segunda mitad del Siglo Veinte se establecieron el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda, la Corte Penal Internacional, la Corte Europea e Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Centroamericana de Justicia, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la Corte de Justicia del Caribe y el Tribunal de Justicia del MERCOSUR.⁷

Otro tema clásico que se ha planteado consiste en la problemática que se desarrolló en torno a las relaciones entre los órdenes jurídicos internacional e interno, que se enmarca en la vieja discusión entre monismo y dualismo. Si bien desde un punto de vista doctrinario el debate ha perdido intensidad, podemos concluir que, más allá de la denominación que se le asigne, es un mecanismo inherente al progreso de un derecho en continua evolución.

Pero hay otro aspecto para este proceso de reingeniería. **El derecho internacional aparece cada vez más a menudo como aquel que se resiste a ser limitado y por otra parte, se expande con la fragmentación.**

Por tanto, en esa relación tan compleja con la política internacional se observa que el derecho ha venido diversificándose en regímenes funcionales que procuran enfrentar problemas globales de manera eficiente y empoderar nuevos intereses y campos de experticia.

El problema siempre fue el tema de la soberanía, esto es, cómo coexisten sistemas

separados dentro de un orden universal y global.

En el siglo pasado, autores como Oppenheim o Hersch Lauterpacht, se encargaron de analizar y combinar una concepción política realista de la condición de Estado, con un componente anti-soberanía a través de una lectura histórica de la modernidad; una lectura expresada con fuerza en el ensayo citado de Emanuel Kant: *“Idea para una Historia Universal en un Sentido Cosmopolita”*, publicado en 1847.

Sin embargo, el proyecto no fue rectilíneo. Recordemos la Liga de las Naciones y su fracaso con la continuación de las Naciones Unidas como un proyecto de gobierno mundial. El cambio se operó con las instituciones de derechos humanos que venían expandiéndose y en las actividades relacionadas con el desarrollo y el bienestar promovidas por Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales, mientras autores como Wilfred Jenks o Wolfgang Friedman, verificaron la transformación que se operaba en el medio de la Guerra Fría.

Así pues se ha considerado que luego de la caída del Imperio Soviético en 1989, se produjo un verdadero entusiasmo sobre un estado de derecho global, derechos humanos, comercio internacional, medio ambiente, derecho penal, sanciones y una policía universal, que hasta el momento es una aspiración incumplida.

El Destino del Derecho Internacional

¿Porque nos referimos al destino? Hay una cierta sensación de que nos estamos refiriendo a una fuerza desconocida que opera en los acontecimientos, una especie de

“hado”; esto es una divinidad o fuerza desconocida hipotética que rige la vida de una persona.

En realidad nos referimos al destino en nuestra materia, siguiendo al profesor Martti Koskenniemi que ha planteado diferentes alternativas sobre estos temas en un trabajo titulado “El Destino del Derecho Internacional Público: entre la técnica y la política. Constitucionalismo y cosmopolitismo”.⁸

Por nuestra parte, en diversas obras y publicaciones hemos intentado abordar esta problemática desde hace casi treinta años. Lo cierto es que el Derecho Internacional Público se diversificó o se ramificó en diversos regímenes funcionales como el Derecho Internacional Económico, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Ambiental y demás, que buscan enfrentar la realidad contemporánea.

Como han dicho varios autores, en especial Koskenniemi, el Derecho Internacional Público es un conjunto de reglas e instituciones, pero a su vez es una tradición y un proyecto político engarzado en el mundo global. Verdaderamente, siempre se halla la sombra del derecho constitucional, porque el estado nacional recela del desarrollo de regímenes que pongan en pugna su exclusividad normativa.

Un sistema eficaz fue el de expandir el constitucionalismo fuera de sus fronteras conceptuales, sumergiéndolo dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los efectos de proveer una protección adicional e universal, sin depender de la soberanía nacional devaluada.

Una anécdota para clarificar. Recordamos que German Bidart Campos, siempre

presente, nos expresaba que se había transformado en internacionalista y por nuestra parte, le decíamos: nos fuimos transformando en constitucionalistas.

Por tanto, como lo expresamos, Kant fue un precursor al instalar una tríada integrada por el derecho estatal, el derecho internacional y como un comodín el derecho cosmopolita.

Habermas, por su parte, y como lo señalamos, retoma los postulados de Kant desde una perspectiva crítica, señalando que en el contexto actual es necesario retomar sus propuestas, pero que es imperativo reformular algunos conceptos y adecuar su desarrollo al momento histórico contemporáneo.

Todos estos rasgos evidenciarían, como es de suponer, un debilitamiento de la soberanía de los Estados. En palabras de Habermas: “Los Estados pierden su autonomía a medida que se involucran en las redes horizontales de comunicación e intercambio de la sociedad global”.

Esta situación es evidente, en especial, luego del establecimiento de la Carta de las Naciones Unidas desde 1945, que tiene características constitucionales y que implica pérdida del monopolio interpretativo de Occidente y creación de sistemas de vigilancia y control de cumplimiento y garantía de los derechos humanos (Habermas, 2006). Esos puntos de vista se articulan con la posición de Kant, que unifica el concepto dentro del patriotismo constitucional y democracia.

En ese punto coincidimos que verdaderamente habría que desarrollar un patriotismo constitucional con democracia, a partir de la idea de derechos humanos, con lazos de solidaridad que trascienden el Estado

En palabras de Habermas: “Los Estados pierden su autonomía a medida que se involucran en las redes horizontales de comunicación e intercambio de la sociedad global”.

junto con la configuración progresiva de un derecho cosmopolita, pues los derechos humanos son las únicas razones morales¹⁰ que manifiestan una universalidad con juridicidad.

Pero esta situación se presenta compleja, ante el llamado pluralismo legal, ofrecido como alternativa al constitucionalismo, dentro de lo que se ha dado en llamar la “anarcofilia”, teniendo en cuenta la diversidad de sistemas jurídicos dentro de una Babel del derecho.

Lo más actual consiste en la acción de la presión de las Relaciones Internacionales que han sugerido reemplazar las prácticas arcaicas del Derecho Internacional por una ciencia política inspirada en el lenguaje de la gobernanza, la regulación, el cumplimiento y la legitimidad.

La idea conceptual es que el clásico proyecto cosmopolita de Kant entendido de manera correcta no trata de terminar con el Estado o un programa político. Es un proyecto de razón crítica, que mide el estado actual de las cosas desde la perspectiva de un ideal de universalidad, que no puede ser reformulado en una institución, una regla o una técnica sin llegar a destruirlo hacia una reconstrucción de la fe en la especie humana.

DERECHO INTERNACIONAL Y POLÍTICA INTERNACIONAL

El otro tema que se presenta en estas relaciones peligrosas es la ubicación de la

política en su vinculación con el Derecho Internacional: el mundo de los hechos vs. el mundo del derecho.

Por tanto, es fundamental considerar el estado del Derecho Internacional y su relación con la política internacional, que fue planteado dramáticamente en el umbral de este trabajo.

Como han escrito dos especialistas en el estudio de la política internacional -Haas y Whiting-, desde la aparición de las Relaciones Internacionales como disciplina académica, se han dado dos tesis distintas sobre el enfoque de la escena internacional: el idealismo y el realismo.

Por su parte, otro especialista de la política internacional, -Hans J. Morgenthau-, consideró que «la historia del pensamiento político moderno es la historia de una disputa entre dos escuelas de pensamiento que difieren fundamentalmente: en sus concepciones de la naturaleza del hombre, de la sociedad y de la política».

