

REVISTA DE
**INTERÉS
PÚBLICO**

Directora:
DRA. M. CARLOTA UCÍN

Año 1/ N° 1
ISSN 2545-8604

EXTENSIÓN



Facultad de Ciencias
**JURÍDICAS
Y SOCIALES**
Universidad Nacional de La Plata

Editor: Adolfo **Brook**

Directora: María Carlota **Ucín**

Consejo Asesor:

ATIENZA, Manuel, Universidad de Alicante, España

BERGALLO, Paola, CONICET, Universidad Torcuato di Tella, Argentina

BERIZONCE, Roberto, Prof. Emérito, Universidad Nacional de La Plata, Argentina

BRINKS, Daniel, University of Texas at Austin, USA

GARGARELLA, Roberto, CONICET, Universidad Torcuato di Tella, Argentina

GROSMAN, Lucas, Universidad de San Andrés, Argentina

MAURINO, Gustavo, Universidad de Palermo, Argentina

PAUTASSI, Laura, CONICET, Universidad de Buenos Aires, Argentina

PUGA, Mariela, Universidad Nacional de Córdoba y Entre Ríos, Argentina

SABA, Roberto, Universidad de Palermo, Argentina

SANTIAGO, Alfonso, Universidad Austral, Argentina

SOZZO, Gonzalo, Universidad Nacional del Litoral, Argentina

TARUFFO, Michele, Universidad de Girona, España.

Secretaría de redacción:

ABAN BURGOS, Guillermo

GILES, Alejo

KALAFATICH, Caren

MINATTA, Olivia

TIZIO, Gaspar

UCÍN, Francisco J.

Diseño gráfico:

PONTI, Marcelo J.

Periodicidad semestral Año 1, N°1

ISSN 2545-8604

Revista electrónica dependiente de la Secretaría de Extensión Universitaria, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, calle 48 N° 582 entre 6 y 7.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	
- Presentación de la Revista de Interés Público (REDIP)	4
- Presentación del N° 1	7
EXPERIENCIAS DE LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO	8
- Clínicas Jurídicas: Caso "La Rotonda" ¿Cómo construir y enfrentar la incertidumbre? <i>Mariela Galeazzi, José M. Martocci y Olivia Minatta</i>	9
- Clínica Jurídica en Derechos Humanos, otra pedagogía. Nuestra experiencia. <i>José María Martocci</i>	23
ARTÍCULOS	37
- Argumentação jurídica e legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional <i>André Rufino do Vale</i>	38
- El Juez y su rol en el proceso <i>Fernando Glinka - Esteban José Ignacio Romero</i>	59
- Repensar el trabajo migrante desde el principio de justicia social <i>Adolfo Nicolás Balbín</i>	67
APÉNDICE MULTIMEDIA	79
- Entrevista a <i>Augusto Martinelli</i>	80

Presentación de la Revista de Interés Público (REDIP)

La *Revista de Interés Público (REDIP)* de la *Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, nace como consecuencia de la observación del desarrollo creciente entre nuestras prácticas constitucionales, de una forma particular de litigio guiada por el Interés Público.

La existencia, en particular, del Programa de Clínicas Jurídicas en el marco de la misma Secretaría, nos acercó además la evidencia de que existía una experiencia sumamente rica que merecía un espacio de difusión y reflexión teórica. Pero nos pareció que no cabía cerrarse en reflexiones endogámicas, sino que era importante abrir este foro para que diversas voces pudieran participar de la deliberación.

Pensamos así, que la riqueza de este emprendimiento vendría de la mano de recoger tanto la experiencia de las Clínicas Jurídicas, cuanto de las asociaciones civiles y las abogadas y los abogados que llevan adelante litigios de Interés Público. Y estimamos también, que dicha práctica necesitaba nutrirse de la reflexión teórica, de la mirada del académico que logra poner la distancia necesaria sobre los acontecimientos como para brindar visiones críticas o superadoras de la realidad que observa, así como también sistematizarla y conceptualizarla a partir de categorías teóricas.

Partimos además de la asunción de que el desarrollo de este cuerpo de litigios no es exclusivo de nuestro medio. Que en cambio, se debe interpretar como parte de un fenómeno sumamente interesante que resulta de un movimiento por la defensa de la gente, en contraposición a las grandes corporaciones económicas, de los excluidos, de las minorías o grupos desaventajados.

Sus antecedentes pueden ser rastreados en el Derecho Angloamericano, a partir de la tutela de los pobres y de aquellos intereses de la sociedad que no tenían voz, en el denominado Movimiento por los Derechos Civiles. Surgió así, como un correctivo de la desproporcionada influencia, que los intereses de los económicamente poderosos ejercían, sobre el sistema legal. Se ha dicho que el término surge de la noción de compensar tal incidencia, por lo que más allá de su objetivo, las abogadas y los abogados que defienden el Interés Público en los Estados Unidos, siguen imbuidos de la ética de "luchar por los hombres y las mujeres comunes".

Actualmente, además, la expansión de esta forma de litigio, guiado por el Interés Público, muestra ejemplos no sólo en países de Latinoamérica, sino también en algunos países de Europa central y oriental y Sudáfrica. Todos estos casos parecen presentar el común denominador de estar guiados por la hipótesis de que es posible provocar alguna medida de cambio social a través del litigio. Así, esta forma de llevar discusiones de corte social a los tribunales, como una forma

de activismo político ha cobrado especial fuerza en aquellos países donde el margen de desigualdad social es más acuciante y ha tendido a poner sobre el tablero problemas estructurales de pobreza y exclusión social, con demandas frente al Estado.

En nuestro país, a partir de la reforma constitucional de 1994, se ha operado un cambio fundamental en el elenco de legitimados y en el reconocimiento de la trascendencia colectiva de los derechos. Ambos factores, entre otros, han repercutido en el creciente desarrollo de esta forma de litigio. Así, se han erigido como actores protagónicos las asociaciones civiles que han encarado la defensa de los derechos de ciertos grupos desaventajados. Pero también, en algunos supuestos, legitimados extraordinarios como el Defensor del Pueblo y algún agente del Ministerio Público, han llevado adelante la defensa de estos derechos de carácter colectivo.

Por último, aunque con un rol no menos importante, se debe mencionar a las Clínicas Jurídicas insertas en algunas Universidades. En particular, como ya se mencionó, en el marco de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, las Clínicas Jurídicas han venido trabajando desde hace varios años con una mirada orientada por este enfoque y han logrado motorizar cambios concretos, tendientes a restablecer la vigencia de derechos constitucionales de sectores postergados.

Entendemos entonces que el Interés Público no se refiere a un cuerpo de leyes sino a quién representan las abogadas y abogados que por él abogan. O mejor aún, se trata, de un enfoque del Derecho, que persigue lograr la ampliación en el goce de los derechos y de la participación ciudadana. Su defensa se dirige en especial entonces, a los grupos de personas sub-representados o a los más desfavorecidos en el reparto del poder. Así, puede verse cómo, más allá de la defensa de ciudadanas y ciudadanos de escasos recursos, este campo ha venido a englobar una serie de objetivos: derechos y libertades civiles, protección ambiental, derechos de los consumidores, minorías, personas con discapacidad y adultos mayores, mujeres y niños, entre otros.

Por todo ello, estamos convencidos de la trascendencia de este alumbramiento. Nos mueve la convicción de estar contribuyendo al desarrollo de un cuerpo teórico sistematizado en torno de prácticas que aún se desarrollan de modo más disperso. Es que al recoger la riqueza del Litigio de Interés Público, la REDIP permitirá visibilizar la labor de las Clínicas Jurídicas de ésta y otras Universidades del país o del exterior y de las asociaciones civiles encargadas de llevar adelante esta forma de litigio. Pero además, como un espacio de reflexión teórica a partir de las mismas, contribuirá al desarrollo de un campo del Derecho innovador y fundamental a los fines del fortalecimiento democrático de nuestros ordenamientos jurídicos.

En congruencia con lo dicho, la REDIP se compondrá de tres secciones. En la primera de ellas: "Experiencias de Litigio de Interés Público", habrá un espacio para conocer la práctica concreta de litigios llevados adelante por Clínicas

Jurídicas, asociaciones civiles, Defensor del Pueblo, Ministerio Público y demás legitimados constitucionales. Luego, en la segunda sección: "Artículos", habrá un espacio para la reflexión teórica, donde se espera recibir contribuciones de tantos académicos que hoy reflexionan sobre estos temas en nuestro país y en el mundo. Por último, el "Apéndice multimedia" se propone reunir información práctica que sirva tanto para quienes estudian el tema cuanto para quienes intervienen como actores concretos. Se ha pensado para esta última sección un formato dinámico que sirva de enlace permanente entre la revista y sus lectores, difundiendo su contenido también por separado, a través de las redes sociales.

A esta altura, podemos afirmar que la Revista ya no nos pertenece por completo. Se nos está escapando de las manos para cobrar vida propia, la que se integrará con las contribuciones de los autores que le insuflarán aliento periódicamente. Nosotros seremos custodios de la idea y el compromiso que hemos asumido con ella. Éste es entonces el desafío que asumimos junto con los integrantes de la Secretaría de Redacción de la REDIP y aquélla es la invitación que hacemos al lector para que sea partícipe de este foro, que sirva para la construcción colectiva de prácticas y reflexiones útiles.

María Carlota Ucín
Directora

Presentación del N°1

Fundar un Revista, crear a partir de una idea, tener un sueño y verlo convertirse realidad es una de las sensaciones más plenas que pueden suceder a quien suele navegar asiduamente en el terreno de las ideas.

La REDIP ha sido primero una idea, luego un sueño y hoy una realidad. Y ha sido posible gracias al esfuerzo de un colectivo que ha creído también en la idea, que le ha entregado su tiempo pero también su energía creativa. El sueño de fundar una Revista de Interés Público en el marco de la Secretaría de Extensión Universitaria no hubiera sido posible sin muchos factores humanos y azarosos que se encargaron de que esto sucediera.

En primer lugar entonces, debo agradecer a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, casa de la que egresé, por haberme permitido sembrar en ella este germen de gran potencial futuro. El Secretario de Extensión Universitaria, Adolfo Brook, fue quien una vez más confió en mis propuestas y me permitió contar con su aval para dar los primeros pasos en la iniciativa. Todos los colaboradores de la Secretaría de Extensión nos han hecho posible llegar hasta aquí. En particular, Marcelo Ponti, encargado del Diseño Gráfico de la Revista y Agustín Jáuregui Lorda, a cargo de la realización del video que integra el apéndice multimedia.

También debo agradecer a quienes confiaron, casi ciegamente, en la revista proyectada y aceptaron la invitación a formar parte del Consejo Asesor de la REDIP. Así, prestigian a esta Revista nombres como el de Manuel Atienza, Paola Bergallo, Roberto Berizonce, Daniel Brinks, Roberto Gargarella, Lucas Grosman, Gustavo Maurino, Laura Pautassi, Mariela Puga, Roberto Saba, Alfonso Santiago, Gonzalo Sozzo y Michele Taruffo. Augurando todos ellos, la mejor calidad académica que habremos de procurar.

Pero sin el trabajo del equipo integrante de la Secretaría de redacción, estoy convencida de que esto no hubiera sido posible. Por ello, destaco la importante labor desarrollada por Caren Kalafatich, Olivia Minatta, Alejo Giles, Guillermo Aban Burgos, Gaspar Tizio y Francisco Ucín, artífices de esta realización. Por último y no menos importante, debo reconocer a los autores, alma de la revista, sin los cuales no tendríamos hoy frente a nuestra pantalla a esta creatura.

Este primer número cuenta, como en la presentación se anuncia, con tres secciones. En la primera sección sobre: "Experiencias de Litigio de Interés Público" se incluye el análisis de un caso, presentado por los autores Galeazzi-Minatta y Martocci, quienes ilustran la experiencia de la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad en el Barrio La Rotonda de Florencio Varela, llevando

adelante un reclamo por contaminación ambiental y daños derivados sobre la calidad de vida de sus pobladores. También se acompaña dicho análisis con una visión complementaria, en la que José Martocci analiza la formación de los estudiantes de Derecho a partir de la experiencia de las Clínicas Jurídicas.

En la sección segunda, dedicada a los “Artículos”, se pueden hallar los trabajos de André Rufino do Vale, sobre la importancia de la argumentación jurídica en punto a la legitimidad democrática de la Jurisdicción Constitucional en experiencias como la latinoamericana. También se incluye el trabajo de Glinka y Romero, que aborda el rol del juez en el marco del Constitucionalismo contemporáneo. Además, se puede leer el aporte de Nicolás Balbín, el que se orienta más concretamente hacia el análisis del trabajo migrante desde la perspectiva aportada por el principio de justicia social.

El “Apéndice multimedia” cuenta en este número con una entrevista a Augusto Martinelli, letrado interviniente en la causa CEPIS, que fuera resuelta el año pasado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, frenando el aumento de las tarifas de gas respecto de usuarios domiciliarios.

Así, acercamos a ustedes esta primera entrega no sin reconocer que la elaboración de este primer número nos ha dejado muchos aprendizajes que esperamos seguir capitalizando para que cada edición sea una superación de la anterior. Sin perjuicio de ello, estamos orgullosos de que este primer número vea la luz y llegue a cada lector como lo que pretende ser, una invitación concreta a sumarse a este foro, una convocatoria para ayudarnos a darle larga trayectoria a esta idea.

La Plata, mayo de 2017.

María Carlota Ucín
Directora

Experiencias de litigio de Interés Público

CLÍNICAS JURÍDICAS: CASO "LA ROTONDA" ¿CÓMO CONSTRUIR Y ENFRENTAR LA INCERTIDUMBRE?

*Mariela GALEAZZI¹
José M. MARTOCCI²
y Olivia MINATTA³*

Resumen:

el presente trabajo propone una reflexión sobre la enseñanza clínica del derecho a partir del análisis de los logros y obstáculos de un caso ambiental patrocinado por el programa de extensión Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata. Desde esa experiencia se plantean propuestas institucionales y metodológicas para reforzar el trabajo de las clínicas jurídicas como un lugar de formación de abogados/as de interés público.

Palabras claves:

clínicas jurídicas - litigio complejo - abogacía de interés público.

Abstract:

in this article the authors analyze the clinical law teaching method, considering for that purpose the experience gained by the Human Rights Law Clinic in an environmental case. They study the obstacles usually confronted in public interest litigation, as well as the achievements made. From that perspective, the article explores different institutional and methodological proposals to improve the clinical work.

Keywords:

law clinics- complex litigation- public interest law

¹ Abogada (UNLP), coordinadora del área de Discapacidad y Derechos Humanos de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia.

² Abogado (UNLP) y Director de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la UNLP

³ Abogada (UNLP) y ex coordinadora de la Clínica de Derechos Humanos de la UNLP

I. Introducción

Fuimos educados para repetir. Para repetir dogmáticas, interpretaciones consagradas, para citar como fundamento determinante la opinión de autores, para buscar la solución correcta a un conflicto en el modo en que los tribunales lo vienen resolviendo; educados sin interrogación acerca de las causas de las interpretaciones preeminentes, de los derechos que se cumplen (y los que no), del rol del poder judicial en la producción de sentido acerca del derecho y las fuerzas dominantes que lo habitan. En suma, en la prevención -el temor- a pensar el campo jurídico como un campo ideológico en disputa; y para encontrar en él no sólo sujeción y sometimiento -su rostro más conocido- sino la posibilidad latente de emancipación humana.

El desarrollo de los derechos humanos a partir de la segunda mitad del siglo pasado, su incorporación estructural al derecho constitucional argentino y la manera en que sus principios rectores impregnan al derecho nacional y marcan el modo de interpretarlo a favor de la dignidad de la vida de las personas, de su igualdad sustantiva y de su protección preferente, constituye un aporte fundamental que revitaliza aquella disputa ideológica.

Accedemos al mundo mediante su interpretación. También al derecho, pese a que se ha postulado su neutralidad y apoliticidad y en ella se (nos) educa. Con la irrupción de los derechos humanos, con su desarrollo creciente, con su amplia legitimidad en cuanto a un horizonte comunitario posible, sabemos que hay interpretaciones del derecho perimidas, inaceptables, por cuanto chocan con los valores que entraña el nuevo paradigma constitucional. Pero, por sobre todo, hay un estado de cosas incompatible con la vigencia efectiva de los derechos humanos. Lo vemos a diario en grupos vulnerables, en amplios sectores excluidos de los bienes económicos, sociales y culturales básicos, aquellos que marcan un umbral de ciudadanía y dignidad.

Estas sensaciones cobran certeza en el trabajo cotidiano de una Clínica Jurídica en Derechos Humanos, conmueven y renuevan nuestra mirada, nos abren a nuevos interrogantes. Nos invitan a ser -a vivir el derecho- de otra manera.

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata -donde nos educamos y desarrollamos nuestra tarea- se ha abierto a estos interrogantes y desde su política de extensión ha tendido lazos con los sectores más vulnerables de nuestra sociedad, dándole renovado vigor a una idea constitutiva

de la cultura universitaria argentina y lugar a que esa experiencia –llevada a cabo por docentes, estudiantes y graduados de esta Casa– impregne los saberes jurídicos tradicionales, las prácticas de enseñanza y la clásica idea del derecho en torno al individuo, para abrirse a vastas realidades colectivas olvidadas.

Este uso del derecho a favor del más débil inaugurará –esperamos– nuevas subjetividades. En suma, un/una estudiante, un/a graduado/a en derecho, que no permanezca ajeno al dolor humano.

II. EL CASO “RUIZ”

El caso que presentamos (*“RUIZ Azucena y otros c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otros s/Reconocimiento de derechos”*) no es un caso común. Es la primera demanda de tipo colectivo y estructural que nuestra Clínica impulsó, allá por el año 2011, abriendo de tal modo ante un tribunal de justicia la vasta problemática ambiental existente en la cuenca del arroyo Las Conchitas-Plátanos, que atraviesa dos municipios de la provincia (Florencia Varela y Berazategui) y múltiples problemáticas sociales.

Se trata de un proceso que sigue abierto, que ha obrado como cantera de producción de pruebas e información y del que han derivado diversas causas e incidentes, ligados todos a la cuenca de ese arroyo (entre otros, incidente por planta de reciclado de basura en El Pato; incidente por basurales a cielo abierto; relocalización de un asentamiento ubicado a la vera del arroyo).

El modo de trabajo en Clínica se funda, como es sabido, en la interrogación, indagación y el debate horizontal. Como se dijo en la introducción, esto destierra –intenta hacerlo– las verdades recibidas o reveladas por algún tipo de autoridad. El mismo caso convoca las preguntas y sus posibles y siempre contingentes respuestas.

Si bien sistematizar las observaciones que han surgido a lo largo del litigio resulta una tarea compleja, podríamos decir que existieron, en general, tanto debates de típico tono procesal como discusiones más cercanas a lo político y estratégico. Entre las primeras, siempre estuvo presente el análisis del modo en que las reglas procesales tradicionales podían adaptarse a un vasto proceso colectivo estructural y a la perentoriedad de los temas debatidos; y entre las segundas, cuestiones como qué resultado es posible esperar del proceso judicial, cuál debe ser el rol del juez y el de los profesionales del derecho en las

reivindicaciones colectivas y cuál es el rol de la dinámica social que la violación de derechos fundamentales siempre engloba.

Estas disquisiciones en realidad esconden una fuerte ruptura con la visión tradicional y dogmática del/la profesional del derecho -que aún es dominante en nuestras aulas-: por un lado, por cuanto pone en duda si el litigio judicial debe ser la única y principal herramienta que posee el/la abogado/a para restablecer situaciones de injusticia y vulneración de derechos (o si la misma configura un elemento más dentro de una multiplicidad de acciones). Por el otro, en tanto litigio de interés público pone en práctica un nuevo paradigma sobre el rol del Estado -incluyendo burocracias estatales y jueces- y del Derecho, que aún no ha encontrado una recepción acabada en el mundo de las normas *infra* constitucionales (por ejemplo, por la ausencia de una regulación de los procesos colectivos o litigios estructurales).

En suma, preguntas clínicas: ¿qué hacemos con las herramientas que nos da el derecho? ¿Cuáles son? ¿Cómo las usamos? ¿Solos o acompañados? ¿Acompañados por qué otros resortes? Preguntas que exceden lo jurídico, y que convocan otros saberes.