Realismo e Idealismo en el Derecho Internacional.

En la actualidad ante la realidad internacional proyectada en diferentes y nuevos modelos, percibimos que el conflicto del derecho hoy, es ante dos visiones de la vida: el realismo y el idealismo.

Lo cierto, como lo expusimos, es la posición de dos especialistas en el estudio de la política internacional -Haas y Whiting-¹¹ que culminan en una síntesis apropiada por parte de Hans J. Morgenthau.

Fundamentalmente se presentan dos perfiles:

- a)** El aspecto de la oposición Política exterior-Derecho Internacional. Esa posición se fundamenta, esencialmente, en la falta de una sana concepción del Derecho Internacional y de una atinada definición de la política exterior.
- b)** La circunstancia de sostener que el Estado moderno no tiene más elección que la diplomacia o la guerra, sin que haya espacio para el Derecho. Eso implica que parecería que el mundo ha virado hacia la legitimación de la guerra, lo que implica perder de vista el alcance de la diplomacia y el conjunto de las actividades del Estado.

Lo cierto es que el idealista transfiere mecánicamente los principios de la política interna constitucional a la esfera internacional. Asimismo, cree en la función del Derecho como instrumento del control social entre los Estados.

Por su parte, el realista percibe la unidad de los fenómenos políticos desde la óptica de la política de poder y en consecuencia ataca el ideal de un reinado del Derecho en la arena interestatal, concentrando su crítica en la confusión de causa y efecto implícita en el intento de extender tal reinado del Derecho a las relaciones internacionales.

Resumiendo: la temática recogida en estos párrafos impone la generación de un nuevo conjunto de normas, el Derecho

Internacional de dignidad humana, tal como lo planteó McDougall. De esa manera, el derecho con la política podrá operar preventivamente para evitar el reiterado concepto de que el derecho siempre llega tarde.

Por su parte, Friedman consideró que el asunto se plantea en estos términos: la Humanidad ha de escoger entre una cooperación política y jurídica cada vez más intensa -con el imprescindible cambio de mentalidad- o el caos....

Así entonces, la lucha por un Estado de Derecho internacional es una apuesta a favor de la política, entendida como una manera de llevar adelante el combate contra la anarquía internacional.

Hay una percepción generalizada de que los acontecimientos económicos y tecnológicos escaparon al control de los estados con fundamento en la realidad. Los estados empiezan a abandonar la idea de ser una realidad territorial, y así surgiría una nueva era histórica de carácter global, irrumpiendo en los sistemas jurídicos actuales de los Estados nacionales en crisis. Todo ello se agrava por el extraordinario crecimiento de los medios de comunicación, avión, satélites, televisión, fax, internet, medios que día a día van desapareciendo y se sustituyen por otros.¹²

En esta situación y bajo las condiciones expuestas, nos hallamos ante la necesidad de cuestionar: ¿Qué hacer en este mundo de cambios?

Incertidumbre y perplejidad – El Futuro cercano: Un mundo globalizado e hiper conectado.

Los cuestionamientos requieren respuestas. Lo que sucede es que en este avance tecnológico a veces sentimos que nos hemos



quedado sin preguntas, mientras los incendios y las inundaciones invaden el planeta y las primeras planas de los periódicos y portales de Internet.

Basta escuchar a Greta Thunberg para empezar a elaborar las preguntas. Hay dos palabras que describen esta situación: incertidumbre y perplejidad. Quizás, como afirma Bauman, la certeza incierta con la protección desprotegida.

El paradigma del derecho, junto con el de la imagen virtual, a veces choca con la paradoja de la lentitud normativa y la sensación personal de impotencia ante la falta de respuestas a las preguntas del hombre común.

Por eso es que esa situación finalmente dio lugar a un nuevo paradigma dentro de la responsabilidad internacional. Quizás el cambio, en lugar de renovador ha sido restaurador de las viejas doctrinas, aunque en realidad, esas doctrinas viejas lucen renovadas para el Derecho Internacional en su relación dispar con la política internacional.

Por tanto, es nuestro propósito traspasar el umbral teórico y operar no sólo en el mantenimiento de los derechos humanos sino en la construcción de éstos con criterios progresivos y dinámicos de ampliación de estándares normativos.

En el desarrollo de esta exposición podría interpretarse que evidencia una suma de buenos propósitos. Sin perjuicio de que no

desdeñamos los buenos propósitos, recordemos que de buenas intenciones está pavimentada la ruta del infierno.

Por tanto, estimamos que el objetivo no es limitarse al voluntarismo del caminante que hace camino al andar. El camino se hace innovando, creando, generando sinergia, sin limitarse a un mero tránsito.

Como diría Machado, en la parte no expresada de su poema: que “Al andar se hace camino y al volver la vista atrás se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar. Caminante no hay camino sino estelas en la mar...”. Esa es la sinergia que planteamos, por la senda que nunca se ha de volver.

Por eso, en esa ruta estelar, los debates sobre el vínculo entre las tecnologías de la información, el Derecho Internacional, la Política y los Derechos Humanos tiene un carácter estratégico como instrumentos de democratización del poder social.

En ese sentido se dice que este mundo tiene la física de Newton y de Einstein junto con la moral de Frankenstein.

Una expresión compleja pero cercana a la verdad de los hechos hasta que consolidemos el patriotismo cosmopolita de Kant.

Siempre se habla de los grandes cambios. Por ejemplo, Newton, Einstein, Marx y Freud han establecido nuevos paradigmas y esquemas de pensamiento. Sin embargo muchas veces omitimos la realidad que se

halla a la vista, pero no a nuestra vista. Es la argamasa del derecho que consolida el castillo normativo, una suerte de estelas en el mar...

Hoy, en un mundo globalizado e hiperconectado -dentro de una engañosa forma de comunidad-, esa escala humana esencial está amenazada.

La escala humana es vital, pues constituye una unidad de medida que se alimenta de la subjetividad para establecer los lazos sociales, reforzarlos, proyectarlos e imaginar un futuro colectivo, porque supone el reconocimiento del paso del tiempo; distingue pasado del presente, y presente del futuro. Preservar esa unidad social es fundamental para recuperar la posibilidad de pensar políticamente un mundo como el actual, que se pretende como el único posible y en el que grandes avances conviven con crecientes desigualdades.

LAS BASES DE ACCIÓN POR EL DERECHO

Primera aproximación. Poder con conocimiento.

Durante nuestra vida académica hemos recurrido frecuentemente a la idea de los laberintos. Sin dudas, el derecho no es otra cosa que la búsqueda, muchas veces infructuosa, de la salida de laberintos existentes o imaginarios. En realidad en otras obras nos planteamos que la salida del laberinto no es horizontal, como con el hilo de Ariadna, sino hacia arriba.¹³

Pero esa situación ofrece salidas engañosas que a veces resultan confusiones y complicaciones, tal como si la solución de un problema abriera un sinfín de nuevos problemas.

Desde nuestro punto de vista, cualquier salida de los laberintos debe comprender valores y principios, esto es una base ética.

Parecería que hay una separación tajante entre ética y política, a través de un primer problema que se ha denominado el “problema Maquiavelo”. Dentro de estos aspectos, está la ética privada y la pública que podríamos denominar el “problema Stuart Mill” y finalmente la distinción entre la ética política de principios y la de la responsabilidad que podríamos denominar el “problema Weber”, elaborado por el célebre sociólogo, que era también abogado.

Erich Fromm, en “Ética y Psicoanálisis” agrega el concepto de la ética humanista, que en contraste con la ética autoritaria, puede distinguirse de ella por un criterio formal y otro material. Formalmente, se basa en el principio de que sólo el hombre por sí mismo puede determinar el criterio sobre virtud y pecado y no hay autoridad que lo trascienda. Materialmente se basa en el principio de que lo “bueno” es aquello que es bueno para el hombre y lo “malo”, lo que le es nocivo, siendo el único criterio de valor ético el bienestar del hombre.¹⁴

En esta situación se van abriendo múltiples laberintos y caminos que se presentan con un juego de espejos como el de nuestro Jorge Luis Borges. En ese espacio de pensamiento, siempre tratamos de hallar conceptos universales. El objetivo es hallar una suerte de piedra filosofal, con la idea de que un zapato universal que entre en todos los pies.

En todo este desafío entre Derecho Internacional y Política Internacional siempre se halla el ser humano, nosotros. En ese tránsito permanece el debate acerca de los análisis políticos que exigirían quizás

Desde nuestro punto de vista, cualquier salida de los laberintos debe comprender valores y principios, esto es una base ética.

remontarse a las tragedias griegas y a la seguridad que “detrás de todo saber o conocimiento lo que está en juego es una lucha de poder”: Poder sin saber y saber sin poder. Los que pueden no saben y los que saben no pueden, una reflexión intensa para la sociedad de masas (Foucault y Ortega y Gasset).

Por eso no es válido transformar a la sociedad en un círculo cortado por la tangente: de un lado están los que tienen el poder que actúan a veces fuera del conocimiento de la sociedad democrática. Por tanto, consideramos que existe una trama jurídica, política, cultural y social que es búsqueda y alquimia de conocimiento y poder.

Sin dudas, persistimos en el laberinto, cada vez más adentrados y cada vez más lejos de la salida. Ahora no podemos volver al punto de partida y salir es entrar en un nuevo laberinto.

De aquí surge pues, claramente, el principio del humanismo ético universal de Habermas, al que ya nos referimos, que no sólo se extiende a los relativismos culturales, sino que también podría extenderse hacia una ética general que limite la acción de los individuos y los estados y reubique la situación en los límites de la humanidad, como sucede con el tema del cambio climático, reclamado por Greta Thurnberg.

Ernesto Sábato ha condenado a la ciencia sin objetivos, la ciencia depredadora. La profecía de Descartes, de que la ciencia iba a hacer que el hombre fuera el amo y señor de la naturaleza, se ha cumplido: ahora el hombre está en condiciones de dominar un cementerio.

Ahora pues, hemos indicado el rumbo de la tecnología y su relación con la ética y el derecho, que para ser consistente, debe ser sustentable o fusionada con la ética, y en ese caso, el componente ético del derecho, es directamente proporcional al bien común, que constituye una simbiosis inquietante para que la relación entre las disciplinas que estudiamos se transforme una conjunción operativa.¹⁴

Segunda aproximación: Kelsen y su obra grandiosa.

Robert Alexy se ha referido a la grandeza de la obra de Kelsen. Para nosotros es una luz que ilumina el sendero y nos suministra herramientas y caminos para salir del laberinto. Con esa guía y esos caminos en la Argentina, hemos transitado con placer el estudio y análisis del derecho.

La clave del esquema de Kelsen ha sido la distinción entre el derecho y la ciencia del derecho, por una parte, y entre la moral y la ética por la otra. Es bien distinto el cuerpo humano que un tratado de anatomía, o una planta de un tratado de botánica y eso explica la diferencia entre el derecho y la ciencia del derecho.

La parte más apasionante del debate es la distinción entre derecho y justicia, concluyendo que en razón de que los ideales de Justicia son prefigurados por un profeta, o puestos por alguien, en la primera versión

de la “Teoría Pura del Derecho”, Kelsen afirma que la Justicia es un ideal irracional.

Según Kelsen sólo hay intereses y conflictos de intereses y es imposible racionalmente demostrar que una proposición es realmente justa y pueda excluir a otras proposiciones que así lo pretendan. Siempre hemos considerado que el conflicto es la base del derecho y sin él, sólo hay espacios vacíos.

Lo cierto es que después de largos años de transitar por las ideas de Kelsen debemos reflexionar acerca de que la justicia no es un ideal irracional, más aun, ha sido el condimento esencial en la historia de las ideas políticas, sociales, jurídicas y morales, y nosotros no hemos generado una justicia absoluta, sino que hemos diseñado múltiples ideales de justicia, algunas veces contrapuestos entre sí y que no autorizan a caracterizarlos de irracionales.

En ese camino, el Derecho Internacional y la Política se pueden conjugar exitosamente para superar las profecías y los olvidos.

HACIA UNA SALIDA

La construcción de mitos y relatos es muy habitual en la humanidad. En ese espacio queda muy difuminada la realidad y el mundo ideal. Parecería que el punto de partida es siempre desde la realidad. Sin embargo, también es de utilidad recurrir a conceptos auxiliares para definir alcances y alternativas conceptuales.

Así pues, la luz al final del laberinto, parece una salida, pero por el camino vamos a una sucesión de laberintos.

Dada la situación existente consideramos que hay que insistir en la ética ambiental, y en fin, quizá la bioética será un nuevo

capítulo de los derechos humanos del mañana, una parte de los derechos nuevos, porque si el desarrollo consistía en salud, con bienestar y progreso, la post-ética actual, la salud es calidad de vida y el progreso desarrollo sostenible.

Parecería que el final de los laberintos nos lleva al clasicismo con Sócrates.

Borges y Sócrates nos iluminan la salida de los espejos del laberinto que nos abren la puerta a la ponderación de la ética, la historia, la política y los derechos humanos enmarcados en el Derecho Internacional.

Aquí entonces advertimos que no debimos utilizar la palabra “salida”.

La palabra con valor etimológico debió ser “éxito” que proviene del latín “Exitus”, que significa salida y que los ingleses la adoptaron como “exit”. En latín significa “término” o “fin” y una frase muy común era: “incerto exitu victoriae”: es incierto el resultado de la victoria.

Con ese apunte la verdadera palabra se halla en el título, y es salida que coincide con éxito.

CONVERGENCIA DE DERECHOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL EN TRANSICIÓN. LA LUZ AL FINAL DEL CAMINO

La globalización y nuevos modelos.

Muchas veces se habla de la luz al final del camino, aunque a veces, con ironía se dice que una luz en un túnel, puede tener un sentido dual. Puede ser la luz de salida del túnel, o por el contrario puede significar que se acerca un tren. Esa es la situación con sus enfoque duales.

Ernesto Sábato ha condenado a la ciencia sin objetivos, la ciencia depredadora. La profecía de Descartes, de que la ciencia iba a hacer que el hombre fuera el amo y señor de la naturaleza, se ha cumplido: ahora el hombre está en condiciones de dominar un cementerio.

Dentro de ese panorama, la globalización trae buenas y malas noticias. En primer lugar una nueva noción de soberanía. Parecería que la clave para la paz consiste en la existencia de democracias liberales con el Derecho Internacional y la política replanteadas como se propone.

Quizás un buen recurso para encontrar nuevas soluciones sea apelar de nuevo al siempre actual Kant.