II. 1) OBSTÁCULOS JURÍDICOS Y MATERIALES

Como es sabido, en el año 1994 se incorporaron a la Constitución importantes instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, y con ello se introdujo una serie de obligaciones tanto positivas como negativas dirigidas al Estado, que de algún modo vinieron a significar guías orientativas o pautas mínimas hacia dónde deben dirigirse las políticas públicas, sobre todo aquellas vinculadas a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Se consagró también una vigorosa protección ambiental y vías procesales para su defensa (arts. 41 y 43 CN).

No obstante, fue recién a partir del 2001/2003 que la corte nacional comenzó a armonizar sus pronunciamientos con los principios interpretativos rectores de la "nueva" Constitución (causas "CELS" y "Mendoza", entre otras), abandonándose paulatinamente la clásica doctrina de las cuestiones "políticas no justiciables" así como el conocido argumento de que los jueces no pueden intervenir en cuestiones que afectan al gobierno y al presupuesto estatal (Abramovich, 2009, pp. 1-89). A impulso de este cambio, cobra vigencia la posibilidad de exigir judicialmente los derechos económicos, sociales y culturales.

En ese marco nació la causa "Ruiz": la acción requería de una decisión judicial que ordenara la implementación de una política pública ya definida normativamente (control sobre

los procesos industriales, sus emisiones, su impacto ambiental y sobre sus vuelcos) pero sub-ejecutada o in-ejecutada por las burocracias estatales. La demanda se inició a raíz de una situación de alarmante contaminación en el Arroyo Las Conchitas (en el suelo, agua y aire) provocada por la aglomeración de industrias de segunda y tercera categoría con vuelcos sobre ese curso de agua y por la afectación de la salud de la población por la actividad industrial peligrosa de varias de ellas. Los actores pertenecen a la comunidad del barrio La Rotonda de Florencio Varela, establecido a unos 500 metros del arroyo, un barrio de 32 manzanas rodeado de industrias ubicado en el km 32,5 de la ruta provincial N 36.

La situación general de la cuenca ya había motivado pronunciamientos de la propia administración pública (antes de que la Clínica iniciara su intervención administrativa y judicial). Así, en el año 1997 el barrio fue declarado en “*Emergencia Sanitaria*” y en abril de 2006 en “*Crisis Ambiental*”, caracterización que se extendió a toda la cuenca del arroyo Las Conchitas.

Aun existiendo las declaraciones de emergencia ambiental y sanitaria señaladas, la inoperancia fue la nota característica de los organismos provinciales competentes para entender en un conflicto ambiental como el descrito (quienes, no obstante crear un “Comité de Crisis” primero y una “Comisión” luego, nunca hicieron nada en sustancia). El arroyo Las Conchitas incrementó su degradación.

Basándonos en el deber del Estado de realizar acciones positivas para solucionar el caos ecológico de la zona⁴, solicitamos mediante una acción sumarísima el cese de la contaminación ambiental en el barrio y la recomposición del ambiente. *La idea central de la demanda radicaba en que si bien las empresas, en algunos casos, cumplían con los requisitos formales habilitantes, el modo en que se adquirían tales certificados de aptitud ambiental no generaban seguridad alguna cuando se sopesaba con el resto de los elementos que indicaban un cuadro de contaminación.*

⁴ arts. 28 y 36 de la Constitución Provincial, art. 41 Constitución Nacional, normativa específica en materia ambiental, precedentes judiciales como “Boragina” de la SCBA, “Fundación Ecosur”, “Almada Copetro” y “Mendoza” de la CSJN. Hacer cita correcta

Así pues, o bien los controles estaban mal hechos, o bien se realizaban conforme a la ley pero esto no impedía la contaminación creciente y la afectación de la salud de los vecinos.

Existió una primera etapa en la que sin darse traslado de la demanda, el juez utilizó el mecanismo de las audiencias -en el marco de pretensiones de tipo cautelar- a través de las cuales fue obteniendo un panorama sobre el problema de fondo. En dichas instancias se lograron acuerdos de monitoreo del funcionamiento de las empresas y un operativo de estudio de la salud de los habitantes del barrio. La colaboración de las autoridades públicas fue escasa y los enormes problemas estructurales de las burocracias estatales quedaron al descubierto: falta de coordinación entre las entidades competentes de distintas áreas, falta de protocolos de actuación frente a situaciones de emergencia sanitaria, falta de equipamiento e infraestructura necesarias para abordar cada situación, obstáculos para acceder a información (que es pública) y por supuesto, falta de voluntad política de modificar el estado de cosas hacia uno más respetuoso de los derechos humanos fundamentales de los habitantes del barrio.

No obstante, y más allá de los problemas materiales que describimos, en cada audiencia se materializaba el derecho a petionar ante las autoridades, equiparando las voces y los poderes, habitualmente asimétricos, entre la autoridad, los vecinos y vecinas. Pudimos comprobar que solo en la esfera judicial las autoridades públicas escucharon a los afectados, lo que permite reflexionar sobre la legitimidad democrática del poder judicial como mecanismo de garantía frente al poder público, en democracias representativas débiles e imperfectas.

La particular forma en que se desarrolló la primera etapa del proceso permitió generar de manera consensuada entre las partes prueba conducente a la problemática debatida, que proporcionó al juez y a las partes información sensible para sustanciar el proceso y las pretensiones (a saber: relevamiento

sanitario llevado a cabo por el Ministerio de Salud de la provincia; un estudio sobre las emisiones de una industria fundidora de plomo; estudios sobre el arroyo Las Conchitas a cargo del Organismo Provincial de Desarrollo Sostenible; tres estudios de tierras sobre calles del barrio La Rotonda; estudio integral sobre plomo en el barrio, entre otras pruebas de importancia).

En definitiva, este periodo preliminar (sin traslado de demanda) permitió identificar con mucha mayor precisión la fuente preeminente de contaminación del barrio La Rotonda y por ende, habilitó que se precisara la pretensión procesal y la legitimación procesal pasiva.

Cabe agregar, en este sentido, que sin acuerdo de partes en el marco de audiencias judiciales presididas por los funcionarios del propio tribunal, jamás hubiese sido posible llevar adelante este tipo de pruebas y controles - complejos y costosos- en forma previa a la demanda. Ello nos induce a pensar en que una legislación procesal adecuada para este tipo de conflictos debería prever la posibilidad de producir prueba, debidamente informada a las partes involucradas, en forma previa a la tradicional etapa probatoria (Sucunza y Verbic, 2015). Es interesante advertir cómo la intervención concreta sobre el derecho y el proceso permite ver sus falencias, su insuficiencia y la necesidad de su cambio. También la relevancia de contar con jueces activos, presentes y comprometidos con la solución del problema, que promuevan el diálogo entre las partes y su entendimiento, escapando a la lógica binaria del proceso tradicional.

La información acumulada nos habilitó una nueva mirada sobre el proceso en marcha, mediante la cual decidimos reconducir la demanda y dirigirla solamente a una de las empresas: la más contaminante en relación al barrio La Rotonda.

Decidir hacerlo no fue tarea nada fácil. Para tomar esta decisión, tuvimos en cuenta fundamentalmente tres cuestiones: en primer lugar, la necesidad de abordar un conflicto complejo en forma concentrada, intensiva y eficaz, para lo cual preferimos apuntar a lograr decisiones menos pretenciosas, pero viables y útiles (el traslado o cierre de una empresa, frente al cierre de 54, de las cuales no teníamos prueba acabada de la contaminación generada singularmente por cada una). En segundo lugar, y esto no es menor, la operatividad adecuada que puede asegurar un programa de extensión de la Facultad frente a un conflicto de semejante magnitud. Y en tercer lugar, la expectativa de que en el proceso por la problemática ambiental general de la cuenca del arroyo Las Conchitas, podamos acumular mayores actores (otros barrios y comunidades asentadas allí) y mayor legitimidad y fuerza (por ejemplo, comprometiéndolo al Defensor del Pueblo de la provincia).

Nació así una nueva causa, en rigor derivación de la causa madre original ("Ruiz") pero ahora con pretensiones y demandados reducidos a la provincia de Buenos Aires, al municipio de Florencio Varela y a la empresa paradigmática en la contaminación con plomo sobre el barrio: Industrial Varela SA.

Con esta decisión se abrieron nuevos debates procesales, mencionaremos algunos:

1) el problema de la conexidad con otras causas iniciadas en otro juzgado del fuero y de forma individual por vecinos del barrio exigiendo indemnizaciones por daños y perjuicios producto de la contaminación ambiental de las empresas (y en algunos casos, requiriendo el cese ambiental);

2) la necesidad de demostrar que la nueva demanda (en verdad, la pretensión "reencausada" con base en la prueba producida en forma previa a la traba de la litis) tramitase por el mismo juzgado que había sido parte de dicha etapa preliminar y por ende tenía un conocimiento acabado del problema estructural subyacente en el litigio.

3) Finalmente, el interés de lograr esa finalidad sin modificar la demanda, a los fines de que toda la prueba producida contra la problemática de contaminación más general pudiera ser retomada más adelante.

Con esto queremos significar que los institutos procesales tal y como tradicionalmente están diseñados (constitución adecuada de la litis, conexidad y congruencia, entre muchos otros) no alcanzan para dar un trámite adecuado a la estructura amorfa que presenta el litigio de interés público (Chayes, 1976, pp. 1281-1316), como tampoco es del todo suficiente a la hora de otorgar a los jueces herramientas que resulten eficaces para cumplir el nuevo rol al que están llamados.

II. 2. DEBATES DE TIPO ESTRATÉGICO

La experiencia de litigio en Clínica nos llevó a pensar si es suficiente que una decisión judicial cristalice favorablemente nuestra pretensión para lograr el cambio social y estructural buscado (aquí, el *derecho al buen vivir* de una comunidad), o si bien existen otros factores de poder que deben ser tenidos en consideración al momento de confrontarnos con un problema sistémico.

Por ejemplo, en el caso “Ruiz” el juez de la causa había decretado el cierre de dos empresas por no contener los certificados de aptitud ambiental al día (la ecuación sería: una empresa incumple la ley = esa empresa es clausurada). No obstante, nunca pudo concretarse la medida por cuanto las empresas presentaron los certificados expedidos por la autoridad de control ambiental al otro día de decretado el cierre y, claro está, sin cambios reales (y efectivos) en la práctica de su funcionamiento contaminante.

Con ello queremos denotar que existen “*otras jurisdicciones*” que exceden el mundo de las instituciones oficiales o del derecho estatal. Puntualmente y desde una perspectiva pluralista, algunos autores se refieren a la jurisdicción propia de la administración pública (Moro, 2013). Estas jurisdicciones deben ser tenidas en cuenta a la hora de litigar políticas públicas, porque de otro modo el derecho puede reducirse a un simple mito o ficción, y desvirtuarse así toda demanda social. Para poder encarar conflictos tan complejos, que requieren cierto conocimiento respecto de otros ámbitos de poder (distintos al institucional-oficial), una medida estratégica suele venir dada por un abordaje “comunicado”, en conjunto con otras agrupaciones que posean experiencias similares y que aspiren a una misma reivindicación social. Así, no solo se logra acompañar al litigio judicial con una campaña que haga foco en el tema y lo instale en la agenda pública, sino que también se aspira a generar mayores grados de representatividad del colectivo afectado por la problemática estructural.

Por fuera del discurso netamente jurídico, se hace evidente que al abrir un proceso de estas características nos asomamos a un conflicto entre poderes reales: uno técnico, burocrático o institucional –que es fuertemente cuestionado– y otro social –que es víctima de aquél: de su olvido, de su ineficacia o de sus decisiones políticas–. Bajo el vestido –el velo– de un proceso judicial colectivo hay una pugna entre poderes que no puede ser desatendida. Más aún: un conflicto en la forma de ver la vida en común.

Ahora bien, desde el punto de vista estratégico está siempre presente el interrogante: ¿buscamos políticas públicas concretas a través de los procesos judiciales colectivos?, ¿o bien intentamos que una sentencia favorable actúe como disparador o iluminador de una disputa discursiva en la que (necesariamente) intervendrán otros actores y donde los abogados aportemos solo “nuestra parte”? Probablemente en el litigio de interés público,

esencialmente prospectivo (Chayes, 1976 pp. 1281-1316 y Bergallo, 2005), habrá un poco de todo.

En definitiva, la experiencia de la Clínica invita a compartir la postura de Guillermo Moro cuando esboza una crítica al activismo jurídico en los casos en que es aislado, cuando peca de “fijación judicial”, cuando es extensivo (y no intensivo), cuando tiene una idea parcial del éxito y cuando actúa desde una perspectiva de “democracia estadocéntrica”. Para ello, adoptamos como método de trabajo: **1)** analizar desde un primer momento los actores involucrados, **2)** ser precisos al identificar la pretensión colectiva o individual pero con impacto estructural, **3)** canalizar lo mejor posible las voces de los afectados (lo cual, muchas veces se dificulta porque no hay altos grados de consenso, o porque ello implica solicitar acciones muy genéricas y difíciles de concretar en una pretensión contra el Estado); **4)** convocar a todas las partes afectadas o posiblemente interesadas o involucradas **5)** intentar la demanda mediante una vía procesal que no sólo sea flexible a las necesidades propias del litigio de interés público sino también y fundamentalmente ante un juez directivo y activo **6)** buscar soluciones adecuadas, consensuadas por las partes y materialmente accesibles a su implementación judicial.

III. Reflexiones y propuestas:

El caso “Ruiz” permite realizar y compartir algunas reflexiones sobre el rol de las clínicas jurídicas en la enseñanza del derecho y sobre las necesidades y desafíos existentes para potenciar el impacto de su labor desde las facultades de derecho, tanto hacia su interior -en los aspectos pedagógicos, críticos y prácticos- como en los institucionales dentro de las propias Facultades y en la relación entre la Facultad y otros actores estatales, académicos y de la sociedad civil.

Por un lado, la experiencia comentada demuestra la potencia que puede tener un espacio pedagógico clínico. Un barrio entero en una situación ambiental grave es asesorado desde el año 2011 por un grupo de estudiantes y graduados jóvenes de la UNLP. Difícilmente un estudio profesional tradicional hubiese podido abordar el caso. La suposición no es arbitraria: los casos colectivos como el que hemos comentado revisten una alta complejidad y requieren una dedicación de esfuerzo, tiempo y saber técnico exigente.

Esto no quiere decir que no existan profesionales fuera del marco de la universidad o de las organizaciones de la sociedad civil que puedan eventualmente representar adecuadamente los intereses de personas inmersas en conflictos como el de "Ruiz", sino simplemente que el propio sistema no genera incentivos en los/as abogado/as particulares para llevar este tipo de causas de reforma estructural: son costosas, muy complejas y largas, no hay legislación procesal adecuada para que los conflictos se diriman adecuadamente (los mecanismos de publicidad de las causas colectivas son débiles al igual que la notificación a los miembros de la clase y existe reticencia en la flexibilización de las formas procesales para democratizar y ajustar el proceso al caso, por nombrar sólo algunas), y los honorarios profesionales que regularan los tribunales no excederían -probablemente- los de un amparo común⁵.

El ejercicio de la abogacía de interés público requiere de un desarrollo específico de habilidades y herramientas. ¿Cómo puede la facultad aportar al pensamiento crítico del derecho y formar abogados preparados para la defensa de derechos humanos en casos de violaciones estructurales?

Ninguno de los perfiles profesionales que se pueden desarrollar en el programa de pasantías o en las prácticas civiles o penales se encuentra el de "abogada/o de interés público", por lo que se advierte que dicha tarea formativa queda a cargo del área de extensión a través de sus diversos programas (todos los cuales, por propia función, hacen hincapié en el contacto con la comunidad y son de inscripción voluntaria), pero principalmente a cargo de las Clínicas, que abordan en forma habitual problemáticas sociales colectivas y estructurales.

Advertimos entonces que un área fundamental del nuevo derecho constitucional, inscripto en el paradigma de los derechos humanos, con nuevos sujetos, nuevos mecanismos de garantías y un énfasis puesto en su protección preferente, tiene un abordaje lateral en el diseño curricular, que sigue conservando su matriz tradicional. Dicho esto, sin perjuicio del vigor de la política de extensión de esta Casa.

Como creemos relevante implementar mecanismos para potenciar y expandir el trabajo de las clínicas jurídicas, compartimos tres reflexiones y propuestas para ello: **1)** relevancia institucional, **2)** interdisciplinariedad y lazos institucionales y **3)** metodología.

⁵ Hasta tanto no se avance en estas cuestiones, las acciones de clase continuarán siendo -como hasta hoy- algo que podrán realizar -seriamente- sólo uno/as poco/as. No sería inconveniente que así fuera siempre que la explicación de esa baja cantidad se deba a estrictos análisis de representatividad en la defensa de los intereses de un colectivo y no en la existencia de graves barreras al ejercicio de la profesión desde ese lugar, que es, también, una barrera de acceso a la justicia.

III. 1. Relevancia institucional:

En el caso “Ruiz” un programa de extensión de nuestra Facultad patrocina un caso contra la Provincia de Buenos Aires y el Municipio de Florencia Varela, en una causa compleja, de una gravedad ambiental enorme y con importantes intereses económicos y políticos en juego. Para llevar adelante ese (y otros casos) los integrantes de la Clínica -estudiantes avanzados y graduados recientes- debemos reunirnos una vez por semana con su director y trabajar durante la semana en las tareas asignadas. La participación en dicho programa es voluntaria y no vale hasta el momento como una práctica curricular, por lo cual debe encontrar su lugar en la agenda de sus miembros compitiendo con otras obligaciones, como parciales y finales de la última etapa de la carrera o el trabajo. Sin embargo, la experiencia resulta siempre tan apasionante que la dedicación en general es alta y, pese a que el espacio no brinda (en los términos mencionados) ningún rédito formal más que la experiencia, formación y la gratificación, el programa nunca dejó de crecer en número de integrantes.

La responsabilidad que existe detrás del impulso de casos de semejante impacto requiere de una decisión institucional de dotar de recursos materiales y humanos a las Clínicas. Una propuesta a tono con esto requeriría, también, una presencia sustancial en la currícula académica, como una instancia de formación ineludible. Esto permitiría formular propuestas de trabajo con mayor carga horaria por semana y brindaría mayores estímulos para los estudiantes de participar activamente y esforzarse en la investigación y el trabajo. El desarrollo de cátedras de enseñanza crítica y clínica del derecho sería una buena iniciativa para atraer a docentes y graduados a formarse y formar en un modo de entender el derecho y desarrollar habilidades para su ejercicio. La generación de cargos rentados específicos para sus coordinadores (al margen de sus directores), al mismo nivel que los profesores adjuntos de las otras materias también sería una posibilidad en este sentido.

III. 2. Interdisciplinariedad y lazos institucionales:

La causa “Ruiz” hizo necesario el contacto con otros actores por fuera de la Facultad (Cátedra de Salud Pública de la Facultad de Medicina; Facultad de Ciencias Exactas (Taller de Aguas); Facultad de Trabajo Social; Facultad de Arquitectura y Urbanismo; todas de la UNLP. En este sentido, el CIMA⁶ de la Facultad de Ciencias Exactas asumió un rol de control y monitoreo sobre la evaluación realizada en una de las empresas demandadas: Industrial Varela⁷. Asimismo, para definir la estrategia y resolver las vicisitudes técnicas se invitó a especialistas en derecho procesal y derecho público de la Facultad de Derecho y se conversó con organizaciones de la sociedad civil dedicadas a los derechos humanos y en derecho ambiental. La relación y trabajo común con estas organizaciones de la sociedad civil es habitual.

Esa experiencia nos permite concluir en la importancia de que los lazos intra e interinstitucionales se refuercen, sea mediante convenios de cooperación entre facultades como también a través de proyectos de vinculación entre la(s) clínica(s) y las cátedras en general (en principio, derecho procesal, derecho constitucional, derecho administrativo, social y derechos humanos).

Creemos que este vínculo no sólo potenciará el trabajo de las clínicas sino que permitirá enriquecer la propuesta pedagógica de las cátedras involucradas, mediante el contacto con un caso práctico y real que se beneficiará con la mirada de los especialistas y de los estudiantes que están cursando esas materias. El nuevo paradigma constitucional requiere un trabajo en red, horizontal, comunicado, abierto a otros saberes y experiencias vitales, en la comprensión interdisciplinaria.

III.3. Metodología: seguimiento de casos, producción de conocimiento y rendición de cuentas.

Sobre la metodología de trabajo creemos necesario enfatizar en ciertas cuestiones que creemos mejorarían el trabajo de las clínicas. No nos referimos a la metodología de abordaje de los casos (lo que conocemos como método clínico) si no a algo más general que requiere de los aspectos anteriores (relevancia institucional e interdisciplinaria) y a su vez tributa a ellos.

En primer lugar creemos que una planificación anual que incluya objetivos, estrategias y actividades sería valiosa. En segundo lugar, proponemos la diversificación de tareas. Una de las desventajas pedagógicas o debilidades que suelen tener las clínicas especializadas es que cuando se presentan acciones judiciales, si los procesos son largos las discusiones estratégicas del inicio no aprovecharán a los nuevos estudiantes que ingresan al programa que no participaron en ellas y será desafiante la actualización para los nuevos miembros. Sin embargo, creemos que el pensamiento estratégico en torno al caso debe renovarse, ya que constantemente surgen discusiones en relación a si lo que se está haciendo, dentro o fuera del expediente judicial, es lo mejor para la causa. Estas discusiones podrán permitir asimismo el desarrollo de otras habilidades (no eminentemente jurídicas, pero esenciales para el ejercicio de la abogacía

⁶ Centro de Investigaciones del Medio Ambiente. Departamento de Química.

⁷ Integrantes del CIMA realizaron un estudio a partir de su contacto con el caso. El "Estudio de la contaminación por plomo en un barrio del conurbano bonaerense" se presentó en el 7mo Congreso de Medio Ambiente, disponible aquí: www.congresos.unlp.edu.ar/index.php/CCMA/7CCMA/paper/download/1133/309

de interés público) como: diseñar e implementar campañas de concientización, elaborar notas de opinión para los medios de comunicación, elaborar informes, articular acciones con otros actores públicos como la legislatura, etc. Finalmente, creemos que la experiencia clínica debería registrarse, como un modo de ir sistematizando ese saber que se va generando en cada encuentro clínico. Sea mediante un informe anual, una actividad abierta a toda la facultad, un estudio de un caso, una revista (como la que aquí se emprende) o newsletter, un evento en conjunto con otros actores, etc. Mediante estos sistemas el aprendizaje y la labor clínica podría no sólo ser más fácilmente asimilable por quienes se inician en ella, sino que se comunicaría hacia afuera lo que se está haciendo.

Citas bibliográficas:

- (1) Abramovich, Victor, "El rol de la justicia en la articulación de políticas públicas y derechos sociales" en Abramovich, V. / Pautassi, L. (comps.), (2009) La revisión judicial de las políticas sociales, Del Puerto, Buenos Aires.
- (2) Bergallo, Paola, Justicia y experimentalismo, (2005) La función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina, disponible en <http://bit.ly/28VC1Ou>
- (3) Chayes, Abram, The Role of the Judge in Public Law Litigation, Harvard Law Review, Vol. 89, No. 7 (May, 1976),
- (4) Moro, Guillermo, "I am the walrus: abogacía y derechos sociales" (2013) en Los Derechos Sociales en la Gran Buenos Aires. Buenos Aires: Eudeba.
- (5) Sucunza, Matías y Verbic, Francisco Prueba anticipada proactiva en el nuevo Código Procesal Civil brasileño, DPI Diario, disponible en <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/07/Doctrina1404.pdf>.
- (6) Verbic, Francisco "La ejecución de sentencias en los procesos colectivos", disponible en <https://unlp.academia.edu/FranciscoVerbic>.

CLÍNICA JURÍDICA EN DERECHOS HUMANOS, OTRA PEDAGOGÍA. NUESTRA EXPERIENCIA

José María MARTOCCI¹

“El error del intelectual consiste en creer que se pueda *saber* sin comprender y, especialmente, sin sentir y ser apasionado ...”

(Gramsci, Antonio: “Cuadernos de la Cárcel”, tomo IV, p. 346, Era Univ. Autónoma de Puebla, México, 1985/2000)

“... exponte a sentir lo que siente el miserable;”

(Rey Lear, Acto III Escena IV, W. Shakespeare, Obras Completas, T I., p. 667, Losada)

Resumen:

Alzadas contra la pedagogía jurídica clásica, tradicionalmente ligada a la transmisión dogmática, positivista, vertical y acrítica, las clínicas jurídicas ofrecen la posibilidad de un modelo diverso, un espacio de interrogación y comprensión acerca del rol del derecho en su convivencia con vastas realidades sociales, económicas y políticas que de modo continuo vulneran derechos fundamentales; pero también en su posibilidad de impugnación y reversión. Así, abren un espacio pedagógico alternativo para la construcción sensible de una acción jurídica comunitaria y emancipadora; y en nuestro caso, un espacio sustentado en la idea de que enseñar derechos humanos es, también, mostrar y padecer su persistente incumplimiento y negación. Sentir para conocer.

Palabras clave:

derecho de interés público - Clínicas Jurídicas- Enseñanza del Derecho

Abstract

Struggling with traditional methodologies of teaching, Law Clinics offer a new model based on creating a space for reflection about the role of Law in the context of violations of fundamental rights. Hence, Law Clinics at large pave the way for an alternative learning space which promotes emancipatory collective action. Specifically, the University of La Plata Law Clinic, is grounded in the idea that teaching human rights means showing its persistent violations and denial. Feeling is getting involved.

Keywords:

Public interest law- Law Clinics- Teaching of Law

¹ Abogado, UNLP, Director Clínica Jurídica en Derechos Humanos y Discapacidad (FCJS-UNLP).

I. INTRODUCCIÓN

1. Crítica de la pedagogía jurídica tradicional

En nuestra perspectiva, la pedagogía clínica desafía la modalidad tradicional de enseñanza jurídica, fuertemente ligada a la dogmática, a la reproducción de respuestas preconcebidas, al fundamento de autoridad de autores y repertorios de jurisprudencia, a un modo de concebir el derecho como ajeno a las disputas sociales, políticas e ideológicas. Y también, a un modo de organización y de distribución del poder en el aula, con fuerte predicamento del docente, de quien se suponen y reclaman saberes completos y respuesta acabada a todo interrogante, ante una realidad que, por contraste, muta y se desborda (Alvarez Nakagawa, 2013, pp. 79 y ss.).

Sostenemos, asimismo, que la enseñanza jurídica tradicional, con fuerte arraigo en la tradición románica continental y en todo el proceso de codificación del derecho privado a partir del siglo XIX (donde se suponía que estaban dadas todas las respuestas, pues las que allí se consagraban eran concebidas como las mejores posibles para un sujeto hegemónico) ha construido un tipo de docente y de estudiante frecuentemente tributarios de esa dogmática que, creemos, reproduce -acaso sin saberlo- modos dominantes de interpretación del derecho ligados al orden social establecido (Moro, 2010, pp. 11-26).

De la mano de esta reproducción memorística y acrítica de saberes consagrados y cómodos, se expulsaba -se expulsa- la vivencia concreta del derecho y la experiencia sensible de su vulneración. En términos de Gramsci, se separaba el "saber" del "sentir" y del "comprender".

2. El derecho: rol paradójal. Pedagogía clínica

Obviamente que hay resistencia a este modo de concebir el derecho y su enseñanza, pues al tiempo que afianza el orden social injusto el derecho también ofrece herramientas para su impugnación y reversión.

Este es su rol paradójal, en términos de Carlos Cárcova (2007; 2009).

El derecho, así entendido, es un campo en disputa, habitado por fuerzas en pugna. Sin embargo, se lo ha enseñado como especie pura, incontaminada.

Dentro de estas fuerzas de resistencia al saber jurídico hegemónico, se inscribe la experiencia de Clínicas Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

¿Por qué? Creemos que son varias las razones que podemos esgrimir, y seguramente haya otras que aún no conocemos.

Nacieron como programas de extensión, es decir, en los márgenes de la institución y con la mirada puesta en el afuera -en el otro-, en profunda y creciente comunicación con la sociedad civil, en especial con grupos vulnerables, gravemente postergados. Y en la creencia sincera de que allí -en la población "sobrante" del contrato constitucional- hay mucho por conocer y por aprender.

El trato con estos sectores no sólo mostró la complejidad de vastas realidades sociales en relación con el derecho y su persistente estado de inconstitucionalidad -esto es, realidades que chocan con los más elementales principios constitucionales de dignidad humana- sino que además desestabiliza la concepción del derecho tradicional y nos educa en la pregunta acerca de su rol en la posibilidad de construir una comunidad justa y de buen vivir, revisando en la propia práctica, y de manera inagotable, todas las posibles preguntas y respuestas acerca de lo que el derecho desatendió (Mouffe, 2014, pp. 21-35).

Digamos entonces que la información que traemos del encuentro con el "otro", propio de la tarea de "extensión" universitaria, interpela los saberes jurídicos habituales y nuestras prácticas. Traemos una mirada construida en la intemperie, de colectivos para quienes el derecho es una lengua extraña, desmentida por sus propias vidas.

Las dos Clínicas que nos toca dirigir versan sobre "derechos humanos" y sobre "discapacidad", de manera que la propia materia abordada convoca una mirada alternativa, a caballo de una verdadera época de cambio en las concepciones acerca del derecho y su sentido, que bajo el paradigma constitucional de los derechos humanos no debe ser otro que la defensa de (todas) las personas y de su vida digna.

Es por esto que los casos colectivos o individuales desarrollados traen en sí la problematización acerca de un orden jurídico ya superado, pero cuyas prácticas sociales e institucionales siguen al presente. Esto nos lleva necesariamente a desarmar ese orden perimido pero vigente en los hechos (sus fundamentos, sus causas, sus valores, las fuerzas que pugnan en su campo, sus operadores), y a explorar el nuevo derecho en su dimensión convencional y constitucional, pero también social, política y dialógica.

Es por esto que la matriz de nuestra experiencia se basa en la interrogación, en la deliberación respetuosa y en paridad y en no dar por definitiva ni clausurada ninguna pregunta, sometiendo el derecho a una mirada externa que compromete otros saberes, abriéndonos al "sentir", instancia superadora del mero "saber".

Frente a la complejidad que suelen mostrar estas realidades, aceptamos que nos exceden –que no hay un saber preestablecido y completo para abordarlas- y que con ellas se inicia un camino clínico de búsqueda, de empática exploración, para construir las herramientas que puedan sostener una intervención jurídica eficaz e idónea en diálogo y paridad con las propias víctimas.

Como observa Tatián al abordar la idea de “reconocimiento” en Spinoza el trato con quien se encuentra en una situación desfavorecida, debe comenzar por el reconocimiento de su “capacidad para pensar y para actuar”, y con la consiguiente “apertura a una composición con ella” (Tatian, 2012, pp. 66-67).

Así, el espacio pedagógico deviene en lugar de creación, y las víctimas en sujeto de derecho, sujeto social y político, dueño de su posibilidad efectiva de reclamarlo. Un *nacimiento* en términos de Hannah Arendt (Marramao, 2013, pp. 19-32).

II.-DESARROLLO

1. Es sabido que la construcción del *corpus iuris* de derechos humanos por parte de la comunidad internacional al cabo de la segunda guerra mundial y del exterminio de más de sesenta millones de personas, constituye un proceso en expansión que ha producido transformaciones fundamentales en nuestra cultura jurídica.

Los derechos humanos, nos dice Ferrajoli, quedan incorporados en forma escrita al contrato social constitucional, son valores humanos antes “*innatos*” o “*naturales*”, ahora “*derechos positivos de rango constitucional*” (1999, pp. 15-35). Tanto es así que incluso el poder legislativo y sus coyunturales mayorías deben sujetarse a la prueba de validez sustancial de lo que legisla (y de lo que no legisla y debería). Así pues, no alcanza con que se sujete a las “*formas de producción del derecho*”, sino que la sustancia de lo que legisle debe superar el test de convencionalidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, sentencia año 2006, considerando 124: “... *El Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*”).

2. Como es evidente, la idea de los Estados nacionales y de su soberanía –esto es, el poder de cada país para dictar su propio derecho- se ha visto conmovida a la luz de la dinámica de los derechos humanos, cuya fuente es internacional pero irradia efectos internos constantes desde el momento en que se adopta un tratado o convención y, con ello, la interpretación y los estándares que de los derechos allí consagrados producen los propios órganos de seguimiento y control internacionales. De modo que el sentido y alcance de tales derechos es

establecido por estos, y no por los propios tribunales nacionales.

En segundo lugar, las normas internas de los Estados nacionales reciben el impacto de los principios que estructuran los derechos humanos a través del control de convencionalidad, vale decir, la correspondencia de aquellas normas con el contenido y alcance de estos. Lo propio sucede con los actos y políticas públicas -y sus omisiones- que quedan sometidas al mismo escrutinio sustancial.

En tercer lugar, los principios que estructuran el desarrollo de los derechos humanos, y que son propios de todos los tratados y convenciones desde la Declaración Universal del año 1948, constituyen no solo pautas de convivencia y de comunidad sino también reglas de interpretación de los derechos y de los conflictos judiciales, de manera que, como ya se dijo, la validez de una norma o de cualquier acto público dependerá de su correspondencia sustancial con dichos principios (Ferrajoli, 1999, pp. 15-35). Por tanto, debido a este “*plus de sujeción*” (Ibáñez, 1999, pp. 11-12), no será constitucionalmente aceptable una norma, política pública, interpretación judicial o conducta de particulares que confronte el principio de dignidad, de igualdad sustancial y no discriminación, de protección preferente de la persona humana y la obligación de los Estados nacionales de asegurarla.

De lo dicho se concluye que cualquier acercamiento al estudio del derecho debe transitar la cultura de los derechos humanos, un cuerpo de bienes y de principios con rango normativo universal que sacude -atraviesa y conmueve- el orden jurídico interno de cada país desde que adopta un tratado o convención internacional.

Así decimos que en el caso de la República Argentina, pero también en todos los países americanos que adoptaron la Convención Americana, no es posible entender el desarrollo de nuestra doctrina judicial constitucional de los últimos treinta años sin atender a esa transformación sustancial de sus normas fundamentales por imperio del nuevo paradigma.

3. Esta nueva cultura jurídica impregna todo el orden normativo, de manera que hasta las materias codificadas, tributarias de un derecho clásicamente liberal con fuerte arraigo en el individuo y en el sujeto hegemónico (hombre blanco, adulto, urbano, culto, propietario, heterosexual, etc.) han sentido su impronta definitiva.

No es posible la comprensión de nuestros derechos fundamentales sin atravesar, sentir y hacer propia, la perspectiva de los derechos humanos y su historia de lucha por la dignidad humana, por la justicia y por la igualdad política, social y

económica. Sin ello tampoco es posible entender el estatus constitucional de ciudadanía integral.

Debemos comprender además que con la incorporación del paradigma de derechos humanos en nuestro régimen constitucional, hemos pasado de un modelo constitucional liberal a uno social, con nuevas obligaciones a cargo del Estado dirigidas a sustentar, mediante políticas generales, una ciudadanía también social y económica (Carbonell, 2013, pp. 21-97).

Esto se advierte de manera muy clara en la incorporación preeminente de derechos económicos, sociales y culturales, en la consagración del principio de igualdad sustancial (superador de la mera igualdad ante la ley de las declaraciones clásicas y de la más reciente regla de no discriminación), y en la incorporación de derechos colectivos, de nuevas garantías judiciales y de nuevos sujetos de tutela.

En efecto, junto con la consagración de vías rápidas de tutela judicial (como el hábeas corpus, el hábeas data y la acción de amparo) el art. 43 de la Constitución Nacional argentina incorpora las acciones colectivas en garantía de los derechos fundamentales a favor de las víctimas (los "afectados") y de las asociaciones civiles, estimulando la participación ciudadana en la construcción del derecho de interés público.

Como sostiene Roberto Saba (2016, p. 151): la Constitución argentina expresa su compromiso con los dos principios esenciales: libertad e igualdad. El primero protege la "autonomía" del individuo, el segundo instituye la obligación del Estado de evitar tratos desiguales "... así como la perpetuación de situación de exclusión o de sometimiento de grupos."

4. Pero asimismo ingresan nuevos sujetos de derecho, que el constitucionalismo clásico, con fuerte raigambre liberal y acento en el individuo y en el sujeto hegemónico, había desconsiderado. Hablamos de los pueblos originarios, de las mujeres, de los ancianxs, niñxs y personas con discapacidad, pero también, claro está, de las minorías nacionales, raciales, sexuales, y también del ambiente y las futuras generaciones, superando el arquetipo biocéntrico excluyente (falogocentrismo en términos de Derridá).

De modo que, al tiempo que modifica la idea de ciudadanía integrando lo político, lo social, económico y cultural, consagra garantías judiciales para su protección, inscribe a la persona humana como sujeto de tutela eminente -razón de ser del derecho- e incorpora nuevas voces para la construcción de un derecho común que sirva a una convivencia igualitaria y respetuosa de la dignidad humana.

De este modo los derechos humanos no son, acaso, nuevos derechos sino un imperativo de justicia, una cierta mirada que enfatiza la protección y dignidad de todas las personas sin distinción, con la responsabilidad concreta para los Estados de diseñar políticas públicas dirigidas a ese fin colectivo e integral.

Son, en su deseo profundo, un horizonte civilizatorio, un programa emancipador y un campo de diálogo, que no obrará de modo espontáneo sino a través de una renovada acción humana (Marramao, 2013, pp. 19-32).

III. LOS DERECHOS HUMANOS COMO ACCIÓN POLÍTICA

Los derechos humanos no han caído del cielo. Son una invención humana (Nino, 2005, p.1), el resultado de luchas políticas que cristalizan en declaraciones dirigidas al Estado, tanto para que no avance en la esfera individual protegida (mérito del constitucionalismo clásico) como para que actúe en asegurar los derechos de bienestar y dignidad humana (mérito del constitucionalismo social).

Los derechos humanos agrupan ambos planos en una síntesis que se inscribe en el concepto de dignidad. La vida digna requiere de todos esos bienes.

Sin embargo, vemos a diario el incumplimiento persistente de derechos esenciales para estos fines de dignidad que se declaman. En especial en vastos contingentes excluidos de los bienes sociales, económicos y culturales fundamentales que la Constitución les asegura, si la tomamos en serio.

Se trata de una realidad que se impone por su extensión y contundencia, pero que la ciencia y la pedagogía jurídica no han registrado de manera predominante como objeto de estudio y de crítica, pese a que interpela el contrato constitucional que se predica.

Según Ferrajoli, aquí tenemos otro impacto de lo que él llama “*democracia constitucional*” pues la ciencia jurídica ya no sólo será descriptiva, sino que deberá ser crítica y proyectual, denunciando las antinomias y lagunas de la legislación vigente respecto a los imperativos constitucionales y a las técnicas de garantías necesarias para superarlas (1999, p. 438). Y dicho esto destaca el impacto que la “*constitucionalización rígida de los derechos fundamentales*” produce en la concepción misma de la democracia, pasando de una dimensión “formal o procedimental” a una “sustancial”.

Así, una democracia “constitucional” auténtica asegura los bienes fundamentales para una vida digna y las garantías para alcanzarlos, y es la política la que se convierte en instrumento de actuación del derecho, la que hace emerger al sujeto que interpela y reclama por los bienes fundamentales que se le deniegan.

Volviendo al rol paradójico, el derecho no sojuzga, no somete, sino que abre una instancia de impugnación de la vida degradada y de emancipación posible, si el sujeto decide encarnarlo (Tatian, 2012, pp 63-70). Vemos pues que los derechos humanos abren un campo fértil de subjetivación constitucional en sujetos destituidos, excluidos del contrato. Ofrece una política de derechos.

Nuestra experiencia de Clínica Jurídica se inscribe en esta concepción: personas con plomo en su sangre en una región alterada para siempre por el descontrol ambiental; niños y niñas sin escuela; una política pública para la alimentación adecuada que es ley olvidada en medio de crecientes niveles de pobreza y exclusión; una población viviendo en condiciones infrahumanas; vecinos que no son escuchados ni informados en relación a proyectos que alterarán su vida para siempre y la de sus hijos y nietos; escuelas sin acceso para niños y niñas con discapacidad y una educación especial degradante del derecho a la educación inclusiva; un sistema de pérdida de la capacidad civil y sustitución de voluntad para personas con discapacidad; entre tantos casos que podríamos traer aquí.