Kant definía al Derecho Internacional como una alianza de naciones libres unidas por sus objetivos morales hacia la libertad individual, un verdadero estado de Derecho Internacional reconociendo las ventajas de la relación pacífica.

La paz internacional se fundamenta en la libertad individual. Recordemos que no existen precedentes de democracias liberales que hayan sostenido guerras entre sí en los últimos años.

Lo cierto es que la violación de los derechos humanos en lo interno preanuncia la guerra internacional y por eso el tema de estos está ligado al rumbo del derecho internacional.

La búsqueda de la salida es fundamental.

Ahora bien, ¿Cual puede ser la solución? Proponemos dos salidas. Por una parte, quizás podemos delinear un nuevo paradigma,

que signifique desarrollar una nueva noción de modernidad, con una inmersión global, sujeto a la prevención de desastres nucleares y ecológicos con sistemas de comunicación masivos, nuevas formas de curar o contagiar enfermedades, nuevas formas de encarar soluciones y extender derechos y libertades. Como diría Stuart Mill, un nuevo paradigma que consiste en la libertad de comprometerse en experimentos de vida.

La segunda salida parte de un esquema realista de la situación. Advertimos que el proyecto posmoderno parece desmembrar cualquier tipo de identidad común, por ello autores como Walzer defienden la tensión de la modernidad y desdeñan al individuo anodino de la posmodernidad.¹⁵

La conclusión de Walzer es por demás provocadora: “los individuos son más fuertes, tienen más confianza en sí mismos y son más capaces cuando participan de la vida comunitaria, cuando son responsables ante otros y por otros individuos” Por eso pensamos, que parte de la solución para no integrar nuevos problemas, consiste necesariamente en redefinir o replantear el Estado en su relación con los demás Estados y enmarcado por la política.

El tema finalmente tiene relación con el modelo de Estado que se planifica para los

próximos años y la redistribución del poder hacia arriba y hacia abajo. Reconocemos la existencia de actores transnacionales, pero ante esta situación se impone trabajar para consolidar los acuerdos internacionales y las organizaciones internacionales como la ONU, UNESCO, UNICEF, ACNUR, etc., que deberán actuar en una red transparente activa y cercana.

Pero también se impone la redistribución del poder hacia abajo. Nos referimos a unidades más pequeñas de la regionalización hasta llegar a la persona humana en pueblos y ciudades que permitan una intermediación en la protección de los derechos humanos y económicos.

La otra alternativa consiste en entender la historia integralmente y esforzarnos para desentrañar los mecanismos del futuro, con una certera determinación sobre el destino del Derecho Internacional de la Política y de los Derechos Humanos.

CONCLUSIONES

Primera conclusión: La tecnología

Para poder afrontar los cambios que se avecinan, y como lo anticipamos, es preciso analizar la actitud a adoptar con la tecnología, protagonista excluyente de la sociedad.

El mundo se debate dentro de una sociedad en la que el cambio y la innovación representan un progreso, pero al mismo tiempo implica un temor generalizado.

Mientras todos los humanos nos sumergimos en los celulares, que iluminan nuestras caras, la vida continúa a nuestro alrededor, se suceden las estaciones, florecen los malvones y los jacarandas y vienen las lluvias.

Pero es el caso que la vida no es un devenir tan simple como el cambio de estaciones.

En ese espacio, la tecnología nunca es determinista, queda instalada en un libre albedrío del progreso, abre nuevas opciones. Se menciona que los paradigmas del progreso del siglo pasado como los automóviles, los trenes y el teléfono fueron utilizados por las dictaduras del siglo XX, pero también por los regímenes liberales.

Ningún sistema político nos conduce obligatoriamente en una dirección determinada.

Con las tecnologías del siglo XXI y con la inteligencia artificial pasa lo mismo: pueden generar una masa enorme de personas que no tendrán ningún poder económico ni político, pero si no nos gusta estamos a tiempo de ir por otro camino. Nos permite elegir, como afirma Harari, en su obra “Homo Deus”.¹⁶

Hay una sensación de un tsunami en la sociedad. El progreso implosiona y genera cambios, mientras que el ser humano cada vez requiere más recursos para hacerse cargo de sus deberes y derechos.

Sin embargo, el mundo va a cambiar radicalmente gracias a los algoritmos, el big data y la inteligencia artificial, y no se dividirá entre ricos y pobres, sino entre aquellos que tuvieron o no acceso a la tecnología, los info pobres o los info ricos.

Todo queda atrás, devorado por el progreso instantáneo que se deriva de estos procesos vinculados con la tecnología informática y las comunicaciones, a tal punto que Gutenberg y la imprenta son casi desconocidos por la gente. Hoy se recuerda a Bill Gates y Steve Jobs. Si en esta época se

Hay una sensación de un tsunami en la sociedad. El progreso implosiona y genera cambios, mientras que el ser humano cada vez requiere más recursos para hacerse cargo de sus deberes y derechos.

preguntaran acerca de los grandes transformadores de la sociedad, seguro que nadie va a citar a Isaac Newton. Van a referirse a personas y palabras nuevas identificadas con siglas como Windows, PC, WI-FI, etc.

Así es la realidad. Mientras se producen los avances tecnológicos, el derecho se desarrolla a pasos de tortuga subiendo una escalera medieval con zapatos de buzo, ajeno a los cambios y a veces insensible con la humanidad en su conjunto.

Harari ha concluido con dramatismo recientemente en el World Economic Forum de Davos, Suiza, que los humanos deberían preocuparse más por una invasión tecnológica que por guerras convencionales o militares.

Segunda conclusión: La situación política internacional.

Para muestra basta un botón. Hace pocos meses se reunió el G-7 en Biarritz, Francia. Esa reunión se presenta con la hegemonía de las potencias occidentales y su apego a valores comunes -democracia, economía de

mercado y respeto del derecho internacional y los derechos humanos.-

Un detalle: en los años setenta el G-7 tenía sus miembros que totalizaban el 70% del PBI mundial. Esos mismos siete países -Francia, Alemania, Estados Unidos, Italia, Japón, Gran Bretaña y Canadá-, hoy solo generan el 40% de la riqueza mundial. En ese sistema no está presente China, que es la segunda economía mundial y tampoco está India, considerada la democracia más grande del mundo, cuyo PBI de 2,59 billones de dólares superó al de Francia, 2,58 billones (año 2019).

Lo cierto es que el mundo es un catálogo de malas noticias: tasas de interés negativas, creación monetaria con y sin inflación, desempleo masivo, beneficios mal repartidos y el sentimiento de destrucción del medio ambiente. Mientras el cambio climático, los incendios e inundaciones explotan en los medios de información.

Hay muchas malas noticias. Tratemos de imaginar otra situación con optimismo.

El mundo hoy, el Derecho Internacional y los Derechos Humanos.

Pero hay algo más, y se refiere al derecho. Aparece una nueva era histórica de carácter global en la que el Derecho Internacional se transforma, e incluso irrumpe en los sistemas jurídicos actuales de los Estados nacionales en crisis, por el extraordinario crecimiento de los medios de comunicación, avión, satélites, televisión, internet.

Allí entonces deberemos tener en cuenta las nuevas nociones de los sistemas y en especial las nuevas disciplinas relacionadas con la complejidad de la ciencia y de la política en un sistema fragmentado.

Los hechos actuales nos hacen percibir que los ejes parecerían ser los mismos que en la época de Hobbes, paradójicamente ampliados y disminuidos al mismo tiempo. Incluso, cabe preguntarse, si el mundo se halla más cerca de Hegel que de Marx, como lo afirman autores de la talla de Hobsbawn.

La situación con relación a las finanzas internacionales es grave. Los Estados parecen veleros al garete y la disyuntiva ya no es Estado sin derecho o derecho sin Estado, sino mercado sin Estado o Estado sin mercado.

Incluso el gran patrimonio de los Estados, el patrimonio inmaterial, el del derecho, hoy tampoco les pertenece a los Estados.

Curiosamente, mientras se expande la internacionalización, entre los Estados crecen los nacionalismos que hemos expuesto en el comienzo de este trabajo y lo que sucede en España con las comunidades autónomas, como Barcelona. Pero también, veamos lo que puede suceder entre los flamencos y valones en Bélgica a pesar de su federalización o bien el afán separatista de Escocia y Gales que fracciona la unidad territorial británica.

Tema fuera de discusiones es que la brecha está abierta. Quizás la causa de esta suma de inconvenientes tenga algo que ver con las tendencias a nivel normativo, dentro de un proceso de cambios sobre la concepción del derecho que hemos percibido los que transitamos por esta disciplina, con una sensación que podríamos definir, como ya lo adelantamos, que estamos hablando del árbol mientras se está serruchando la rama en la que estamos parados.

Pronósticos y prospectiva

Siempre en una presentación hay además de un diagnóstico y descripción un pronóstico, un ensayo prospectivo dotado de unas bases para encarar los problemas. Los juristas no somos augures, aunque la práctica de analizar el derecho nos coloca en una especie de torre de marfil, dotada de una buena perspectiva.

Debemos aclarar que siempre es hoy, porque sería un método muy fácil el de dilatar las soluciones. Recordemos que Keynes aseguraba que a largo plazo, todos estamos muertos.

El tema de los pronósticos es si la tecnología de la comunidad internacional ha liberado o no al ser humano del trabajo.

Jeremy Rifkin fue un analista brillante del mundo del trabajo que puso en foco el conflicto entre la tecnología y su efecto de destrucción de horas de trabajo y ni hablar de los robots. No tenemos certeza de lo que sucederá, pero es probable que la innovación es y será de un carácter total y global produciendo un cambio radical del perfil de la sociedad, del derecho y la política internacional.

Quizás la gran innovación podría ser el aprovechamiento de la ciencia y la tecnología y la innovación con el fin de garantizar la seguridad alimentaria para 2030.

En ese sentido, la innovación inclusiva y en favor de los pobres; la forma en que con nuevos conceptos, bajo costos laborales y materiales, y mayores escalas de producción, se podrían atender a enormes mercados previamente ignorados por la economía tradicional.

Incluso, cabe preguntarse, si el mundo se halla más cerca de Hegel que de Marx, como lo afirman autores de la talla de Hobsbawm.

Pero es preciso que la teoría se haga realidad, pues las soluciones a largo plazo son complejas y ya estamos transitando hacia la mitad del siglo XXI.

En el desarrollo de este trabajo podría interpretarse que se evidencia una suma de buenos propósitos.

Asumimos el riesgo de que al momento de la publicación de este trabajo, las ideas resulten anticuadas y fuera de orden y sistema.

La clave, para evitar esas alarmas consiste en tener en cuenta que un aspecto no contemplado es que las nuevas tecnologías también van a servir de instrumentos de democratización del poder social.

De esa manera, muchos autores coinciden en definir a Internet como instrumento de participación democrática, sin perjuicio de las posiciones antitéticas.

Actualmente, previo a la caída de Omar Hasán Ahmad al Bashir de Sudán, las multitudinarias manifestaciones que han recorrido el país comenzaron tras la entrada en vigor del decreto que multiplicó por tres los precios del pan. No fue internet ni la tecnología. Fue el pan. Pero ese no es el único problema.

En el siglo XX, los partidarios de la democracia liberal tenían todo el camino relativamente fácil porque no tenían que elegir entre ética y eficiencia: durante ese tiempo, lo más ético era, en general, también lo más eficiente. Empoderar a las personas era deseable tanto ética como económicamente.

En la actualidad se impone potenciar las herramientas del derecho en combinación con la tecnología, la innovación y el cambio.

De esa manera el Derecho Internacional, la Política y los Derechos Humanos de mediados del siglo XXI, resultarán la herramienta adecuada para asegurar los derechos, las libertades y sus garantías conjuntamente con la dignidad y el progreso de las personas e instituciones.

Este es el camino para que los sueños de Kant se hagan realidad y los desvelos de Kelsen operen sinérgicamente en el Derecho Internacional y la Política Internacional en el marco de las profecías, olvidos y apocalipsis.

Así entonces, se cumplirá un plan indispensable sin que ello implique que tengamos que creernos todas las predicciones.

El plan consiste en persuadir en los cambios a operar en el Derecho Internacional y la Política. Un proceso de cambios que ya está en marcha. En ese transcurso, será preciso que el apocalipsis se transforme desde su noción de catástrofe al código binario de paz y tranquilidad; los olvidos en memorias activas y las profecías cumplidas, enlacen al Derecho Internacional con la Política y los Derechos Humanos.

Notas

1. #Legal Tech: El Derecho ante la Tecnología | Thomson Reuters <https://www.thomsonreuters.com.ar › el-derecho-ante-la-tecnologia>, ver nuestro artículo sobre los robots y asimismo nuestro artículo sobre reconocimiento facial publicado en Jurisprudencia Argentina, ambos de 2019.
2. Ver entre otros, Martti Koskeniemi La gobernanación global y el Derecho Internacional Público. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 7. T. 1. 2006 (437-458
3. Yuval Noah Harari Sapiens. De animales a dioses. Editorial: Penguin Random House Grupo Editorial España 2014.
4. Ver Juan Antonio Travieso "Derechos Humanos y Derecho Internacional", Buenos Aires, Heliasta 1995, varias ediciones Premio Unesco, ver también Juan Antonio Travieso "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: clásico y Futuro 3.0 La ley Tomo 2013 E Año LXXVII Nro. 188. ver asimismo Código de Derecho Internacional, Buenos Aires, Abeledo Perrot , 940 paginas 1998.
5. EL SIMBOLO DEL ESPEJO EN BORGES Carmen Noemí Perilli El símbolo del espejo en Borges Carmen Noemí Perilli Revista Chilena de Literatura No. 21 (abril de 1983), págs. 149-157
6. Ver Juan Antonio Travieso "Derecho Internacional Público, 1a.ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot 2012, 992 Páginas.
7. Ver Juan Antonuo Travieso, Derechos Humanos y Derecho Internacional, Buenos Aires, Heliasta, 1995 y Derecho internacional Público: su ingeniería y arquitectura en el siglo XXI El Dial 2018.
8. Tener en cuenta que en su 52º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo a largo plazo (véase Anuario... 2000, vol. II (segunda parte), párr. 729) después de haber examinado un estudio de viabilidad de G. Hafner («Los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional», ibíd., anexo, pág. 151).
9. Consecuencias jurisdiccionales asociadas a la multiplicación de tribunales internacionales: ¿en qué consisten los potenciales riesgos? Anuario Colombiano de Derecho Internacional, vol. 9, 2016
10. Publicado como "The Fate of Public International Law. Between Technique and Politics" 70 The Modern Law Review (2007), p. 1 – 30. Traducción de René Urueña y Sergio Anzola.
11. Ver ¿ Por qué la moral tiene importancia en política exterior?. 27/01/2020. https://www.clarin.com/opinion/moral-importancia-politica-exterior_0_Rxhp7mYR.html
12. Vid. ERNST B. HAAS y ALLEN S. WHITING: Dynamics of International Relations, Nueva York, 1956, p. 54; y HANS J. MORGENTHAU: Politics among Nations. The Struggle for Power and Peace, Nueva York, 1960, pp. 54-55 (y, asimismo, pp. 4-15).
13. Ver Juan Antonio Travieso "Derecho y Tecnología. Historias y Dilemas, Edit. El Dial Buenos Aires, 2019.
14. Juan Antonio Travieso Derechos Humanos y Derecho Internacional, Buenos Aires, Heliasta, 2da edición 1995.
15. Juan Antonio Travieso "Tecnología y derechos Humanos Historias y dilemas, 1s.edición Albrematica 2019.
16. Fromm, Erich. Ética y psicoanálisis/Erich Fromm; trad. de Heriberto F. Morck; rev. de Ramón de la Fuente -2ª ed. México: FCE, 2016.
17. Juan Antonio Travieso "Derecho y Tecnología Historias y dilemas Buenos Aires, Albrematica, 2019.
18. Robert Alexy "El concepto de Constitución en Hans Kelsen" Temas Judiciales – Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta, Argentina 2017.
19. Miguel Walzer "Sobre la tolerancia" Prensa de la Universidad de Yale, New Haven, 1997.
20. Yuval Noah Harari Homo Deus Editorial: Penguin Random House Grupo Editorial España 2016.