IV. PROPUESTA PARA RENOVAR LA ENSEÑANZA DEL DERECHO.

Crítica de la pedagogía jurídica clásica

1. Las teorías críticas postulan que la enseñanza del derecho tradicional se funda en tres presupuestos (entre muchos, Benente, 2013, pp. 33-78 y Alvarez Nakawata, 2013 pp. 79-123):

1- Un marco jusfilosófico ligado al positivismo y formalismo jurídico, que propone, en sus diversas variantes, una mirada del derecho centrada en lo normativo y en la creencia en que constituye un sistema autónomo de normas legales, sistema neutral frente a la moral y la política, aislado del contexto social e histórico en el que se despliega.

2- La función que les depara a los operadores del sistema jurídico bajo esta pretensión de neutralidad es la de ser acopiadores y repetidores de lo dado y recibido, bajo la forma de interpretaciones ya consagradas por distintas instancias de autoridad (jurisdicción, doctrina, dogmática jurídica, etc.) y de sentido común. En este modelo los jueces son, tan sólo, las "bocas de la ley". No hay pues, en esta tradición, mediación ideológica sino "pureza" en el sistema y su aplicación. Más aún: lo moral, lo político y lo ideológico son defectos, vicios o recaídas de un sistema que se pretende aséptico.

3- Este modelo distribuye el poder en el aula de una manera vertical, con un docente que enuncia (de quien se presumen saberes completos y culminantes) y un auditorio receptor y memorizador. Las normas las conocemos a través de autores y tratados consagrados que fijan en su interpretación el sentido, que naturalizamos.

En los conocidos términos de Paulo Freire se trata de una "pedagogía bancaria", antidialógica, basada en la acumulación de saberes dados; en oposición a una educación problematizadora, que explora el sentido y los poderes que pugnan en cada norma, las condiciones de dominación y la propia subjetividad.

La pedagogía tradicional se desentiende de toda mirada crítica e interrogadora acerca del rol que el derecho cumple en las formas de dominación, de exclusión y sustitución de subjetividades, naturalizando el orden hegemónico y sus representaciones del mundo.

De este modo, el derecho contribuye a consolidar ese orden, que no domina por la fuerza sino por un estado de cosas cultural que despliega un "sentido común". Este sentido común, como propone Gramsci, hace que ignoremos que somos víctimas de nuestra propia estructuración cultural.

Mediante esta pedagogía dogmática, vertical y acrítica construimos abogadxs inseguros, dóciles, sumisos ante el dogma y las posiciones de poder, proclives a la autoridad, a sus ideas y cosmovisión, y presentamos un derecho distante de la experiencia humana, del dolor y del deseo de justicia y reparación.

2. Hay, por supuesto, otras pedagogías posibles, y los derechos humanos son un campo fértil pues convocan principios (de dignidad, no discriminación, ciudadanía, vida digna, justicia, libertad, paz, diálogo

y comunidad) que pueden dar lugar a la construcción colectiva de un programa de emancipación, que enraíza, en términos de Hannah Arendt, con la facultad de la acción.

En tanto proceso en construcción, en tanto contingente y sujeto a un mundo adverso, el espacio pedagógico alternativo da lugar a diversas formas a impulso de lo imponderable. Pero sus premisas deben dar cuenta de un nuevo paradigma de aula que promueva la igualdad entre docentes y estudiantes, el conocimiento crítico, dialógico y siempre abierto, que tome contacto con la vida y el mundo social, que ponga a los derechos en contexto, que los historicice, los vincule a la moral, a lo social y a la política, a la deliberación comunitaria, que descrea de la neutralidad (o que vea que es una forma más de la ideología), que premie el pensamiento autónomo, disidente, que acepte la incertidumbre y la perplejidad como valor "para viajar sin mapas fiables" (De Sousa Santos, 2010).

Que muestre el valor de la intervención humana y de la lucha por el derecho.

Estas pedagogías deberán mostrar que el futuro es algo inacabado y siempre posible (Bruner, 2006, pp. 29-31); deberán destejer la trama jurídica y desaprender el privilegio.

V.- CONCLUSION.

La experiencia clínica

1. Lo dicho es un punto de partida desde donde explorar otro sentido del aula y de la dinámica pedagógica.

La modalidad de clínica jurídica se ajusta a las pautas de interrogación, indagación crítica y diálogo deliberativo que proponemos como respuesta a la enseñanza jurídica tradicional.

Si bien hay distintos modelos de clínica jurídica (Maurino, 2013, pp. 311-329), nuestra experiencia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata ofrece los siguientes rasgos:

1 participan estudiantes a partir de las 15 materias, es decir, mediando la carrera; y también graduados recientes, con no más de dos años de recibidos;

2 en ambos casos la participación es voluntaria;

3 las clínicas se desarrollan en un aula donde se disponen todos los participantes en ronda y paridad, las personas o grupos que consultan

ingresan en dicha ronda para presentar el caso;

4 los casos pueden ser individuales o colectivos, pero en uno u otro supuesto deben revestir interés público, vale decir, su planteo y solución deben significar una mirada renovada y de mayor protección del derecho en juego y en su impacto estructural;

5 la relevancia del caso, en el sentido dicho, está sujeta al debate general en el aula, de manera que, de forma argumentada, se acepta o no; podemos decir que el debate en torno a la admisión (con los valores en juego que esto implica) es ya una instancia clínica;

6 el caso es presentado por las propias víctimas, foros o asociaciones que las agrupan o representan, y en la escucha atenta empiezan a desplegarse los interrogantes y la indagación en detalles que permitan establecer los lindes y la sustancia del problema;

7 esto da comienzo a la investigación del caso hasta agotar sus matices; podemos decir con seguridad que la complejidad del problema siempre supera los saberes y estrategias conocidos, de modo que nos obliga a problematizarlos, a extenderlos o bien a buscar otros, de manera creativa;

8 el ingreso en el tema también incluye -de modo relevante- visitar el espacio en donde sucede, entrevistar a los actores, conocer su comunidad y forma de vida; conocerse permite construir confianza y explicar la índole de nuestra intervención, un quehacer inestable donde todos nos vemos frente a la potencialidad del derecho pero también a sus límites y sus condiciones de posibilidad; esta reflexión nunca concluye, es parte del propio proceso de cohabitación con las violaciones estructurales a los derechos humanos y su posible cese y reparación;

9 este camino expresa un proceso de autoconocimiento y cambio de percepciones, emociones y miradas; una construcción de afecto, es decir, un espacio donde nos permitimos ser afectados por los otros;

10 una vez establecido el marco material del caso (que puede dar lugar a pedidos de información a la autoridad pública) se abre el debate empezando por determinar los derechos en juego, lo cual llevará a establecer una primera idea de los mismos, su consagración legislativa, constitucional y convencional; esto incluye un primer abordaje de las normas en juego, su jerarquía y su desarrollo jurisprudencial y convencional, supeditado, por supuesto, a su exploración y profundización posterior, que importa una línea de estudio y un plan de actividad para las semanas siguientes, dependiendo de la urgencia y el tiempo disponible;

11 el eje esencial de nuestra dinámica es la deliberación cooperativa basada en razones -procedimiento colectivo de análisis y toma de decisiones- y una premisa consagrada es que toda opinión es valedera, aun la que se considere

pasajera o trivial, toda intervención enriquece la mirada sobre el problema, todas las voces son igualmente relevantes y todo interrogante plausible;

12 en la propia dinámica de argumentación tanto inicial como posterior más elaborada, aparece la tensión con otros derechos y con la conducta de la autoridad pública o privada sobre quien pese el cumplimiento o la omisión; pero también con las interpretaciones dadas sobre supuestos análogos o con opiniones de doctrina o tribunales, todo lo cual se inscribe en un proceso dialéctico de constante elaboración crítica;

13 la instancia de argumentación es permanente, estimulada por el/la docente y por la propia dinámica del conflicto que se despliega entre los hechos, las normas y su sentido; se trata de un diálogo significativo situado en el conflicto;

14 bajo el paradigma constitucional de los derechos humanos, buscamos como objetivo preeminente la solución e interpretación del cuadro del conflicto que mejor se compadezca con sus principios y con la defensa de las víctimas y de su dignidad;

15 la línea de intervención que se adopte será presentada a las víctimas de manera que con una explicación sencilla (lo cual no excluye solvencia y profundidad, sino abandonar el lenguaje encriptado y ajeno) participen de su definición y estén al tanto de sus dificultades y posibilidades; las respuestas y vías de acción se explican y deliberan en comunidad, de allí surgen, pero luego deben ser acompañadas por los propios actores; la intensidad y extensión de nuestra intervención depende de ellos;

16 el proceso descrito tiene distintas duraciones, dependiendo de su complejidad, extensión y estructuras involucradas; sin embargo, en todos los casos el final nos encontrará revisando lo hecho y con una comprensión distinta como personas y como operadores del derecho, pues el camino recorrido es un camino donde el saber, mediado por emociones, se transforma en comprensión significativa. El derecho, que reclamaba neutralidad y autonomía, se habrá abierto al mundo. Y nosotrxs con él.

2. A grandes rasgos, esta es la dinámica habitual de nuestro trabajo con los derechos humanos, forjada en la propia acción, en los desafíos que se fueron dando, en el compromiso que nace de compartir la experiencia del dolor; en dejarse permear; transformarse con ella.

Una intervención que nos obliga a despojarnos de dogmas y prejuicios, del saber consagrado (siempre insuficiente ante la complejidad múltiple), que nos abre a una vivencia empática de las vidas postergadas, excedentes de un sistema que sordamente segrega.

Los casos que llegan a nuestro espacio, múltiples en su variedad, complejidad y riqueza, permiten apreciar el derecho vivo, las argumentaciones en torno a su procedencia o su negación, el peso de las razones, su confluencia con el contexto político, institucional, económico y social, con las ideologías vigentes y con las fuerzas en pugna.

El derecho puesto en el mundo es sometido a su condición de posibilidad, a su postergación o efectividad, a su necesidad de encarnar en sujetos que lo hagan propio, que lo politicen, en términos de Arendt, que lo hagan *“acción”*. Pero también es sometido a su contingencia y a la evidencia de ser emergente de una cultura hegemónica específica que también demuestra que las *“cosas siempre podrían ser diferentes, y (que) todo orden se afirma sobre la exclusión de otras posibilidades”* pues *“(C)ualquier orden es siempre la expresión de una determinada configuración de relaciones de poder.”* (Mouffe, 2014, p. 22).

Adentrarnos en su trama significa, también, involucrarnos en la vitalidad que los derechos humanos expresan, generando empatía, respuesta sensible y aprendizaje significativo.

Pero a su vez, presenciar su negación, su violación sistemática y la invisibilidad de los sujetos vulnerados, abrirá a la pregunta acerca de por qué hay derechos efectivos y otros que no lo son, o por qué naturalizamos condiciones de vida – subvidas- ajenas al pacto constitucional –prepolíticas-, o por qué hay derechos con poder y derechos sin poder.

Interrogará sobre las alternativas para resistir este estado de cosas y sobre cómo el discurso de los derechos puede acompañar la emergencia de sujetos que reclamen por una vida digna.

Aquí, pues, el derecho como práctica social, política, cultural, que excede su momento normativo.

El tratamiento de los derechos humanos estará impregnado de estas experiencias, sean que emerjan de litigios judiciales, de sentencias paradigmáticas, de expresiones culturales o artísticas o del mundo público, que bajo la consigna de la interrogación lleve a la deconstrucción argumental de los valores en juego y a su diálogo con los principios y derechos fundamentales.

Aquí, también, el derecho como práctica argumental y discursiva.

El espacio clínico, a su vez, recibe al arte en tanto abre la pregunta sobre lo humano y su negación, sobre lo *"canónico y lo posible"* en su *"perenne tensión dialéctica"* (Bruner, 2006, p. 30), y porque toda expresión social y cultural servirá para indagar en los tópicos que la pedagogía jurídica tradicional ha preferido omitir.

En suma, servirá para interrogar los saberes recibidos, para desestabilizarlos y desaprenderlos, para prepararnos en la autonomía y en la convicción de un pensamiento propio, y en el compromiso de ajustar nuestras prácticas profesionales, vitales y comunitarias al paradigma constitucional de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- Alvarez Nakagawa, Alexis (2013), "Acerca de la educación jurídica argentina" en "Universidad y conflictividad social. Aportes desde la enseñanza del derecho", Leonardo Pitlevnik Compilador, p. 79 y ss., Buenos Aires, Argentina, Ed. Didot;
- Benente, Mauro (2013), "Entre los saberes y el poder", pp. 33/78 en Pitlevnik, Leonardo, "Universidad y conflictividad social. Aportes desde la enseñanza del derecho", p. 79 y ss., Buenos Aires, Argentina, Ed. Didot;
- Bruner, Jerome (2006), "La Fábrica de Historias. Derecho Literatura, Vida", Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina;
- Carbonell, Miguel (2013), "Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales", Ed. AdHoc, Buenos Aires, Argentina;
- Cárcova, Carlos María (2007), "Las teorías jurídicas post-positivistas", Abeledo Perrot, Buenos Aires; (2009), "Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho" en "Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica", Christian Courtis Compilador. pp 19/37. Buenos Aires, Argentina, EUDEBA;
- Campione, Daniel (2007), "Para leer a Gramsci", Ed. Del Centro Cultural de la Cooperación, Buenos Aires, Argentina;
- De Souza Santos, B. (2010), "Más allá del pensamiento abismal", Ed. Prometeo.
- Ferrajoli, Luigi (1999), "Derechos y Garantías: la ley del más débil", Ed. Trotta;
- Freire Paulo (2009), "Pedagogía del Oprimido", Siglo XXI, Bs.As;
- Marramao, Giácomo (2013), "Contra el poder. Filosofía y Escritura", FCE;
- Maurino, Gustavo (2013), "La enseñanza del derecho en las Clínicas Jurídicas de Interés Público: cuatro preguntas para una caracterización". En "Los Derechos Sociales en la Gran Buenos Aires", pp. 311-329, Buenos Aires, Argentina, Eudeba;
- Mouffe Chantal (2014), "Agonística. Pensar el mundo políticamente", Buenos Aires, Argentina, FCE;
- Nino, Carlos Santiago (2005), "Ética y Derechos Humanos", Ed. Astrea, 2da. Ed., Buenos Aires, Argentina;
- Saba, Roberto (2016), "Más allá de la igualdad formal ante la ley", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, Argentina;
- Shakespeare, W.: Rey Lear, Acto III Escena IV, Obras Completas, T I, Buenos Aires, Argentina;
- Tatian, Diego (2012), "Spinoza, el don de la filosofía", Ed. Colihue, Buenos Aires, Argentina.

Artículos

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

*André RUFINO DO VALE*¹

Resumen:

El presente artículo defiende que el debate teórico sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional también debe ser enfocado en la perspectiva empírica de la práctica de decisión de los Tribunales Constitucionales. Después de (1) explicar cómo la reciente difusión de la judicial review en el mundo exigió nuevas reflexiones teóricas sobre las relaciones entre jurisdicción constitucional y democracia, el artículo defiende (2) un abordaje centrado en las prácticas argumentativas de los Tribunales Constitucionales para, al final, presentar (3) el contexto institucional ibero y latinoamericano como un “laboratorio constitucional” adecuado para realizar ese tipo de investigación.

Palabras-clave:

Justicia constitucional; legitimidad democrática; argumentación jurídica; análisis empírico.

Abstract:

The article argues that the theoretical debate on the democratic legitimacy of judicial review must also be focused on the empirical perspective of the decision-making practice of the Constitutional Courts. After (1) explaining how the recent diffusion of judicial review in the world demanded new theoretical reflections on the relations between constitutional jurisdiction and democracy, the article defends (2) an approach centered on the argumentative practices of the Constitutional Courts. In conclusion, the text presents (3) the Iberian and Latin American institutional context as a suitable “constitutional laboratory” for this type of research.

Keywords:

judicial review, democratic legitimacy; legal reasoning; empirical research.

¹ Professor dos cursos de graduação e pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Brasília-DF, Brasil. Doutor em Direito pela Universidad de Alicante e pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília e Mestre em Argumentação Jurídica pela Universidad de Alicante. Procurador Federal. Endereço de e-mail: andrerufinovale@gmail.com

1. Introdução

A jurisdição constitucional sempre foi alvo de contestações quanto à sua (i) legitimidade democrática. Desde as primeiras ideias relacionadas ao poder de revisão judicial dos atos políticos emanados dos parlamentos democraticamente eleitos, muito se discutiu (e ainda muito se discute) sobre a (in)compatibilidade desse poder com a democracia, o que pode ser traduzido como uma tensão imanente entre controle judicial das leis vs. soberania parlamentar (se o foco da discussão é institucional) ou entre direitos fundamentais (ou humanos) vs. soberania popular (se o debate se concentra nos valores protegidos), de modo que a questão central remete, ao fim e ao cabo, às relações entre constitucionalismo vs. democracia.

Em um esforço de síntese, pode-se dizer que as diversas teses teóricas e filosóficas construídas em torno do problema oscilam (como um pêndulo de Foucault) entre as diferentes concepções sobre esses dois ideais políticos e as variadas combinações possíveis entre elas. A democracia concebida como sistema de decisão essencialmente fundado na vontade da maioria (regra da maioria) transforma a questão em “dificuldade contramajoritária” (*countermajoritarian difficulty*) (BICKEL, 1962; FRIEDMAN, 1998) e serve de premissa para a caracterização da jurisdição constitucional como um poder contramajoritário que se justifica apenas se visa proteger direitos (das minorias) e valores constitucionais fundamentais (se se adota alguma concepção de constitucionalismo substancial) ou, de forma mais contida, somente se fica limitado a funcionar como um mecanismo de desobstrução dos canais de participação política e de proteção da regularidade dos processos democráticos (se a premissa se funda numa concepção procedimental do constitucionalismo) (ELY, 1980; DAHL, 1957). A democracia entendida como princípio de autogoverno do povo (self-government), que ressalta a importância fundamental da participação e controle cidadãos no sistema de tomada decisões políticas, serve de base para determinadas críticas que, também partindo de concepções procedimentais (e/ou mesmo deliberativas) sobre o constitucionalismo, alertam sobre (e assim atacam o) caráter paternalista de uma fiscalização judicial dessas decisões políticas (HAND, 1958; MAUS, 2010). A defesa da jurisdição constitucional e de sua importância para a democracia fica por conta das teses que intentam conciliar as concepções materiais ou substantivas sobre a democracia com as visões igualmente substanciais de constitucionalismo (DWORKIN, 1996; PERRY, 1994; ALEXY, 2005). As mais recentes teorias que propugnam por uma democracia deliberativa reivindicam modelos institucionais de jurisdição constitucional que favoreçam o debate público e o diálogo institucional entre poderes, com diferentes matizes conforme se adote uma concepção procedimental (HABERMAS, 2000), substancial (MARTÍ, 2006) ou deliberativa (NINO, 2003; ZURN, 2007) de constitucionalismo. E existem, ainda, as teses que, de modo mais incisivo, defendem a absoluta primazia dos valores fundamentais (soberania, autonomia, participação popular etc.), das instituições (assembleias legislativas) e dos mecanismos de tomada de decisão (regra da maioria) próprios da democracia (em sentido formal, participativo e/ou deliberativo) e rechaçam por completo a necessidade

de se canonizar direitos em um documento normativo e de se estabelecer institucionalmente o controle judicial da constitucionalidade das leis, corolários do constitucionalismo (WALDRON, 1993, 1999, 2006; TUSHNET, 1999).

O debate teórico em torno dessas questões sempre foi infindável, o que explica que sua importância seja diretamente proporcional à imensa quantidade (hoje praticamente imensurável) de estudos nessa temática (COMELLA, 1997; BAYÓN, 2003; PRIETO SANCHÍS, 2003; MORESO, 2009; LINARES, 2008; RODRÍGUEZ ALCALÁ, 2011), os quais já oferecem abordagens bastante adequadas e contribuições relevantes para os problemas enfrentados, de modo que, a menos que se quisesse focar especificamente o tema e entrar no debate (o que não é a pretensão deste estudo), torna-se desnecessário revolver, explicar e discutir todas essas questões.