PROTECCIÓN COLECTIVA PARA LAS PERSONAS TRANS EN MATERIA DE VIVIENDA. LA OMISIÓN DISCRIMINATORIA EN LOS HECHOS DEL GCBA

PABLO DE GIOVANNI* Y OLIVER RUSSELL**

*Los autores analizan para **pensar** JUSBAIRES el caso “Arando Luz”, un amparo colectivo iniciado por el Ministerio Público de la Defensa y la CHA cuyo fin es asistir, en relación a la vivienda, a las personas trans en situación de vulnerabilidad social. La acción se fundó en la omisión discriminatoria en los hechos del Gobierno de la Ciudad que no desarrolló una política pública eficiente para el grupo.*

1. Introducción

Hace algunos años la tramitación de una demanda individual contra el GCBA en materia de vivienda, iniciada por una persona trans nos demostró que esta condición de

género no era percibida por los Tribunales como un elemento limitante para el desarrollo de una vida digna. Se trataba de una persona trans, sin experiencia laboral ni educación, que vivía de la prostitución y que no generaba ingresos suficientes para

* Abogado (UBA), Magister en Administración de Justicia (Unitelma Sapienza), Especialista Derecho de la Regulación de Servicios Públicos (Austral). Actualmente es Defensor a cargo de la Defensoría N°2 en lo CAyT ante los Juzgados de Primera Instancia de la CABA.

** Abogado (UBA), orientado en Derecho Administrativo. Cursó una Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Palermo (UP). Actualmente es Prosecretario Coadyuvante de la Defensoría N°2 en lo CAyT ante los Juzgados de Primera Instancia de la CABA.

abonar un lugar donde vivir. En las sentencias de segunda instancia y del TSJ, su condición de género no resultó un elemento a considerar; en muchos votos, esta circunstancia no fue siquiera mencionada.

Este caso nos dio la pauta de que teníamos un problema al momento de hacer valer los derechos de las personas trans en situación de pobreza que necesitaban un lugar donde vivir dignamente.

En esta nota realizaremos una síntesis del caso “Arando Luz”, un amparo colectivo iniciado desde el Ministerio Público de la Defensa y por la CHA que representa a las personas trans y en situación de vulnerabilidad social, que tiene como fin que el Gobierno de la Ciudad inicie algún tipo de política pública en materia de vivienda para este grupo social. Esta demanda aspira a demostrar en una instancia judicial que efectivamente las personas trans, en situación de vulnerabilidad social, padecen serias dificultades al momento de querer superar sus condiciones socio económicas y llevar adelante una vida digna.

A continuación, mencionaremos los hechos del caso, cuales son las ofertas del GCBA en materia de vivienda y si resultan eficientes para el grupo social. En segundo lugar, explicaremos cuál fue el planteo judicial realizado, fundado en la omisión discriminatoria en los hechos del GCBA. En tercer lugar, analizaremos la medida cautelar dictada por el Juzgado interviniente. Luego, realizaremos algunas observaciones relativas a la discriminación sufrida por el grupo y una breve conclusión.

2. Los hechos del caso y la omisión de una política pública adecuada

Al día de hoy existe en el barrio de Palermo de la CABA una casa tomada en la que viven más de 50 personas trans en estado de hacinamiento. Sus habitantes, mayormente, vienen de las provincias, sin empleo y

dejando atrás situaciones de rechazo. Viven principalmente de la prostitución y es un deseo de muchas de ellas poder desempeñarse en otro tipo de tarea.

La demanda se inició con un pequeño grupo de estas personas y, con el transcurso del tiempo, ya iniciado el trámite ante el Juzgado, fueron sumándose más personas hasta superar las doscientas.

¿Por qué planteamos la obligación del GCBA de desarrollar una política pública en materia de vivienda para este grupo social? Profundizando el estudio de las particularidades del grupo observamos que ninguna de las alternativas ofrecidas por el GCBA en materia de vivienda funcionaba para el colectivo.

Por medio de un estudio de campo realizado por la Dirección de Asistencia Técnica del Ministerio Público de la Defensa observamos: 1) que las mujeres trans padecen una severa postergación por parte de la sociedad que dificulta el acceso al empleo y consecuentemente, a la vivienda convencional; 2) que las alternativas en materia de vivienda ofrecidas por el GCBA son inadecuadas e ineficaces y que no comprenden a las personas trans.

Las alternativas habitacionales ofrecidas por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son: 1) créditos hipotecarios asignados a través del Instituto de la Vivienda (IVC); 2) subsidios habitacionales, como el regulado por el decreto 690 y modificatorios; 3) hogares y paradores.

Respecto a los créditos hipotecarios, las mujeres trans de bajos recursos están en su mayoría excluidas debido a que no cumplen con los requisitos básicos exigidos. El principal y fundamental es nada menos que la necesidad de contar con un ingreso estable, constante y suficiente. Esto sin contar el esquema de prioridades estipulado por el IVC que no las incluye (familias con hijos, personas con discapacidad, tienen prioridad, entre otros).



Por otra parte, las mujeres trans cuentan en su mayoría con ingresos provenientes del ejercicio de la prostitución, que son variables, bajos e inconstantes. De esta manera es que la alternativa del crédito hipotecario no las comprende como posibles beneficiarias.

En relación a la segunda alternativa, es decir los subsidios habitacionales como el regulado por el decreto 690, las mujeres trans también se ven imposibilitadas de gozar de esta política pública. El problema fundamental son las serias dificultades que padecen al momento de querer acceder a un hotel o pensión, en razón de su condición de género.

Además, los precios de los hoteles y pensiones duplican, en promedio, los valores asignados por el programa de subsidios. De esta manera, la alternativa ofrecida por el GCBA por medio de subsidios habitacionales resulta ineficaz.