A constatação que aqui se torna mais importante está relacionada a alguns possíveis “déficits” que comumente podem ser identificados nesse debate, os quais, fossem levados em conta e abordados de forma adequada, poderiam causar uma mudança na própria perspectiva de análise dos problemas enfrentados.

O primeiro diz respeito à ausência de premissas empíricas num debate que, dessa forma, tem se realizado essencialmente (e, portanto, restritamente) no plano teórico e filosófico. Apesar de alguns trabalhos mais recentes efetivamente contribuírem na perspectiva empírica de abordagem (GINSBURG, 2003; HIRSCHL, 2004), pode-se dizer que ainda são escassas as discussões teóricas que se desenvolvem levando em conta uma premissa fática que hoje é praticamente incontestável: a recente difusão e consolidação de sistemas de jurisdição constitucional na quase totalidade das novas (e também das antigas) democracias do mundo contemporâneo.

Parece sensato considerar que as discussões em torno das relações entre jurisdição constitucional e democracia não podem mais menosprezar o fato de que a institucionalização (com diferentes características) de mecanismos de judicial review tornou-se praticamente uma regra no desenho constitucional dos países democráticos e que, dessa forma, os contornos do problema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional e as possíveis soluções teóricas para ele encontradas estão cada vez mais a depender do contexto institucional em que são produzidas.

O segundo possível “déficit de abordagem” relaciona-se com o primeiro, na medida em que a ausência de premissas fácticas em debates estritamente teóricos tem levado as diversas teses a focar em demasia no problema da legitimação do poder político (da jurisdição constitucional) e a pouco considerar a prática desse mesmo poder em diferentes contextos institucionais. Numa realidade política em que a presença constante e marcante de sistemas de controle judicial das leis tornou-se praticamente uma característica dos regimes democráticos – e na qual, portanto, as relações entre jurisdição constitucional e democracia têm sido cada vez mais vistas como não necessariamente de tensão, mas de conciliação –, mais importante do que continuar questionando o próprio poder da jurisdição constitucional (em face da democracia) parece ser problematizar como e em que medida esse poder tem sido exercido (democraticamente ou não) pelas Cortes Constitucionais. Dada a inegável realidade institucional das democracias contemporâneas, o problema (estritamente teórico e filosófico) da legitimação do poder em si não deixa de ter sua importância, mas passa a conviver com questões igualmente relevantes, relacionadas ao como e em que medida esse poder de fato tem sido exercido (numa perspectiva empírica) e como e em que medida ele deveria ser exercido em termos democráticos (numa perspectiva normativa).

O presente artigo pretende demonstrar que o debate teórico em torno da legitimidade democrática da jurisdição constitucional merece ser enfocado também nessas perspectivas mais empíricas e pragmáticas a respeito da prática decisória dos Tribunais Constitucionais. Após (1) esclarecer como a recente expansão da judicial review no mundo passou a exigir novas reflexões teóricas sobre as relações entre jurisdição constitucional e democracia, passa-se a defender (2) um tipo de abordagem que esteja centrada nas práticas argumentativas dos Tribunais Constitucionais para, ao final, apresentar (3) o contexto institucional ibero e latino-americano como um “laboratório constitucional” adequado para empreender esse tipo de estudos.

2. Aprendendo a lidar com um fato incontestável: a onipresença da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas

Grande parte da discussão sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional da qual se tem conhecimento advém do debate teórico norte-americano. Os aportes iniciais sobre os problemas enfrentados foram fixados naquele contexto específico e muito do que se produz e reproduz sobre o tema – mesmo em outras latitudes – está intimamente ligado às ideias centrais dos autores anglo-americanos mais representativos do debate. O fato tem uma razão de ser que o justifica plenamente: como o poder concedido a juízes e tribunais de controlar a constitucionalidade das leis não está textualmente previsto na Constituição de 1787, o amplo e profundo debate acadêmico acaba cumprindo um papel relevante nesse contexto, ao contribuir para um processo mais amplo de legitimação desse mesmo poder (jurídico e político), em conformidade com as bases democráticas genuínas que sustentam o regime político norte-americano. Daí a constante necessidade de que o debate teórico em torno de um problema de legitimação da judicial review seja sempre revisitado, reproduzido e aprofundado naquela realidade.

É sempre preciso questionar, porém, se os mesmos conteúdos desse debate podem ser simplesmente reproduzidos e adotados acriticamente em outros ambientes institucionais, especialmente em democracias construídas sobre a base de robustos documentos constitucionais repletos de direitos fundamentais positivados, que preveem normativamente mecanismos fortes de jurisdição constitucional e que assistem à atuação marcante e onipresente das Cortes Constitucionais na decisão de questões jurídicas e políticas de crucial importância para o desenvolvimento institucional dessas democracias.

Se as teses teóricas são construídas com finalidade normativa e crítica, visando produzir reflexões em torno de modelos ideais, parece não haver qualquer inconsistência na manutenção dos debates em âmbitos estritamente filosóficos e teóricos para a mera rediscussão das teses produzidas na academia norte-americana.

No entanto, se a intenção é oferecer propostas teóricas para o aperfeiçoamento das práticas institucionais vigentes, numa perspectiva mais pragmática, o referido questionamento se impõe. Para os teóricos de realidades político-sociais completamente distintas da norte-americana, especialmente aqueles que vivenciam e constroem suas teorias tentando oferecer alternativas institucionais para o desenvolvimento das denominadas novas democracias, esse questionamento então passa a ter uma importância crucial. Fato que hoje

não pode ser, de nenhuma maneira, menosprezado pelos teóricos das novas democracias, principalmente por aqueles que teorizam para a realidade ibero ou latinoamericana, está no fenômeno recente da difusão e consolidação de sistemas de jurisdição constitucional na maioria das democracias do mundo contemporâneo.

Nas últimas três décadas, o mundo assistiu a uma intensa proliferação de regimes democráticos cujo desenho institucional básico contém alguma forma de jurisdição constitucional. No final da primeira década do século XXI, aproximadamente 158 das 191 democracias constitucionais previam algum mecanismo de controle judicial dos atos políticos² (GINSBURG, 2008). O fenômeno da “expansão” ou da “difusão”³ da jurisdição constitucional nos diversos países democráticos ao redor do mundo teve início no segundo pós-guerra, num quadro histórico que alguns autores denominam de “segunda onda” (*second wave*) da difusão global da judicial review (GINSBURG, 2008), e foi intensificada a partir da década de 1990, no que é comumente chamado de “terceira onda” (*third wave*) de expansão da jurisdição constitucional⁴. Nesse contexto, distinguem-se alguns cenários importantes de institucionalização dos sistemas de judicial review nas democracias contemporâneas (HIRSCHL; 2004):

No primeiro, identificado historicamente com o período do segundo pós-guerra, a instituição da jurisdição constitucional é encarada como o produto de um processo mais amplo de reconstrução política de alguns países como Japão (na revisão constitucional em 1946), Itália (controle concentrado de constitucionalidade introduzido na Constituição de 1948 e a implementação da Corte Constitucional em 1956), Alemanha (por meio da Lei Fundamental de Bonn de 1949 e a fundação do Bundesverfassungsgericht em 1951), e França (com a Constituição de 1958 e o estabelecimento do Conseil Constitutionnel e, posteriormente, pelo desenvolvimento jurisprudencial do controle de constitucionalidade, a partir de 1971).

No segundo, a criação de mecanismos de judicial review é vista como parte dos processos de descolonização, especialmente das colônias britânicas, tais como, por exemplo, a Índia, com a Constituição de 1950 e estabelecimento da Suprema Corte, conforme o Indian Independence Act de 1947.

Um terceiro cenário pode ser identificado nas transições de regimes autoritários ou ditatoriais para regimes democráticos, os quais geraram democracias constitucionais dotadas de sistemas de jurisdição constitucional, como ocorreu no sul da Europa (Grécia, 1975; Portugal, 1976; e Espanha, 1978), na América Latina (Nicarágua, 1987; Brasil, 1988; Colômbia, 1991;

² Os dados podem ser verificados no Comparative Constitutions Project, da Universidade de Illinois: www.comparativeconstitutionalproject.org.

³ A literatura de língua inglesa costuma se referir a esse fenômeno como “global expansion” ou “global spread of judicial review” (TATE, VALLINDER; 1995).

⁴ Na consideração de Tom Ginsburg, a “primeira onda” (*first wave*) coincidiria com o nascimento e desenvolvimento da judicial review nos EUA. Segundo Ginsburg, apesar de a jurisdição constitucional já estar presente em alguns poucos países, especialmente após o desenvolvimento inicial do “modelo de Kelsen” no início do século XX, apenas a partir da segunda guerra é que de fato ocorreu uma verdadeira expansão ou difusão global da judicial review, a denominada “segunda onda” (*second wave*).

Peru, 1993; Bolívia, 1994) e África⁵, especialmente na África do Sul (num interessante processo de democratização ao longo da primeira metade da década de 1990, com a instituição de um provisório Bill of Rights, de 1993, seguido da instituição da Corte Constitucional, em 1995, e de uma definitiva Constituição de 1996).

O quarto cenário é representado pelos processos de transição política e econômica no período pós-comunista e pós-soviético (em finais da década de 1980 e início da década de 1990), nos países do leste europeu, com a instituição do Tribunal Constitucional da Polónia (em 1986), da Corte Constitucional da Hungria (em 1989-1990), da Corte Constitucional Russa (em 1991) e a implementação da jurisdição constitucional na República Tcheca e na Eslováquia em 1993.

O quinto cenário está marcado pelo processo de incorporação de normas internacionais e trans- ou supranacionais nos ordenamentos jurídicos internos de países europeus, cujos exemplos mais importantes incluem a incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos pelas ordens jurídicas de países como Dinamarca (em 1993), Suécia (em 1995), que já possuía sistema de judicial review desde 1979), França (1992)⁶ e o mais recente e interessante processo de aceitação, por parte do Reino Unido, de uma carta de direitos, ocorrida com a implementação do Human Rights Act de 1998.

O sexto cenário não se relaciona com alterações profundas nos regimes político e econômico (e por isso é reconhecido como uma espécie de transição não aparente) e pode ser verificado em processos de reforma constitucional que acabaram instituindo ou fortalecendo os sistemas de jurisdição constitucional, como ocorrido na Suécia (em 1979), no México (em 1994), na Nova Zelândia (em 1990), Israel (1992), Canadá (1982) e, mais recentemente, França (2008) e no Reino Unido (2010).

A estes seis cenários anteriores se podem acrescentar um sétimo, identificado com os mais recentes processos constituintes ditos “revolucionários” ocorridos em alguns países da América Latina (Equador, em 2008, e Bolívia, em 2009), que têm a pretensão de refundar o Estado constitucional em termos mais democráticos (democracia participativa), distantes das tradições eurocêntricas, e condizentes com a cultura dos povos locais, com a formulação de textos constitucionais repletos de novas categorias de direitos e a instituição de mecanismos inovadores de jurisdição constitucional dotados de Cortes Constitucionais (Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia; Corte Constitucional do Equador).

O fato é que, hoje, a grande maioria das democracias de praticamente todos os continentes (Américas do Norte, Central e do Sul, Europa Ocidental e Oriental, Ásia, Oceania e África, assim como alguns países do oriente médio, como Israel)

⁶ Na França, os tratados e convenções internacionais prevalecem sobre as leis do parlamento desde a decisão do Conselho Constitucional de 1975 (74-54 DC, 15 de janeiro de 1975), em conformidade com o art. 55 da Constituição de 1958, e desde então é amplamente praticado o denominado “controle de convencionalidade das leis” (review of the conventionality of statutes).

estão marcadas por duas características principais, que permitem caracterizá-las como democracias constitucionais: a presença de catálogos ou cartas de direitos (fundamentais ou humanos) e a institucionalização de sistemas de jurisdição constitucional. A constitucionalização dos ordenamentos jurídicos da quase totalidade das democracias contemporâneas - seja fruto da adoção de novas Constituições ou de processos constituintes, no caso das denominadas "novas democracias", ou de reformas constitucionais em consolidadas ou antigas democracias - é um recente e incontestável fenômeno histórico, que não pode ser deixado de lado nos debates teóricos que se debruçam sobre as relações entre jurisdição constitucional e democracia. Grande parte do debate teórico norte-americano, demasiado provinciano e pouco atento a outras realidades constitucionais, passa a ter cada vez menos relevância nesse contexto.

As influências do fenômeno em referência devem ocorrer em pelo menos dois âmbitos do debate teórico. Em primeiro lugar, ele torna inconsistentes as teses pretensamente gerais ou de alcance geral e exige abordagens cada vez mais específicas, voltadas para contextos institucionais restritos a determinadas democracias ou grupo de democracias com características políticas semelhantes.

Assim, a construção de teorias sobre o assunto deve necessariamente levar em conta as características institucionais presentes em determinados regimes democráticos, que dificilmente são generalizáveis ou universalizáveis para alcançar outras realidades.

Em segundo lugar, ela torna praticamente insustentáveis as teses que ainda insistem na construção normativa de modelos políticos ideais que, despidos de qualquer perspectiva empírica e pragmática, conferem competência exclusiva aos parlamentos para as decisões sobre direitos e rejeitam completamente a idoneidade das Cortes Constitucionais para a realização dessa tarefa.

A obra que atualmente melhor representa essas teses sobre a desnecessidade das cartas de direitos e da jurisdição constitucional é a de Jeremy Waldron (WALDRON; 1993, 1999, 2006) e, nessa perspectiva, ela se distancia cada vez mais de contextos institucionais caracterizados pela presença de extensos

catálogos de direitos constitucionalizados e pela forte atuação das Cortes Constitucionais (isto é, contextos marcados por um constitucionalismo forte, cujo melhor exemplo pode ser encontrado nas democracias do continente latinoamericano). Waldron começou a formular suas teses contrárias à constitucionalização dos direitos e à jurisdição constitucional no início da década de 1990 (WALDRON, 1993). Ao longo de toda essa década, o que se assistiu foi a um desenvolvimento institucional das democracias diametralmente oposto a essas teses, com a proliferação cada vez maior, especialmente nas novas democracias do leste europeu, da América Latina e da África, de Constituições repletas de direitos positivados em forma de “coto vedado” ou de “clausulas pétreas” e de robustos mecanismos de judicial review que instituem Cortes Constitucionais e a elas conferem amplos poderes para a fiscalização e controle dos atos políticos emanados dos parlamentos democraticamente eleitos. Em 1999, ao reunir a maioria dos trabalhos da década de 1990 e publicá-los em duas grandes obras que se tornaram a principal referência de seu pensamento (“Direitos e Desacordos” (WALDRON, 1999) e “A dignidade da legislação” (WALDRON, 2010), Waldron declarou expressamente, logo nos parágrafos introdutórios, que esperava sinceramente que suas teses pudessem ser motivo de debates (não necessariamente nos EUA, onde a judicial review já estava consolidada na prática constitucional) e de transformações institucionais no contexto da reforma constitucional britânica. Waldron mantinha então uma esperança e uma convicção especial de que suas teses pudessem atingir diretamente o Reino Unido, na época uma das poucas democracias avançadas que permanecia sem uma Constituição rígida e sem um sistema de judicial review. Após a incorporação, no final da década de 1990, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Reino Unido finalmente instituiu, no ano de 2009⁷, uma Suprema Corte com poderes de revisão das leis, fato que certamente frustrou por completo as expectativas de Waldron⁸. Suas teses devem ser hoje relegadas ao debate meramente teórico, cujo valor normativo e referencial crítico permanecem incólumes (é preciso reconhecer), mas cujo potencial transformador das instituições é cada vez mais difícil de se vislumbrar.

Assim, parece cada vez mais evidente que as teorias sobre o caráter antidemocrático da jurisdição constitucional tornaram-se insustentáveis ante um quadro fático que escancara o fenômeno da constitucionalização das democracias contemporâneas.

Tais teses mantêm uma inegável importância teórica como ponto de vista crítico-normativo a respeito do modelo institucional adotado pelas diversas democracias constitucionais, mas ficam despidas de qualquer caráter pragmático para oferecer propostas realizáveis

⁷ A Supreme Court of the United Kingdom foi prevista inicialmente pelo Constitutional Reform Act de 2005, o qual estabeleceu que ela começaria a funcionar apenas no ano de 2009.

⁸ Em 2006, Waldron publicou um artigo com a intenção de revigorar, aprofundar e dar contornos mais específicos ao debate sobre a legitimidade democrática da judicial review (WALDRON; 2006).

para o efetivo melhoramento e aperfeiçoamento das instituições existentes. Teorias consistentes e coerentes e que tenham alguma utilidade prática para a realidade das novas democracias não podem mais prescindir desse viés pragmático e devem estar calcadas em perspectivas empíricas sobre os problemas enfrentados.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que a questão em torno das relações entre democracia e constitucionalismo tornou-se uma questão mais empírica do que filosófica (ou normativa). Isso quer dizer que, em vez de suscitar um debate filosófico que busque um modelo ideal (normativo) de relação (de tensão ou de conciliação) entre jurisdição constitucional e democracia, essa questão pressupõe cada vez mais o conhecimento em concreto das diferentes realidades políticas e depende crescentemente da aferição empírica das práticas e dos resultados que os diferentes modelos institucionais proporcionam nas diversas democracias. Em suma, o problema de saber se a jurisdição constitucional é compatível ou não com a democracia passou a ser uma questão mais empírica e contextual do que normativa e universal.

Neste ponto, é importante ressaltar que recentes estudos fundados em pesquisas empíricas sobre os diversos modelos de jurisdição constitucional que emergiram em novas democracias (GINSBURG 2003; GARGARELLA, DOMINGO, ROUX; 2006) têm constantemente enfatizado que a institucionalização da judicial review tem contribuído decisivamente para a construção e permanência dos regimes democráticos em quadros de estabilidade institucional. A atuação firme das Cortes Constitucionais, que as fizeram conquistar grande reputação perante os diversos segmentos políticos e sociais, passou a favorecer a produção de accountability nessas novas democracias e a permitir a convivência política num ambiente de pluralismo político e cultural. Especialmente nos países que passaram por transições de regimes autoritários ou ditatoriais para regimes democráticos, e que por longo tempo ficaram marcados por um experiência política de menosprezo à Constituição, a jurisdição constitucional tem cumprido um importante papel como instância de decisão neutra das disputas políticas e de efetivo resguardo de direitos e, nesse passo, ajudado a construir

ambientes de normalidade político-institucional que permitem a construção das democracias emergentes⁹. Em novas democracias, portanto, os Tribunais Constitucionais acabaram se transformando na principal via institucional que permite converter os conflitos políticos em diálogos constitucionais tendentes a soluções sem quebra da normalidade institucional e pelas vias democráticas preestabelecidas. Nesses contextos políticos específicos, não é mais possível afirmar que a jurisdição constitucional é antidemocrática, a não ser que, obviamente, se tenha em mente uma clara intenção de construir modelos contrafáticos num plano estritamente filosófico, o que ainda permanece como uma opção metodológica consistente. De todo modo, tem-se tornado cada vez mais difícil menosprezar o fato de que a jurisdição constitucional, nessas realidades políticas, nada mais é do que o resultado político-institucional de um processo recente de democratização e que assim se torna elemento vital do próprio regime democrático. Em novas democracias, jurisdição constitucional e democracia nasceram e se desenvolveram em conjunto, fato que deixa pouca margem para se tentar encontrar nessa relação algum tipo de conflito ou tensão¹⁰. O certo é que a jurisdição constitucional continua possuindo seu genuíno caráter contramajoritário, mas não pode ser atualmente qualificada, num sentido pragmático, como antidemocrática.

Tais estudos também enfatizam, com base em resultados de investigações empíricas, que a soberania dos parlamentos permanece em constante declínio, fato que torna de difícil aplicabilidade prática as teses teóricas construídas primordialmente em torno desse valor político. A prova cabal desse fato está nas recentes reformas político-constitucionais que instituíram o mecanismo de controle judicial a posteriori das leis na França (2008)¹¹ e uma Suprema Corte com poderes de Corte Constitucional no Reino Unido (2010) (TORRE; 2009), as duas democracias que historicamente são o berço e representam o exemplo mundial da soberania dos parlamentos. Também nessas duas grandes nações democráticas, novos desenhos institucionais e práticas políticas têm sido cada vez mais lastreados pelo princípio da supremacia constitucional e cada vez menos pelo princípio da soberania dos parlamentos.