Por último, respecto a la modalidad de los hogares y paradores, si bien como en los casos anteriores, en el plano formal tienen acceso a este tipo de alternativa transitoria, lo cierto es que en los hechos no se presenta como una opción viable. El estudio señala

que ninguna acudió a estos dispositivos debido a la discriminación y malos tratos recibidos de parte del resto de personas que allí pernoctaban.

3. El planteo del caso: la omisión discriminatoria en los hechos

El caso demanda al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que les asigne a las mujeres trans, y en situación de vulnerabilidad social, un “alojamiento adecuado” en los términos dispuestos por el precedente KMP del Tribunal Superior de Justicia del GCBA, es decir, la máxima protección definida jurisprudencialmente en materia habitacional. Se requiere, bajo esta noción, el cese de la omisión discriminatoria en los hechos desplegada por la demandada, quien no desarrolló una política pública de vivienda acorde al grupo (art. 2, ley 5621).

Como puede observarse, el caso encuadra la doctrina llamada “igualdad como no sometimiento”, en su modalidad de “trato desigual”.

Esto supone que el grupo pertenece a una población estructuralmente desventajada y que recibe por parte de la demandada, un trato desigual, estructural, que tiene efectos menos favorables sobre el grupo.

Como sabemos, luego de la última reforma constitucional de 1994 se desarrolló una nueva forma de entender la igualdad.

El art. 75 inc. 23 refiere la necesidad de legislar y promover “acciones positivas” que garanticen la igualdad de oportunidades y el goce de derechos reconocidos en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos.

Luego de una larga evolución doctrinaria judicial se ha definido que la igualdad entendida clásicamente como la “no discriminación” del art. 16, resulta insuficiente para proteger grupos desaventajados, desarrollar una política igualitaria y desplegar los principios del constitucionalismo social de nuestra Carta Magna.

De allí es que surge la mencionada “igualdad como no sometimiento”. Mientras que la “igualdad como no discriminación” protege contra la irrazonabilidad del trato desigual de personas en iguales condiciones, la “igualdad como no sometimiento” protege fundamentalmente contra la discriminación en su versión estructural, es decir, en relación a la postergación de grupos sociales minoritarios.

A su vez, el trato discriminatorio de la “igualdad como no sometimiento” puede partir de una “norma” o de los “hechos”, conforme ha ido delineando la doctrina y la jurisprudencia. En el primer caso -no sometimiento en la norma- estamos frente a las llamadas “categorías sospechosas”, doctrina desarrollada por nuestra CSJN a partir de casos como “Hooft, Pedro Cornelio Federico” o “Gottschau, Evelyn Patrizia” o “Repetto, Inés”, entre muchos otros. En estos casos una norma o política pública expresa, posterga al miembro de un grupo minoritario. En esta modalidad, se impone la obligación de realizar un escrutinio estricto de la “razonabilidad” del criterio y su resolución es sencilla: basta su derogación o declaración de inconstitucionalidad de la norma.

En el caso planteado, en cambio, el sometimiento se manifiesta en los hechos, no en una norma, puesto que el trato desigual no parte de una norma jurídica sino de una política pública implementada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que excluye a un sector minoritario de la población. Algunos casos tratados por nuestra CSJN han evaluado este tipo de discriminación.

En la misma línea se ubica el art. 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en tanto se puede afirmar que no limita la igualdad sólo al trato arbitrario (igualdad como no discriminación), sino que también refleja el compromiso de proteger la desigualdad comprendida como subordinación de grupos.

Este artículo consagra nada menos que el derecho a ser diferente y, a su vez, obliga a las autoridades constituidas de la Ciudad a remover los obstáculos de cualquier orden que impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica y social de la comunidad.

En consecuencia, el GCBA se encuentra obligado a realizar políticas activas para evitar las desigualdades y permitir la integración social y económica de las personas que se encuentran en situaciones claramente desfavorables, como el colectivo de personas trans.

En esta línea, la Ley 5.261 local reafirma la doctrina antes mencionada. Tiene como fin, nada más y nada menos, que prevenir la discriminación a través de la implementación y el desarrollo de políticas públicas inclusivas y acciones afirmativas y que se “que promuevan la igualdad de oportunidades y fomenten el respeto a la diversidad...” (art. 1, c).

Entre la tipología de los actos discriminatorios se encuentra la discriminación “de jure”, provocada por una norma, y la “de facto”, que es sencillamente “toda exclusión, restricción o menoscabo de hecho en

... las personas trans, en situación de vulnerabilidad social, padecen serias dificultades al momento de querer superar sus condiciones socio económicas y llevar adelante una vida digna.

el goce o en el ejercicio igualitario de los derechos, sin que el criterio de distinción sea mencionado explícitamente...”.

Es decir que la ley, así como la larga doctrina elaborada y mencionada con anterioridad, prevé la posibilidad de una manifestación discriminatoria en los hechos, como una restricción en el ejercicio de los derechos, sin que el criterio sea mencionado explícitamente en una norma jurídica.

Como era de esperarse, en tanto el grupo comprendido en la demanda es una clase histórica e indubitavelmente postergada -personas trans- la normativa prevé en su art. 3 que son actos discriminatorios “las omisiones” que tienen por objeto “impedir obstruir, restringir...” de modo temporal o permanente “el ejercicio igualitario de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...” y tratados internacionales de derechos humanos a grupos de personas, bajo pretexto de “identidad de género y/o expresión de género...”, entre otros grupos también minoritarios.

Si bien la política desarrollada por la demandada parece “neutra” en apariencia, en los hechos resulta excluyente, puesto que el colectivo no logra tener acceso a los beneficios desarrollados para el resto de la población. En estos términos, se trata de una conducta discriminatoria en los hechos, puesto que deja de lado a un grupo minoritario y postergado.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es abundante la literatura en relación a la igualdad como no sometimiento. La Convención Americana prohíbe tanto la discriminación directa como la indirecta. En esta línea, la Corte ha dicho que “los estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto.

La discriminación indirecta se observa en aquellos casos en los que, si bien a primera vista la práctica o norma aplicada al caso es neutral, su impacto en un grupo determinado podría generar una consecuencia igualmente discriminatoria. De esta forma, aunque en principio no habría una diferencia en el trato, la situación estructural en la que se encontrarían estos grupos, conllevaría a una situación de discriminación.

Al respecto, la Corte ha determinado que la discriminación indirecta se ve reflejada en aquellos casos en los que “el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables”.

4. La medida cautelar dictada en el caso

Luego de convocar a las personas que quisieran participar en la demanda, el Juzgado dictó una medida cautelar favorable, en línea con lo requerido.

Se ordenó al GCBA que, previa evaluación de cada caso en particular y verificación de la situación de vulnerabilidad habitacional, se “otorgue a las personas del colectivo trans un subsidio monetario mediante la inclusión en alguno de los programas existentes”, cuyas cuotas “deberán ser suficientes para cubrir el valor íntegro de una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, debiendo orientar al/ a la beneficiario/a en tal búsqueda de alojamiento”. Asimismo, ordenó a la Subsecretaría de Trabajo, Industria y Comercio “diseñar un plan de política pública de empleo dirigido al colectivo trans...”.

En los considerandos de la medida pudo observarse que el Juzgado entendió que la condición de género, en un contexto de vulnerabilidad social, resulta un factor determinante que dificulta el desarrollo socioeconómico de las personas, y que se conecta con la imposibilidad de poder acceder a una vivienda en condiciones dignas.