Portanto, a jurisdição constitucional está completamente difundida e consolidada na maioria das democracias (novas e antigas) do mundo contemporâneo, e este é um fato praticamente incontestável.

As Cortes Constitucionais, ao contrário do que muitos afirmam no plano teórico, tornaram-se importantes organismos políticos de poder e de decisão e passaram a gozar de ampla

⁹ O fato é que as Cortes Constitucionais passaram a fazer parte do instrumental básico que tornam possíveis negociações exitosas em transições para o regime democrático. Em momentos de engenharia institucional, normalmente permeados por conflitos políticos de difícil solução, as Cortes Constitucionais podem funcionar como árbitros dos jogos de poder em que se enfrentam elites tradicionais e novos protagonistas políticos (GINSBURG; 2003).

¹⁰ Em estudo em que aborda a suposta tensão ou contradição entre jurisdição constitucional e democracia, Dieter Grimm bem observa que a institucionalização da jurisdição constitucional é vantajosa para as novas democracias (GRIMM; 2006, pp. 3-22).

¹¹ A "question prioritaire de constitutionnalité" foi prevista pela reforma constitucional de 23 de julho de 2008 e efetivamente instituída em 2010 pelo Conseil constitutionnel (TROPER, 2009; BECHILLON, 2011; DRAGO, 2011).

legitimidade perante diversos segmentos políticos e sociais nessas democracias.

Neste ponto, é importante mencionar que o desenvolvimento institucional das Cortes Constitucionais, no plano nacional ou interno, acabou criando propícias condições políticas para o surgimento, no plano internacional, de organismos multilaterais cujo objetivo primordial é o intercâmbio e a cooperação entre os diversos órgãos de jurisdição constitucional das democracias dos diferentes continentes¹². Esses organismos, estruturados na forma de conferências ou comissões de âmbito regional¹³, continental¹⁴ ou até mesmo mundial¹⁵, acabaram formando um tipo de “comunidade global de Cortes” e realizam uma espécie de “diplomacia judicial”, como “atores internacionais independentes ou autônomos” (SLAUGHTER; 1995, 1997, 2003), que acontece de forma paralela àquela que se desenvolve tradicionalmente entre as nações soberanas, e buscam o crescente fortalecimento da independência e do papel institucional dos Tribunais Constitucionais para a consolidação e aprofundamento das democracias contemporâneas¹⁶. Assim, a intensificação dos processos de intercomunicação, intercâmbio e cooperação internacional entre órgãos de jurisdição constitucional é também sintomática da difusão dos sistemas de controle de constitucionalidade em diversos países, principalmente em democracias incipientes da Europa Oriental, Ásia, África, além da própria América Latina. Na medida em que visam à reafirmação da crucial importância das Cortes Constitucionais para as democracias contemporâneas, esses crescentes laços de cooperação internacional também devem ser objeto da atenção dos teóricos que estudam as relações entre jurisdição constitucional e democracia.

Enfim, parece cada vez mais evidente que todos esses recentes fenômenos estão a cobrar novos olhares sobre o problema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. O tradicional debate teórico, de caráter eminentemente normativo e de pretensões universais, que acontece num plano estritamente filosófico e pouco depende do contexto político-institucional no qual e/ou para o qual é produzido, não deixa de ter sua importância, especialmente por oferecer relevantes aportes teóricos sobre os ideais políticos da democracia

¹² A interação entre Cortes pode ocorrer nas seguintes perspectivas: relações entre Cortes nacionais e Cortes supranacionais; encontros periódicos entre os representantes de Cortes (congressos, seminários, conferências, etc.); intercâmbio de informações, dados, jurisprudência, experiências, etc (SLAUGHTER; 2000, pp.. 1103-1124).

¹³ Conferência Ibero-americana de Justiça Constitucional – CIJC; Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa; Associação de Cortes Constitucionais de Língua Francesa (Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l’Usage du Français – www.accpuf.org); Conferência de Órgãos de Controle Constitucional dos Países de Novas Democracias (Conference of Constitutional Control Organs of Countries of Young Democracy); Comissão de Juizes do Sul da África (Southern African Chief Justices’Forum), da União Árabe de Cortes e Conselhos Constitucionais (Union of Arab Constitutional Courts and Councils).

¹⁴ Conferência Europeia de Cortes Constitucionais (Conference of European Constitutional Courts – www.confcoconsteu.org); Associação das Cortes Constitucionais Asiáticas e Órgãos Equivalentes (Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Bodies).

¹⁵ A Conferência Mundial de Cortes Constitucionais (World Conference on Constitutional Justice) começou a ser realizada no ano de 2009, como um encontro entre as diversas conferências regionais de Cortes (acima citadas). O primeiro encontro realizou-se na África do Sul (Cidade do Cabo, 2009) e o segundo no Brasil (Rio de Janeiro, 2011).

¹⁶ A Comissão de Veneza (European Commission for Democracy through Law – Venice Commission, www.venice.coe.int), criada no ano de 1990, desenvolve uma importante função de apoio e proteção institucional às Cortes Constitucionais, especialmente quando são criticadas ou estão a sofrer pressão política por outros poderes estatais (função especial de “direct suport for Constitutional Courts”).

e do constitucionalismo e por construir modelos ideais que podem sempre ser utilizados como referenciais normativos de crítica das diversas realidades institucionais. Não se pode mais negar, porém, que as questões sobre as relações entre jurisdição constitucional e democracia são hoje menos normativas e mais empíricas, o que conduz o debate teórico que em torno delas se produz para um caminho cujo percurso exige constante atenção aos diversos contextos políticos e ao desenvolvimento em concreto das instituições democráticas.

3. Mudando o foco de análise: as práticas argumentativas dos Tribunais Constitucionais

As teorias normativas sobre o caráter (anti)democrático da judicial review sempre estiveram muito concentradas no problema da legitimação do poder conferido aos Tribunais Constitucionais, o qual está inserido no contexto mais amplo das discussões sobre a legitimação dos poderes políticos nos regimes democráticos. Nessa perspectiva, as questões mais controvertidas ganham contornos de “dificuldade contramajoritária” e temas como o “ativismo judicial” viram alvo principal das atenções dos teóricos. Não obstante, se as teorias que se desenvolvem em torno desses temas devem cada vez mais assumir um viés pragmático e empírico e assim partir de premissas fáticas que levem em conta o vertiginoso desenvolvimento e a atual onipresença da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas, tal como abordado no tópico anterior, parece sensato considerar que mais importante do que lidar com um problema de legitimação do poder é, nesse contexto, prestar mais atenção à prática desse mesmo poder.

Assim, em vez de focar em demasia na justificação (normativa) do poder das Cortes Constitucionais, as teorias devem se concentrar mais na análise (empírica) da prática desse poder. O problema principal a ser enfrentado não está tanto mais em saber que poder tem os Tribunais Constitucionais, mas como e em que medida eles exercem seu poder. O que significa também dizer que, para além de uma questão de legitimação da instituição em si mesma, tem-se também uma questão de legitimação das próprias práticas institucionais.

Se partirmos da premissa de que uma das características primordiais de regimes democráticos é a institucionalização de diversas vias de livre manifestação, de diálogo e de debate sobre questões que dizem respeito à vida em comunidade, e se também levarmos em conta que os Tribunais Constitucionais são instituições

fundamentais de produção e reprodução de razões nesse contexto de discussão pública, e acabam exercendo um tipo de representação democrática que se baseia nos discursos que proferem perante os diversos auditórios que uma democracia pode comportar, então é possível concluir que, entre as práticas institucionais de uma Corte Constitucional, a que assume maior importância, nessa perspectiva de análise, é a prática de tipo argumentativo ou discursivo.

Os argumentos e/ou os discursos produzidos pelos Tribunais Constitucionais constituem um dos aspectos cruciais de legitimação de sua atividade institucional, na medida em que levam consigo as razões justificadoras dessa atividade e de seus resultados decisórios, e assim se submetem constantemente à (re)avaliação de diversos auditórios ou audiências presentes na esfera pública de uma comunidade democrática. Nesse sentido, não seria demasiado afirmar que as práticas argumentativas dos Tribunais Constitucionais podem representar uma espécie de “sismógrafo” do quantum de democracia presente no exercício de sua jurisdição constitucional.

Uma rigorosa análise (empírica) das práticas argumentativas de determinado Tribunal Constitucional pode fornecer dados relevantes sobre as relações entre jurisdição constitucional e democracia no contexto político-institucional específico no qual está inserido. Nessa perspectiva, é possível falar de uma legitimidade democrática que se encontra ancorada, entre outros aspectos, na argumentação jurídica produzida no âmbito da jurisdição constitucional. Em verdade, trata-se de uma legitimação que também se constitui através da argumentação.

Esse tipo de análise pode ser realizado desde diversos pontos de vista teóricos, mas sem dúvida uma maneira adequada de melhor captar o significado, as estruturas, as técnicas, os efeitos, etc. dos argumentos e discursos produzidos no âmbito da jurisdição constitucional está na utilização dos aportes das teorias da argumentação (em geral) e da argumentação jurídica (em particular), desde que se assumam, além dos aspectos normativos e analíticos comuns a esse tipo de teoria, um viés pragmático e empírico.

4. Considerações finais: o laboratório constitucional iberoamericano

A realidade constitucional iberoamericana (especialmente a parte latinoamericana), sempre foi menosprezada pelos estudos da teoria e filosofia constitucional, não só por aqueles produzidos em âmbito anglo-americano e europeu continental, mas igualmente pelos que tem origem na própria região, os quais sempre estiveram fascinados pelo constitucionalismo norte-americano, francês e inglês.

Isso é ao mesmo tempo uma constatação lamentável e um fato curioso, pois o constitucionalismo de origem iberoamericana sempre foi, e ainda é, um verdadeiro “laboratório” repleto de experiências institucionais inovadoras, como já reconhecem hoje em dia alguns estudiosos sobre o tema¹⁷. E quando o assunto é, especificamente, a jurisdição constitucional, essas constatações não são diferentes.

A ideia de jurisdição constitucional nasceu no ambiente jurídico-cultural anglo-americano. Desde a decisão de Sir Edward Coke no famoso Bonham’s case, passando pelos Federalist Papers, até o marco representado pelo caso Marbury vs. Madison, consagrou-se historicamente um fascinante modelo de fiscalização e controle jurídico dos atos políticos que talvez seja a experiência institucional mais influente e difundida em todo o mundo. No contexto europeu-continental, no qual se desenvolveu inicialmente uma espécie de controle essencialmente político das atividades parlamentares, tal como previsto nas primeiras constituições francesas, a ideia de supremacia constitucional acabou se consolidando e o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre “quem deveria ser o defensor ou guardião da Constituição” recebeu respostas institucionais bastante claras com a criação e difusão dos Tribunais Constitucionais, conformando um modelo tipicamente europeu de controle em abstrato de constitucionalidade. Assim como a judicial review norte-americana, esse modelo europeu é um sucesso de exportação jurídica.

¹⁷ Na perspectiva histórica, diversos trabalhos sobre o tema foram publicados na obra (ANNINO, TERNAVASIO; 2012). Nas perspectivas social, cultural e política, um interessante debate entre diversos especialistas sobre o tema está publicado na obra: (GONZÁLEZ; 2011).

Não obstante, ainda que a primeira ideia de garantia jurisdicional da Constituição tenha nascido nos Estados Unidos, os demais países do continente americano nunca foram meros sujeitos passivos das técnicas de fiscalização da constitucionalidade criadas nos contextos anglo-americano e europeu-continental. Ao contrário, apesar de tal fato ser desconhecido mundo afora, a América Latina, com a heterogeneidade e pluralidade que lhe é peculiar, representa um verdadeiro “laboratório constitucional” no tocante às técnicas de controle de constitucionalidade das leis e demais atos de poder (FERNÁNDEZ SEGADO; 2005).

A recepção latino-americana da judicial review ocorreu num ambiente extremamente criativo – proporcionado principalmente pela confluência do sistema de common law com as tradições romano-germânicas sobre as quais estão fundadas as culturas jurídicas hispânica e lusitana –, capaz de gerar instrumentos originais (e eficazes) de garantia processual de direitos, como o juízo de amparo mexicano e o mandado de segurança brasileiro, o que acabou revelando a estreita conexão entre o controle de constitucionalidade e a proteção dos direitos fundamentais como característica marcante dos modelos latino-americanos de jurisdição constitucional.

Apesar do fato de que, desde a segunda metade do século XIX, mecanismos de judicial review já podiam ser identificados no âmbito do plexo de competências jurisdicionais das Cortes Supremas de alguns sistemas jurídicos da região (LOPEZ ULLA, 2011; FERNÁNDEZ SEGADO, 2005, 2009; GARCÍA BELAUNDE e FERNÁNDEZ SEGADO, 1997) foi apenas a partir do último quarto do século XX que a jurisdição constitucional obteve um vertiginoso desenvolvimento em quase todos os países ibero-americanos.

¹⁸ Sobre as transições de regime na América Latina, vide: (O'DONNELL, SCHMITTER, WHITEHEAD; 1988) (O'DONNELL, SCHMITTER, 1988; PRZEWORSKI; 1992) (O'DONNELL, 1982, 1995, 1998).

As transições dos regimes políticos autoritários para regimes democráticos vivenciadas em praticamente todos os países da região - especialmente na Espanha (1978), Portugal (1976) e Brasil (1988) - geraram radicais mudanças político-institucionais, cujas características mais marcantes estão na constitucionalização de extensos catálogos de direitos fundamentais e na institucionalização de robustos sistemas de jurisdição constitucional com poderes de fiscalizar e revisar a constitucionalidade dos atos do poder público.

Também os processos mais acentuados de reforma constitucional ocorridos no México (1992-1995) e na Argentina (1994) propiciaram modificações substanciais no sentido da ampliação dos mecanismos de jurisdição constitucional e de proteção dos direitos fundamentais. E, em tempos mais recentes, os processos constituintes ocorridos em países como Equador (2008) e Bolívia (2009), que têm a pretensão de refundar o Estado constitucional (SANTOS; 2010) e que, por isso, têm sido qualificados por alguns como o “novo constitucionalismo latinoamericano”¹⁹, resultaram em sistemas jurídicos integralmente voltados para a proteção de um extenso e diferenciado rol de direitos positivados nos recentes textos constitucionais, o que deverá ser tarefa primordial de modelos inovadores de jurisdição constitucional, especialmente das Cortes Constitucionais, com a nova roupagem institucional que lhes foi conferida nesse contexto de mudanças²⁰.

Em todos os casos, os novos sistemas de jurisdição constitucional adotados pelas ordens jurídicas dos países iberoamericanos estão marcados por modelos complexos (ou mistos) que conjugam características dos tradicionais modelos norte-americano e europeu-continentais (kelseniano) e lhes imprimem uma conformação diferenciada (NOGUEIRA ALCALÁ, 2006; LÖSING, 2002; FERNÁNDEZ SEGADO, 2009; GARCÍA BELAUNDE e FERNÁNDEZ SEGADO, 1997), o que permite afirmar que é na jurisdição constitucional iberoamericana (especialmente a latinoamericana) que o “experimentalismo institucional” (sempre praticado nessa região qualificada como um “laboratório constitucional”) encontra uma de suas mais fortes expressões.

¹⁹ Considerações sobre o que alguns têm denominado de “novo constitucionalismo latinoamericano” – com as quais, ressalte-se, não se pode concordar plenamente – estão reunidas na obra (VICIANO PASTOR; 2012). Confira-se, também, a obra coletiva (LÓPEZ ULLA; 2011).

²⁰ A Constituição da Bolívia de 2009 criou o Tribunal Constitucional Plurinacional e previu, como forma de sua composição, a eleição direta dos magistrados por todos os cidadãos do país.

Assim, após três décadas de um vertiginoso desenvolvimento, a jurisdição constitucional está presente (em modelos inovadores, complexos e diferenciados) em todos os países ibero-americanos e é encarada pelos diversos segmentos políticos e jurídicos como um mecanismo imprescindível para a proteção da ordem constitucional, especialmente dos direitos fundamentais e, portanto, para a manutenção dos regimes democráticos.

Não se pode mais negar que, principalmente nos países latinoamericanos, a jurisdição constitucional vem cumprindo o importante papel de contribuir para a paulatina construção das democracias da região, ao exercer uma espécie de “accountability horizontal” (O’DONNELL; 1997, 1998, 2001) – isto é, o controle político dos demais poderes (Executivo e Legislativo) – que cria as condições político-institucionais propícias para que elas deixem de ser “democracias delegativas”²¹; e se transformem em democracias consolidadas (O’DONNELL; 1991).

Todas essas características fazem da jurisdição constitucional iberoamericana um dos campos mais interessantes e propícios para o desenvolvimento de pesquisas empíricas cujo enfoque seja a atuação jurídica e política das Cortes Supremas e dos Tribunais Constitucionais da região no exercício do controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos políticos. E, levando-se em conta que a adoção de modelos complexos e diferenciados de jurisdição constitucional também resultou em modelos igualmente complexos e diferenciados de deliberação e de argumentação por parte desses tribunais iberoamericanos, pode-se concluir que as práticas argumentativas desses tribunais representam um fértil campo que deve ser objeto de análises empíricas.

5. Referências bibliográficas

ALEXANDER, Larry (ed.) (1998). *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press.

ALEXY, Robert (2005). *Balancing, constitutional review, and representation*. In: Oxford University Press, I CON, Vol. 3, n° 4, p. 572-581.

ANNINO, Antonio; TERNAVASIO, Marcela (coords.) (2012). *El laboratorio constitucional*

²¹ Em importante texto do início da década de 1990, Guillermo O’Donnell atestava que algumas democracias recém-instaladas (como Argentina, Brasil, Peru, Equador e Bolívia, na América Latina, e em outros países da Europa Central e Oriental) podiam ser consideradas democracias de acordo com os critérios de Robert Dahl para a definição de poliarquia, mas não podiam ser encaradas como genuínas democracias representativas. Elas seriam, na visão de O’Donnell, democracias delegativas (O’DONNELL; 1991, pp. 25-40).

iberoamericano: 1807/1808-1830. Madrid: Asociación de Historiadores Latinoamericanos Europeos; Iberoamericana; Vervuert.

BAYÓN, Juan Carlos (2003). Derechos, democracia y Constitución. In: LAPORTA, Francisco. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 399-422.

BECHILLON, Denys (et al) (2011). *La question prioritaire de constitutionnalité*. Paris: Pouvoirs, 137.

BICKEL, Alexander (1962). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale university Press, p. 16 e ss.

CHOPER, Jesse H (1968). *On the Warren Court and Judicial Review*. In: Catholic University Law Review, vol. 17, pp. 20-43.

_____ (1974). *The Supreme Court and the Political Branches: democratic theory and practice*. In: University of Pensilvania Law Review, vol. 122, pp. 810-858.

COMELLA, Víctor Ferreres (1997). *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo (2011). *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

DAHL, Robert A (1957). *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. In: Journal of Public Law, vol. 6, pp. 279-295.

_____ (1992). *La democracia y sus críticos*. Trad. Leandro Wolfson. Barcelona: Paidós.

DELTORO, Pablo de Lora (1998). *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía Del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

DORRADO PORRAS, Javier (2001). *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

DRAGO, Guillaume (2011). *Contentieux constitutionnel français*. 3 Ed. Paris: Thémis.

DWORKIN, Ronald (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Belknap-Harvard.

_____ (1996). *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.

ELSTER, Jon; SLAGTAD, Rune (1999). *Constitucionalismo y Democracia*. Trad. Mónica Utrilla. México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública; Fondo de Cultura Económica.

ELY, John Hart (1978). *Toward a representation-reinforcing mode of judicial review*. In: Mariland Law Review, vol. 37, n. 3, pp. 451-487.

_____ (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press; 1980.

_____ (1991). *Another such victory: constitutional theory and practice in a world where courts are no different from legislatures*. In: Virginia Law Review, vol. 77, 1991, pp. 833-879.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2005). *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la Justicia Constitucional en América Latina*. Bologna: Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Libreria Bonomo.

_____ (2009). *La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo III: La Justicia Constitucional en América Latina y España*. Madrid: Dykinson; 2009.

FRIEDMAN, Barry. *The history of the countermajoritarian difficulty* (Parts I, II, III, IV, V). In: New York University Law Review, vol. 73, 1998 (Part I); The Georgetown Law Journal, vol. 91, 2002 (Part II); New York University of Law Review, vol. 76, 2001 (Part III); University of Pennsylvania Law Review, vol. 148, 2000 (Part IV); The Yale Law Journal, vol. 112, 2003.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coord.) (1997). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson; 1997.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (2006). *Courts and Social Transformation in New Democracies*. Burlington: Ashgate.

GINSBURG, Tom (2003). *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press.

_____ (2008). *The Global Spread of Constitutional Review*. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMAN, Daniel; CALDEIRA, Gregory (eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press.

GONZÁLEZ, Antonio G (2011). *Latinoamérica, laboratorio mundial*. Madrid: Seminario Atlántico de Pensamiento; La Oficina Editores.

- HABERMAS, Jürgen (2000). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 2a Ed. Madrid: Editorial Trotta.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James (1787). *The Federalist Papers*. Public Domain Book.
- HAND, Learned (1958). *The Bill of Rights. The Oliver Wendell Holmes Lectures*. Cambridge: Harvard University Press.
- HIRSCHL, Ran (2004). *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, p. 7-8.
- KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (comp.) (2004). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Trad. Paola Bergallo y Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa.
- LINARES, Sebastián (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (dir.) (2011). *La justicia constitucional en Iberoamérica*. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz.
- LÖSING, Norbert (2002). *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*. Trad. Marcela Anzola Gil. Madrid: Dykinson; Konrad Adenauer Stiftung.
- MARTÍ, José Luis (2006). *La República Deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- MAUS, Ingeborg (2010). *O judiciário como superego da sociedade*. Trad. Geraldo de Carvalho; Gercélia Batista. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- MBORANTSUO, Marie-Madeleine (2007). *La contribution des Cours constitutionnelles à l'État de droit en Afrique*. Paris: Economica.
- MORESO, José Juan (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.
- NINO, Carlos Santiago (2003). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006). *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*. Lima: Palestra.
- O'DONNELL, Guilherme (1982). *Notas para el estudio de procesos de democratización política a partir del Estado burocrático-autoritario*. In: Desarrollo Económico Revista de Ciencias Sociales, v. 22, n. 86, jul./sep., pp. 231-248.
- _____ (1991). *Democracia Delegativa?* Revista Novos Estudos, n. 31, outubro, pp. 25-40.
- _____ (1995). *Another institutionalization: Latin America and elsewhere*. Paper presented to the conference on "Consolidating Third Wave Democracies: Trends and Challenges", organized by the National Policy Research Institute and the International Forum for Democratic Studies, Taipei, 26-30 August.
- _____ (1997). *Horizontal Accountability and New Polyarchies*. Paper prepared for the conference on "Institutionalizing Horizontal Accountability", Institute for Advanced Studies of Vienna and The International Forum for Democratic Studies, Vienna, June.
- _____ (1998). *Horizontal Accountability in New Democracies*. Journal of Democracy 9 (3), pp. 112-126.
- _____ (1998a). *Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America*. Working Paper, The Helen Kellogg Institute for International Studies.
- _____ (2001). *Accountability Horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política*. In: Isonomía n. 14, abril.
- O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe (1988). *Transições do regime autoritário: primeiras conclusões*. Trad. Adail Sobral. São Paulo: Ed. RT; Vértice.
- O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Laurence (ed.) (1988). *Transições do Regime Autoritário. América Latina*. Trad. Adail Sobral e Rolando Lazarte. São Paulo: Ed. RT; Vértice.
- PERRY, Michael J (1992). *The argument for judicial review, and for the originalist approach to judicial review*. In: University of Arkansas at Little Rock Law Journal, vol. 14, n. 4, pp. 613-671.
- _____ (1994). *The Constitution in the Courts: Law or Politics?* New York: Oxford University Press.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- PRZEWORSKI, Adam (1988). *Como e onde se bloqueiam as transições para a democracia?* In: MOISÉS, José Alvaro; ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. *Dilemas da consolidação da democracia*. São Paulo: Paz e Terra.
- _____ (1992). *A escolha de instituições na transição para a democracia: uma abordagem da teoria dos jogos*. In: Dados Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 35, n. 1, pp. 5-48.
- RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego Moreno (2011). *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*.

una perspectiva crítica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Siglo Veintiuno Editores.

SLAUGHTER, Anne-Marie (1995). *A typology of transjudicial communication*. In: University of Richmond Law Review, vol. 29, pp. 99-137.

_____ (1997). *The New World Order*. In: Foreign Affairs, vol. 76, n. 5, pp. 183-197.

_____ (2000). *Judicial Globalization*. In: Virginia Journal of International Law, vol. 40, pp. 1103-1124.

_____ (2003). *A Global Community of Courts*. In: Harvard International Law Review, vol. 44, n. 1.

TATE, Neal; VALLINDER, Thorsten (eds.) (1995). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press.

TROPER, Michel (2009). *Constitutional amendments aiming at expanding the powers of the French Constitutional Council*. In: PASQUINO, Pasquale; BILLI, Francesca (eds.). *The political origins of Constitutional Courts. Italy, Germany, France, Poland, Canada, United Kingdom*. Roma: Fondazione Adriano Olivetti.

TUSHNET, Mark (1999). *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press.

_____ (2003). *Alternative forms of judicial review*. In: Michigan Law Review, vol. 101, pp. 2781-2802.

_____ (2003). *New forms of judicial review and the persistence of rights- and democracy-based worries*. In: Wake Forest Law Review, vol. 38, pp. 813-838.

WALDRON, Jeremy (1993). *A right-based critique of constitutional rights*. In: Oxford Journal of Legal Studies, vol. 13, n. 1, pp. 18-51.

_____ (1999). *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press.

_____ (2004). *Deliberación, Democracia y Voto*. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (comp.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Trad. Paola Bergallo y Marcelo Alegre. Barcelona: Gedisa.

_____ (2006). *The core of the case against judicial review*. In: Yale Law Journal, 115, pp. 1348-1406. k kl

ZURN, Christopher F. (2007). *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. New York: Cambridge University Press.

EL JUEZ Y SU ROL EN EL PROCESO

*Fernando GLINKA¹
Esteban José Ignacio ROMERO²*

Resumen

Se plantea que la corriente procesal activista es la que el constitucionalismo moderno exige para el cabal reconocimiento de los derechos fundamentales. Con un análisis somero de diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los últimos años, se podrá concluir que el Juez -teniendo en cuenta el carácter vicarial del proceso y el derecho a un nivel adecuado de vida- debe necesariamente asumir un rol activo.

Palabras claves

Activismo, proceso justo y eficaz, derechos fundamentales, dignidad humana.

Abstract

The study argues that the activist perspective of the trial is required by the modern constitutionalism for the thorough recognition of the essential rights. Through a shallow analysis of some decisions of the Supreme Court of Justice of the Nation of the last years, it shall be possible to conclude that the Judge -taking into account the obliging character of the trial and the right to an appropriate standard of living- must necessarily play an active role.

Keywords

Activism, fair and efficient trial, essential rights, human dignity.

¹ Universidad Nacional del Litoral, ciudad de Santa Fe, Provincia de Santa Fe, República Argentina.
Correo electrónico: fernandoglinka@hotmail.com

² Universidad Católica de Santa Fe y Universidad Austral. Ciudad de Santa Fe, Provincia de Santa Fe, República Argentina.
Correo electrónico: romero.esteban@hotmail.com

- INTRODUCCIÓN

Resulta evidente, en todas las ramas del derecho existen posiciones filosóficas encontradas, que se traducen en enjundiosas doctrinas, a veces similares, a veces opuestas, a lo que claramente no es ajeno el derecho procesal civil (Peyrano, 2011).

Entre las posturas doctrinarias que más debate han suscitado en nuestro país, sobre todo en los últimos tiempos, se encuentran el garantismo, y su opuesta, el activismo judicial, las que, partiendo de una diferente mirada del proceso, llevan a irreconciliables posturas en torno al tema propuesto: qué rol debe ocupar el Juez en el proceso. Ello conlleva, naturalmente, una disímil perspectiva de lo que ingresa dentro de la competencia jurisdiccional y el mayor o menor despliegue funcional frente a la vulneración de derechos fundamentales.

Vale aclarar aquí que no hablamos de todos los procesos, sino de aquellos ante los cuales el marco regulatorio no brinda una adecuada respuesta, debiendo poner en la balanza una solución adecuada, alejada del marco legal pre impuesto, o en su defecto, buscar soluciones pretorianas sobre la marcha misma del litigio, en beneficio de una parte, y por consiguiente en perjuicio de la otra.-

El garantismo procesal prioriza -en forma prácticamente absoluta- a un juez que se empeñe en respetar principalmente el derecho de defensa de todos los interesados, resguardando, asimismo, la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional (Alvarado Velloso, 2009).-

Por su parte el activismo judicial "se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar al sistema procesal respectivo (...). Esta característica explica que convalide la creatividad pretoriana razonable de los jueces que en tantas oportunidades se han anticipado al quehacer legislativo, habitualmente moroso." (Peyrano, 2011, pp. 15).

Ahora bien, no es posible soslayar que en el derecho positivo argentino el activismo procesal está gozando de amplia recepción (Peyrano, 2016) lo que responde a un fenómeno más amplio, cual es la vigencia actual de los principios y valores que emanan del Estado Social Constitucional de Derecho y que exige ajustar el funcionamiento de los distintos poderes del Estado a su axiología.

Entonces, la tesis que postulamos es que el activismo -lejos de ser meramente una corriente procesal entre las variadas que se pueden pensar- se inserta en las exigencias constitucionales y convencionales modernas.

Entre las posturas doctrinarias que más debate han suscitado en nuestro país, sobre todo en los últimos tiempos, se encuentran el garantismo, y su opuesta, el activismo judicial, las que, partiendo de una diferente mirada del proceso, llevan a irreconciliables posturas en torno al tema propuesto: qué rol debe ocupar el Juez en el proceso. Ello conlleva, naturalmente, una disímil perspectiva de lo que ingresa dentro de la competencia jurisdiccional y el mayor o menor despliegue funcional frente a la vulneración de derechos fundamentales.

Vale aclarar aquí que no hablamos de todos los procesos, sino de aquellos ante los cuales el marco regulatorio no brinda una adecuada respuesta, debiendo poner en la balanza una solución adecuada, alejada del marco legal pre impuesto, o en su defecto, buscar soluciones pretorianas sobre la marcha misma del litigio, en beneficio de una parte, y por consiguiente en perjuicio de la otra.-

El garantismo procesal prioriza -en forma prácticamente absoluta- a un juez que se empeñe en respetar principalmente el derecho de defensa de todos los interesados, resguardando, asimismo, la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional (Alvarado Velloso, 2009).-

Por su parte el activismo judicial “se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar al sistema procesal respectivo (...). Esta característica explica que convalide la creatividad pretoriana razonable de los jueces que en tantas oportunidades se han anticipado al quehacer legislativo, habitualmente moroso.” (Peyrano, 2011, pp. 15).

Ahora bien, no es posible soslayar que en el derecho positivo argentino el activismo procesal está gozando de amplia recepción (Peyrano, 2016) lo que responde a un fenómeno más amplio, cual es la vigencia actual de los principios y valores que emanan del Estado Social Constitucional de Derecho y que exige ajustar el funcionamiento de los distintos poderes del Estado a su axiología.

Entonces, la tesis que postulamos es que el activismo -lejos de ser meramente una corriente procesal entre las variadas que se pueden pensar- se inserta en las exigencias constitucionales y convencionales modernas.

Esta mirada que congloba el fenómeno, permite recordar el carácter servicial

³ “Las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, para adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto” (Fallos: 316:27, entre muchos otros).

⁴ Corte activista es la que, más allá de ejercer la función de control respecto de las decisiones adoptadas por los poderes políticos, asume la iniciativa política y fija pautas de gobierno, adelantándose a la actuación de los otros órganos de conducción del Estado (Santiago, 1998).

del proceso en aras de la concretización de los derechos fundamentales. En este orden de ideas se inserta la consolidada doctrina de la Corte federal de que –en procesos urgentes– “los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales” (Fallos: 337:1361 del 2.12.2014).

En similar sentido, ha señalado el Tribunal que “a pesar de que debe ser reconocida la trascendencia de las técnicas y principios tendientes a la organización y el desarrollo del proceso, no puede admitirse que dichas formas procesales sean utilizadas mecánicamente, con prescindencia de la finalidad que las inspira y con olvido de la verdad jurídica objetiva, porque ello resulta incompatible con el adecuado servicio de justicia”

(lo ha dicho recientemente en “Gómez” Fallos: 338:911 del 24.9.2015) y, del mismo modo, que es “doctrina tradicional de esta Corte que la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional. Y también lo es que si bien los jueces deben fallar con sujeción a las reglas y principios de forma, según las circunstancias de hecho que aducen y acreditan las partes (secundum allegata et probata partium), nada excusa su indiferencia respecto de la objetiva verdad en la augusta misión de dar a cada uno de lo suyo” (doctrina ratificada en “Lorenzano” Fallos: 339:533 del 26.4.2016).

Advertimos que con estas afirmaciones no nos enrolamos en una visión conflictivista exponiendo a un campo de batalla a los derechos procesales (vgr.: defensa en juicio, sentencias motivadas) versus los derechos sustanciales (propiedad, libertad, vida digna; entre otros). Por el contrario, desde una

⁵ Se ha omitido voluntariamente la referencia a precedentes ampliamente estudiados, dada la abundante bibliografía a que han dado lugar, a saber: “Halabi” Fallos: 332:111 –y todos los fallos posteriores referidos a las acciones de clase–, “Camacho Acosta” Fallos: 320:1633 del 7.8.1.997, “Pardo” Fallos: 334:1691 del 6.12.2.011, entre otros.-

⁶ Fallos: 329:2316 del 20.6.2006 y todos los fallos posteriores que fue dictando periódicamente la Corte.

⁷ Fallos: 330:4134 del 18.9.2007.

⁸ Fallos: 338:1216 del 4.11.2015.

⁹ Fallos: 328:1146 del 3.5.2005.

¹⁰ Fallos: 335:197 del 13.3.2012.

¹¹ Fallos: 338:1356 del 24.11.2015.

¹² FLP 8399/2016/CS001 del 18.8.2016.

perspectiva armonizadora (Toller y Serna, 2000) de los derechos -que ha postulado la Corte en diversos pronunciamientos³ - es posible verificar que "la esfera de funcionamiento razonable" (Toller, Fernández Santander y D'Elia, 2012) de los derechos vinculados con el debido proceso adjetivo -o, dicho de otra manera, su ámbito legítimo de ejercicio- aviene con los derechos fundamentales.

En un análisis somero de algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se podrá advertir que el rol más activo⁴ asumido en los últimos diez años se enmarca en la modificación al sistema de fuentes producida por la reforma constitucional de 1994 (Santiago, 2010) y en la concientización de que el Poder Judicial no puede permanecer ajeno a la materialización del derecho a un nivel adecuado de vida de las personas (Pérez Hualde, 2008).

- LINEAMIENTOS JURISPRUDENCIALES⁵

Una enérgica actuación judicial oficiosa no solo se ha evidenciado en la mega causa "Mendoza"⁶ anclada en el derecho a un medio ambiente sano sino también *in re* "Defensor del Pueblo de la Nación c/Provincia del Chaco y Estado Nacional"⁷ en el que se ordenó cautelarmente al Estado nacional y a la Provincia del Chaco la ejecución de políticas integrales (en materia de alimentos, agua y transporte) para con ciertas poblaciones indígenas del Chaco. Además, en la causa "Uriarte"⁸ la Corte estableció y reglamentó el régimen de designación de jueces subrogantes hasta tanto el Poder Legislativo sancione un nuevo sistema que se ajuste a las pautas trazadas en ese pronunciamiento.-

Asimismo, son cada vez más frecuentes los fallos exhortativos. Cabe recordar el pronunciamiento "Verbitsky"⁹, en el que se "exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales", el fallo "F., A. L."¹⁰ -no obstante las numerosas críticas que pueden formularse a este pronunciamiento-, el vinculado al régimen de coparticipación, "Santa Fe, Provincia de"¹¹ en el que se exhortó "a los órganos superiores de nuestra organización constitucional a dar cumplimiento con la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional, e instituir el nuevo régimen de coparticipación federal, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, y a dictar la consecuente ley-convenio, en orden al mandato contenido en el inciso 2º del

¹³ El tema ha sido estudiado también en profundidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia -tal vez el Tribunal más activista de América- bajo la noción de "estado de cosas inconstitucionales". Dos factores principales son los que configuran tal estado: condiciones de proceso (fallas estructurales de las políticas públicas en el país) y condiciones de resultado (violación masiva y sistematizada de los derechos fundamentales de un número indeterminado de personas) (Lyons, Navarro Monterroza y Meza, 2011).

¹⁴ "M., M. S. s/guarda", CIV. 90032/2013/CS1 del 27.5.2015. De modo similar se hizo en las causas "P., S. s/control de legalidad", CSJ 3879/2014/CS1 del 29.4.2015 y "B., D. P.", CSJ 2869/2015/CS1 del 14.4.2015.

artículo 75” y más recientemente el resonante caso “Cepis”¹² sobre las tarifas de gas, en el que se exhortó al Congreso de la Nación para que proceda a designar al Defensor del Pueblo de la Nación.

En varios de estos fallos, es posible verificar una paulatina amplitud en la revisión de políticas públicas.

El avance del control judicial sobre problemas que otrora hubieran sido considerados “cuestiones

Principalmente, se ha evidenciado en casos donde están en juego derechos sociales que afectan a un vasto número de personas y que las políticas llevadas a cabo por la Administración -si es que las hay- no son idóneas para garantizar los derechos fundamentales de los grupos vulnerables (al respecto véase la causa “Quispe Castro” (Fallos: 335:452 del 24.4.2012) en la que la Corte precisa el alcance y los límites del control judicial sobre una política estatal - en el caso, política de vivienda-. De similar manera, *in re* “Unión de Usuarios y Consumidores” (Fallos: 337:790 del 24.6.2014) se ponderó la política de infraestructura y el servicio de ferrocarriles del ramal Once-Moreno, concluyendo en que ésta no satisfacía los parámetros constitucionales). Este fenómeno está siendo estudiado bajo lo que se denomina “litigios de reforma estructural”¹³ (Verbic, 2013). Aquí también se advierte que los desafíos al derecho procesal son inescindibles a la problemática del Derecho constitucional moderno donde justamente se está planteando un “constitucionalismo dialógico” que postula no la tradicional división de los poderes como compartimentos estancos sino que brega por la resolución de los asuntos constitucionales fundamentales mediante una conversación y cooperación extendida y persistente en el tiempo entre los distintos poderes (Gargarella, 2014).

En similar sentido, y propiciando nuevas formas de cumplir con la faena judicial, se encuentran un conjunto de fallos que postulan que ya el juez no es únicamente la “boca de la ley” sino que debe apreciar los valores comprometidos en la causa sujeta a su juzgamiento (Peyrano, 2011). En forma preponderante, ha tenido lugar en el marco de procesos de familia, en los que la Corte emplazó y ordenó a los magistrados de las instancias inferiores “a obrar con la premura y la mesura que el caso amerita en la resolución definitiva del conflicto, de modo de hacer efectivo el mencionado interés superior de la menor que como principio rector enuncia la Convención sobre los Derechos del Niño”¹⁴.

Las pruebas de oficio son también aceptadas por la Corte federal. Recientemente, las ordenó previo a dictar el fallo “Cepis” (citado). Así afirmó que: “Esta Corte cuenta con las atribuciones necesarias para disponer, en el marco de todas las causas promovidas ante sus estrados por las diversas vías legalmente contempladas, la adopción de medidas que juzgare convenientes para obtener información sobre circunstancias concernientes a los asuntos sobre los que es

¹⁵ Fallos: 339:927 del 12.7.2016.

llamada a intervenir (conf. Fallos: 307: 1229; Morello, Augusto "Medidas para mejor proveer y hechos sobrevinientes en el trámite del recurso extraordinario", E-O, TO 111 pág. 527). Que en las condiciones expresadas y sin abrir juicio sobre la concurrencia de los requisitos que condicionan la admisibilidad del recurso promovido por el Estado Nacional, corresponde disponer la realización de las medidas para mejor proveer que se consideran apropiadas"¹⁵ y así requirió numerosos informes al Estado Nacional (ENARGAS) como así también a Tribunales inferiores.