Se afirma allí que “se colige que el grupo de personas trans se encuentra en un estado de extrema vulnerabilidad social, por cuanto no tienen garantizada condiciones dignas de vivienda, no logran acceder al mercado formal de trabajo, deben ejercer la prostitución como única fuente de ingresos, poseen baja expectativa de vida -aproximadamente 45 años de edad-, padecen discriminación por su identidad de género, no logran acceder a las propuestas habitacionales debido a la mencionada discriminación y por último, las respuestas por parte del Estado son insuficientes a fin de subvertir su situación socioeconómica”.

5. Algunas observaciones: la discriminación sufrida por el grupo y el recorrido de vida común de las integrantes

Son sorprendentes los informes que analizan la discriminación y vulnerabilidad del grupo. La documentación ya elaborada por

distintos organismos sobre el tema facilitó la posibilidad de realizar el planteo fundado en la discriminación, y puso en el centro de la demanda a las personas trans en situación de vulnerabilidad social, sin que pueda omitirse el tema por parte de los Tribunales.

Entre muchos, podemos mencionar algunos de ellos.

Por ejemplo, el reciente informe del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “La revolución de las mariposas”, realizado sobre 202 personas residentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Señala este estudio que las mujeres trans en su mayoría abandonaron, de modo forzado o no, el hogar familiar, debido a su condición de género.

Consecuentemente, señala el informe, la formación educativa es abandonada a una muy temprana edad, circunstancia que restringe las posibilidades a futuro de obtener un empleo. Esta limitación les impone la única alternativa de la prostitución como forma de generar ingresos. Sólo el 9% se encuentra inserta en el mercado formal de trabajo; el 15% manifestó realizar tareas informales de carácter precario y 70% señaló que la prostitución es su único modo de generar ingresos.

No solo es alto el porcentaje de las mujeres trans que no han podido acceder a un empleo formal sino también que es alto el porcentaje de las que nunca pudieron acceder a una entrevista formal de trabajo: el 70% señaló que nunca había accedido a una entrevista laboral.

En relación a la edad en que las travestis y mujeres trans comienzan a vivir de la prostitución, el 30% dijo vivir de dicha actividad desde los 11 y 13 años; el 46% desde los 14 y los 18 años, y un 24% luego de los 19 años. Por lo que una gran mayoría, alrededor del 75% por ciento, se inicia en la prostitución antes de los 18 años de edad. En consecuencia y dadas estas circunstancias,

El art. 75 inc. 23 refiere la necesidad de legislar y promover “acciones positivas” que garanticen la igualdad de oportunidades y el goce de derechos reconocidos en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos.

el abandono de la escolaridad se manifiesta tempranamente y toda profesionalización futura se ve clausurada.

Es decir que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires esta población en su mayoría no tiene acceso a entrevistas laborales ni a empleos formales y que en un muy alto porcentaje obtienen sus ingresos por medio de la prostitución. En su gran mayoría abandonan sus hogares tempranamente, y para lograr un sustento ingresaron a la prostitución, abandonando todo tipo de educación formal.

Otro informe contundente es el realizado por el Instituto Nacional contra la Discriminación (inadi) y el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (indec) “Primera encuesta sobre población trans 2012: travestis, transexuales y transgénero” sobre la situación de 209 personas transgénero.

De allí se observó que el promedio de vida de las personas trans es de 35 a 45 años. Alrededor del 30% señaló que debió abandonar la educación formal debido a tratos discriminatorios y el 80% que obtenía sus ingresos a través de la prostitución.

También vale resaltar el “Informe de Mapeo Legal Trans” de la ILGA donde se señala que “en su informe preliminar de 2016 ‘Pobreza, pobreza extrema y derechos

humanos en las Américas’, la Comisión estableció que ‘para incluir plenamente a las personas trans en diferentes esferas de la vida y reducir los niveles de pobreza que las aquejan, la CIDH considera necesario redoblar los esfuerzos e ir más allá de la adopción formal de leyes que reconocen la identidad de género, y participar en el diseño e implementación de políticas públicas que complementan las leyes, que tomen en cuenta las necesidades y las diferentes realidades que enfrentan las personas trans, y que estén diseñadas para reducir las brechas de desigualdad que enfrentan, que en algunos casos van más allá del alcance de una ley de identidad de género’”.

Conforme estos informes, y muchos otros, elaborados por organismos de derechos humanos, observamos que las personas trans se encuentran inmersas en ciclos de exclusión y pobreza producto de la violencia sufrida. Hay un recorrido de vida común en estas personas.

La violencia comienza en la niñez, en general con la expulsión del hogar, en el inicio de la prostitución como modo de supervivencia -a muy temprana edad- y en el consecuente abandono de la educación formal. Esta circunstancia ya las ubica en un lugar desventajado para acceder a un empleo en el futuro, sin considerar la discriminación

En consecuencia, el GCBA se encuentra obligado a realizar políticas activas para evitar las desigualdades y permitir la integración social y económica de las personas que se encuentran en situaciones claramente desfavorables, como el colectivo de personas trans.

específica proveniente del propio mercado laboral formal.

En muchos casos son excluidas por falta de educación, pero aún conforme algunos estudios formales, aun contando con educación, también son discriminadas exclusivamente por su condición de género.

Las personas trans que realizan consultas en materia habitacional en el Ministerio Público de la Defensa del GCBA, en la mayoría de los casos, presentan una historia de vida que se adecua a la descripta en el párrafo anterior. Las posibilidades de que accedan a un lugar donde vivir digno son sumamente bajas y esta circunstancia no solo hace a la calidad de vida sino que, conforme muchos estudios, las expone al peligro y la violencia.

6. A modo de conclusión

Dicho lo anterior, pudimos observar que el GCBA omitió desarrollar una política pública en materia de vivienda para las personas trans, puesto que las ofertas que presenta al día de hoy, no son eficientes para el grupo. En segundo lugar, vimos el planteo judicial realizado, fundado en la omisión discriminatoria en los hechos del GCBA. Luego observamos parte del contenido de la medida

cautelar dictada por el Juzgado interviniente, dictada en línea con lo requerido en la demanda y por último, repasamos algunos estudios relativos a la discriminación sufrida por el grupo.

Vale señalar que existen preocupantes precedentes jurisprudenciales que bajo un disfraz de no discriminación evalúan a una mujer trans como una “mujer joven” que está “en condiciones de trabajar”, y que no tiene entonces derecho a acceder a los subsidios de la CABA.

Pensamos que es errónea la jurisprudencia que limita el acceso a la vivienda de una persona sana y joven cuando su situación es vulnerable, pero en el caso de las personas trans, no asignar un acceso prioritario, en caso de vulnerabilidad, resulta francamente contrario a la realidad en que viven y, por cierto, contrario a la CCABA.

Si bien el caso se encuentra en sus inicios, nos mantenemos esperanzados en relación al futuro favorable de la sentencia definitiva, hasta ahora desconocida. No cabe duda que se trata de un grupo social postergado y que la falta de vivienda no solo hace a la imposibilidad de llevar adelante una vida digna, sino que expone a este grupo al peligro y a la violencia; esta circunstancia, no cabe duda, ya no puede ser omitida.

pensarJUSBAIRES



🌐 pensar.jusbaire.gov.ar ✉ pensar@jusbaire.gov.ar 📘 pensar jusbaire



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



pensarJUSBAIRES

www.pensar.jusbaires.gov.ar | pensar@jusbaires.gov.ar | facebook.com/pensar.jusbaires



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

**JUS
BAI
RES**
EDITORIAL