- CONCLUSIONES

En suma, en esta breve reseña, es posible observar a la luz de la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país, que el rol activista del Poder Judicial se sustenta y justifica en los principios y valores que emanan del Estado Social Constitucional de Derecho. Con ello, no se desconoce la importancia del debido proceso, sino que se le asigna su justo lugar desde una perspectiva teleológica a fin de que verdaderamente la persona y su dignidad sean el eje y centro del sistema jurídico.

Se exige así un rol activo de los jueces involucrados en el justo y acorde trámite del proceso, y no como mero espectadores hasta la etapa del pronunciamiento, para una adecuada resolución de los conflictos en los cuales los moldes legales llevan a una inexorable injusticia.-

No obstante lo expuesto, cabe señalar que el garantismo tiene el deber de evitar el péndulo, y que se haga de la excepción regla, logrando, como el eslogan de una vieja campaña publicitaria, el tan ansiado "equilibrio justo".-

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El garantismo procesal*. Activismo y garantismo procesal. Revista de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 2.009.

GARGARELLA, Roberto (compilador). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI editores. Buenos Aires. 2014.

LYONS, Josefina Quintero, NAVARRO MONTERROZA, Angélica Matilde, MEZA Malka Irina. *La figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia*. Espigado en Dialnet, (enero 2011).

PÉREZ HUALDE, Alejandro. *El usuario y el servicio público en Argentina* en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Raúl Canosa Usera, editores, *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*. Villanueva Centro Universitario, Netbiblo. La Coruña. 2008.

PEYRANO, Jorge W. *Acerca de los "Ismos" en Materia Procesal Civil*. Revista del Foro de Práctica Profesional de Santa Fe, 3er. Aniversario, año 2.011, número 14. Año IV.

PEYRANO, Jorge W. y PEYRANO, Federico J.. *El activismo judicial*. *El Derecho* 266-807 (2016).

SANTIAGO, Alfonso, (h). *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho: consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*. Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2010, 1 edición.

SANTIAGO, Alfonso, (h). *La Corte Suprema y el control político*. Editorial Ábaco. Buenos Aires. 1998.

TOLLER, Fernando y SERNA, Pedro. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. La Ley, Buenos Aires, 2000.

TOLLER, Fernando, FERNÁNDEZ SANTANDER, Adriel y D'ELIA, Daniel. *Enfrentar o armonizar. Metodologías de la Corte para decidir sobre derechos y un ejercicio de control de razonabilidad*. Suplemento bimestral sobre la Corte Suprema, J.A. 2012.

VERBIC, Francisco, *Ejecución de sentencias en litigios estructurales y complejos. La eficacia del Poder Judicial en el control de políticas públicas*. Ponencia presentada en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en Córdoba, durante los días 18-20 de Septiembre de 2013.

REPENSAR EL TRABAJO MIGRANTE DESDE EL PRINCIPIO DE JUSTICIA SOCIAL

*Adolfo Nicolás BALBÍN**

Resumen

En el presente trabajo, se comienza haciendo una breve consideración del derecho a la libre circulación de personas, para dar pie luego a un análisis jurídico particular del trabajo migrante, especie de aquel fenómeno más general. En ese marco, nutriendo los contenidos normativos enunciados con aportes filosóficos, tratamos de vincular el punto del trabajo migrante, con el principio de justicia social, y con un estudio constitucional consecuente. Aunando lo anterior con contenidos de la Declaración Socio Laboral de Mercosur, cerramos el círculo con aportes provenientes de la sociología y la política, lo que nos permite comprender finalmente que el fenómeno migratorio no es un hecho social pasado, sino actual en nuestra realidad social e institucional (aun considerando las variaciones ocurridas en las últimas décadas), y la importancia que para nuestras instituciones democráticas, tiene la idea de sumar aportes que tiendan a constituir una sociedad más igualitaria y justa.

Palabras clave:

trabajo migrante- justicia social- sociedad de iguales- protección constitucional.

Abstract:

In this paper, I begin by making a brief consideration of migration and the freedom of movement. I then move to a particular legal analysis of migrant work. In this context, by nourishing the normative contents enunciated with philosophical contributions, we try to link the point of migrant labor, with the principle of social justice, and with a consequent constitutional study. Adding to those aspects the Mercosur Socio-Labor Declaration, we close the circle with contributions from sociology and politics, which allows us to finally understand that the migratory phenomenon is not a past social fact, but actual in our social and institutional reality (even considering the variations that have occurred in the last decades), and the importance that this contribution to a more egalitarian and just society may have to our Democracy.

Keywords:

Migrant labor - social justice - society of equals - constitutional protection.

* Abogado (UNLP). Profesor Adjunto en Derecho Social. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Argentina Correo electrónico: nicolasbalbin@hotmail.com

I.- INTRODUCCIÓN:

Desde la Secretaría de Extensión Universitaria, se trabaja no sólo con el fin de lograr la concreción de la difusión de espacios colectivos de trabajo (clínicas, observatorios, consultorios gratuitos) sino, y por sobre todo, en el afán de conectar la Universidad con la comunidad toda, siendo cada una de las Facultades parte de la sociedad. Desde esa perspectiva, aplicando principios provenientes del origen mismo de la educación superior en nuestra sociedad moderna (y para el caso especial de nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales).

El derecho debe servir de herramienta inicial para crear mecanismos de racionalización de los conflictos sociales, e interpretación y superación de las injusticias del mismo carácter, no olvidando el indefectible compromiso con la comunidad y la necesidad de superar cualquier forma de conocimiento puramente dogmático, inculcando desde su primer momento la importancia del razonamiento científico.

Con la anterior mirada, nos proponemos embarcarnos en el análisis del trabajo migrante en combinación con principios esenciales de la justicia social y no discriminación, en tiempos en que está en boga la construcción no sólo de murallas culturales en sentido literal por parte de algunos gobiernos, sino también el levantamiento de paredones ideológicos deformadores de paradigmas jurídicos internacionales de protección que no se pueden retrotraer sino que, por el contrario, debieran progresar.

Creemos que desde la Universidad puede erigirse una gran capacidad de análisis y superación de aquellas vallas irracionales de la cultura universal, sobre todo partiendo de la creación de conocimientos de tipo productivos (por contraposición a los meramente reproductivos), saberes críticos y verdaderamente útiles. Sólo desde esa faceta, podremos en verdad conectarnos como Universidad, con el resto de la sociedad.

II.- Migrantes y trabajo migrante: libertad de circulación e integración. Algunas miradas.

Como se sabe, una de las características que nos distingue a las personas de las simples cosas como objetos inanimados, es la movilidad, es decir, la posibilidad de trasladarnos de un sitio a otro ya sea de manera voluntaria como involuntaria

(dependiendo del motivo).

Sobre el punto, podemos distinguir entre lo que se denomina por la doctrina como una mera libertad de locomoción -cuyo campo de aplicación se limita a la circunscripción de un Estado determinado-, de la llamada libre de circulación de las personas (concepto que a nosotros nos interesa en esta ocasión), lo que da origen a la emigración e inmigración internacionales.

Como muy bien se ha señalado en doctrina (CENICACELAYA, 2016:39), no cabe duda hoy día (o no debería haber tal interpretación en el estadio actual de la evolución normativa aplicable a nuestro país), que el derecho humano a migrar es de carácter fundamental, encontrando un reconocimiento indirecto en la libertad de circulación y residencia (por ejemplo la laboral, materia aquí destacada), consagrándose dicha apertura legal en diversos tratados internacionales.

Sobre la última noción mencionada - libre circulación-, advertimos que la misma puede tener origen en causas diferentes y ser enmarcadas en normativa de dispar carácter.

Así encontramos dos núcleos, el primero de los cuales resulta directamente encuadrable por el Derecho Internacional Público, y que da lugar a dos casos especiales de movilidad. En este conjunto, ubicamos el movimiento de personas afectadas al cumplimiento de tareas en las representaciones diplomáticas o consulares de sus Estados (casos de los embajadores), o los casos de las personas desarraigadas que escapan de sus países por razones políticas, étnicas o religiosas, o por catástrofes ambientales, es decir, los que el ordenamiento internacional le asigna la condición de refugiados.

En el segundo núcleo, y con cierta distancia de los anteriores conceptos, nos encontramos con la circulación voluntaria de personas con fines laborales que, sobrepasando los márgenes de los países de los cuales son nacionales, se agrupan dentro de lo que la comunidad científica -y los sectores gobernantes también-, han designado con el nombre de "empleo migrante" como forma de identificar a ese fenómeno social (MANSUETI: 2009).

¹ Art. VIII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 13, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 22, CADDHH; arts. 12 y 13 PIDCP; art. 5 d) i y ii, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, entre otros instrumentos internacionales.

En este marco conceptual, desde siempre, se han advertido los riesgos que conlleva la coexistencia de territorios con desigual desarrollo económico que signifique diversidad de oportunidades de empleo y remuneración.

Sin embargo, los procesos de integración regional resultan al parecer los ámbitos aptos para manejar adecuadamente los traslados por razones de trabajo; por otra parte, según cierto sector de la doctrina, los problemas mayores de inequidad y explotación no se dan respecto de los "ciudadanos intrabloque", sino respecto de quienes se trasladan desde fuera de los espacios integrados (BARRETTO GHIONE, 2000).

Es necesario advertir aquí que el trabajo como fenómeno social implica en su desenvolvimiento y desarrollo no solo elementos de índole económica, sino también social, política y psicológica, elementos estos que cualifican el proceso de trabajo en el marco de lo que Ricardo Cornaglia ha denominado muchas veces como tránsito apropiativo de la energía corporal ajena (CORNAGLIA: 2001).

Y es que la movilización con fines laborales siempre ha resultado traumática, rememorando en esta ocasión los viejos movimientos migratorios del campo a la ciudad producto del nuevo industrialismo pujante sobre todo hacia los siglos XVII, XVIII e incluso los siglos XIX y XX, que motivaron al nacimiento posterior de lo se ha denominado conciencia de clase.

Si hacemos una mirada retrospectiva respecto de la posición de los Estados en las últimas décadas, podremos advertir fácilmente como ha ido reformulándose la posición que los mismos han adoptado respecto de eso que abstractamente se denomina comunidad internacional, lo que ha dado origen a una serie de consecuencias muchas veces positivas, más algunas otras de índole negativa, todo tipificado en base a un acuerdo de las naciones dentro del proceso denominado como "globalización" (término al que volveremos páginas posteriores).

III.- Los principios como fuente del derecho: la justicia social y su función de punto de partida.

Coincidiendo con la opinión del Santi Romano, el ordenamiento jurídico se compone no solamente de normas de contenido positivo, sino también de otras fuentes del derecho, tal como los principios, que ocupan en el Derecho Social una importancia cimera, ya que sus funciones (normativa, interpretativa e integradora), se nutren de manera natural de un contenido en clave protectoria tendiente a otorgar a los trabajadores derechos y facultades que actúan como niveladores en la relación de trabajo.

Dentro del tópico en tratamiento, advertimos la gran utilidad de recuperar el concepto de justicia social, al ser éste unos de los principios que mejor engarzan en materia de trabajo migrante, desde la óptica que hemos seleccionado.

Al respecto, Ángel Gatti ha interpretado que “la justicia social es una concepción estrechamente ligada al mundo del trabajo, que recoge la experiencia histórica del movimiento obrero, en su largo camino de búsqueda del reconocimiento de la jerarquía moral del trabajo, más allá de su valor económico o material” (2015: 70-71).

Destacamos que aunque un sector de la doctrina haya criticado la cualificación como “social” del principio en tratamiento, lo cierto es que –en una tesis superadora–, han planteado Justo López, Fernández Madrid y Centeno, que la calificación de social a la justicia como principio, hace referencia a las exigencias de ella respecto al trabajador subordinado en la llamada sociedad industrial (1977:113).

La justicia social en materia de trabajo migrante se concretaría, según creemos, en la materialización de políticas tendientes a incrementar sus beneficios como personas titulares de dignidad y protegidos por un amplio espectro de derechos humanos del que nuestro país resulta ser parte. Más nunca debe entenderse como un límite máximo, sino (esencialmente), como un punto de partida en la búsqueda de nuevas y mejores condiciones humanas.

Consideramos que la situación del trabajador como sujeto de especial tutela constitucional, se aplica claramente tanto a los nacionales (nativos o naturalizados), así como también las personas migrantes que prestan servicios en el territorio de nuestro país. Existen para ello claras líneas en nuestra constitución nacional, tal cual lo señalaremos en el subtítulo que prosigue.

IV.- De las “minorías” regionales cada vez más ampliadas. Una contradicción con incidencia constitucional.

Ya en la constitución histórica de la Nación Argentina, se impulsó la entrada de personas con fines de conquista en un doble alcance: territorial y cultural.

² En tal línea, Juan Bautista Alberdi expuso en sus Bases que “Las Repúblicas de la América del Sud son producto y testimonio vivo de la acción de la Europa en América. Lo que llamamos América independiente no es más que la Europa establecida en América; y nuestra revolución no es otra cosa que la desmembración de un poder europeo en dos mitades, que hoy se manejan por sí mismas” (v. p. 65). En otro párrafo, señala que “la Europa nos traerá su espíritu nuevo, sus hábitos de industria, sus prácticas de civilización, en las inmigraciones que nos envíe” (v. p. 75 y 76).

Desde el primer aspecto, se trataba de extender el dominio sobre territorios controlados por poblaciones originarias; desde la segunda línea –aunque en relación a la primera–, se habló de barbarie por contraposición a la civilización. En ambas sendas, se propendió el ingreso de población europea².

Lo cierto es que varias décadas después, luego del cese del ingreso de personas provenientes de Europa, nuestro país fue receptor de numerosos grupos de extranjeros provenientes de países vecinos, constituyéndose desde la década de 1960, en el mayor sector movilizad. Asimismo, en los últimos años, también ha incidido el ingreso de personas de Europa del este, Asia y África. Según nuestro último censo (año 2010), de los 40 millones de habitantes con que cuenta nuestro país, un 4,5% son extranjeros, de los cuales el 3,1% proviene de países limítrofes, y el 1,4% del resto del mundo (MORALES, 2010: 345).

En la actualidad por ende, las personas que se movilizan hacia nuestro país, resultan ser generalmente, grupos provenientes de nuestros países limítrofes, quienes indudablemente –acotándonos en este caso sólo a los migrantes que ingresan a Argentina con fines laborales– encuentran claro respaldo en nuestra constitución nacional.

De esa manera, ya desde el preámbulo se advierte ese matiz aperturista, al consagrarse los derechos a la justicia, bienestar (al que se cualifica como “general”), y el beneficio de la libertad, “para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”.

En la misma senda, el artículo 20 consagra los derechos para los extranjeros que habiten dentro de la Nación, al ejercicio de industria, comercio o profesión, agregando además (importante), que no estarán obligados a admitir nuestra ciudadanía³.

Igualmente, contamos con la protección amplia del artículo 14 y 14 bis también de la CN, en tanto refiere que todos los habitantes de la Nación gozan, entre otros, de los derechos de trabajar y ejercer una industria de carácter lícito, o la propia constitucionalización del principio protectorio en nuestra carta magna, derivada de la primera frase del artículo 14 nuevo: “el trabajo en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes”.

³ Como superación de dicha situación, dentro del MERCOSUR, vale destacar, no obstante, el progreso que marca la negociación y acuerdo sobre la Decisión nro. 64/10 –aprobada el 16 de diciembre de 2010– en la ciudad de Foz de Iguazú, y que tiende a lograr progresivamente la materialización dentro del bloque, de un Estatuto de la Ciudadanía mercosureña, tendiente, entre otros objetos, a aceptar la implementación de una política de libre circulación de personas en la región, igualdad de condiciones de acceso al trabajo, a la salud y a la educación. Sin embargo, como bien lo destaca Pablo CERIANI CERNADAS “el principal problema del MERCOSUR es pretender grandes objetivos de integración a través de un marco jurídico-institucional esencialmente intergubernamental, sin cesión de soberanía”.

A su turno, la constitución de la Provincia de Buenos Aires, reitera en su preámbulo la línea protectoria amplia con respecto de la nacional (“proveer el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para el pueblo y para los demás hombres que quieran habitar su suelo”), y consagra en su artículo 11 la igualdad de los habitantes de la Provincia (sin diferencias) ante la ley, prescribiendo claramente la no admisión de distinciones, discriminaciones, ni privilegios por razones de nacionalidad, además de garantizar para todos la igualdad de oportunidades.

De manera tal que, tomando sólo algunos pocos artículos del texto de la CN y de la Provincia de Buenos Aires, advertimos que nuestros constituyentes no han distinguido –en materia de derechos laborales–, a los ciudadanos nacionales respecto de los habitantes extranjeros que presten servicios en nuestro país.

Luego, si unimos las anteriores ideas y las conectamos como simple dato (no por ello menos importante), de la magnitud de personas extranjeras que hoy día habitan el suelo de Argentina, no podemos menos que criticar la expresión de “minorías” culturales, étnicas, socio-políticas ni cualquier otra distinción que a título de conceptualización aproximativa, conlleve al menoscabo de los plenos derechos laborales con que cuentan hoy día los migrantes, fruto de toda una evolución de las ideas jurídicas locales a internacionales.

Por lo demás, según lo ha declarado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 18/2003, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” (17-IX-2003) el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación pertenece al dominio del *ius cogens* y constituye uno de los estándares más importantes de la comunidad internacional, produciendo, a su vez, un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos los miembros de dicha comunidad y a los individuos sometidos a las jurisdicciones estatales, que el principio exhibe un valor absoluto del cual nadie puede desviarse. Siendo ello así, no es admisible la confrontación entre el derecho a no ser discriminado con otros derechos y libertades constitucionales de sustancia predominantemente económica, entre los cuales se hallan los de libertad de contratar e industria lícita⁴.

V.- La Declaración Socio Laboral del Mercosur y el trabajo migrante.

En el año 1998, fruto negociado del Tratado de Asunción con el que se dio inicio al MERCOSUR, dio a luz la Declaración Socio Laboral como instrumento de gran utilidad al momento de reconocer derechos sociales para los trabajadores de la región.

Como bien lo destaca la mejor doctrina, la D.SL.M permite instrumentalizar

⁴ SCBA: LP L 117127, S 16/07/2014, in re: “L. ,J. M. contra P. S. . R.”; del mismo Tribunal, ver LP L 104378, S 08/08/2012, in re “S. ,C. c/C. E. d. C. L. s/Despido”.

en la región el paradigma del Trabajo Decente, lanzado al ruedo doctrinario y político por la OIT (CAPÓN FILAS, 2005).

Este instrumento fue firmado con fecha 10 de diciembre de 1998 en la ciudad de Río de Janeiro y como su nombre lo indica -en el marco de las previsiones el protocolo de Ouro Preto-, no reviste *ipso facto* la calidad de derecho directamente vinculante para los Estados miembros del bloque, sino que más bien aparecería en la escena internacional como una serie de propuestas vinculadas a diversas cuestiones del mundo del trabajo.

No obstante lo anterior, desde su creación y sobre todo ante los nuevos roles que han ido asumiendo los Estados en los últimos años -nutrido de notables políticas de contenido social-, han hecho de la mencionada Declaración más que un texto de proyectos a largo plazo.

En efecto, anualmente los países miembros presentan a la Comisión Sociolaboral Regional (órgano encargado de su aplicación y control), una memoria en donde detallan el grado de cumplimiento especial para cada uno de los países en las materias allí reguladas.

Respecto del contenido de este instrumento jurídico, vale señalar que el mismo cuenta con tres partes: los considerandos y los derechos individuales (artículos 1 a 6 para el trabajador y 7 para el empleador); los derechos colectivos (artículos 8 a 12); política social (arts. 13 a 19); normas relativas a su aplicación y seguimiento a través de una comisión sociolaboral de composición tripartita (arts. 20 a 25).

Por el art. 1° de la *Declaración*, referido a la *no discriminación*, reza que los Estados Parte garantizan a favor de los trabajadores, *“la igualdad efectiva de derechos, tratos y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional”*...

El art. 4° se ocupa en especial de los así denominados “Trabajadores migrantes y fronterizos”, y señala en cuanto a ellos que :“1.- Todo trabajador migrante, independientemente de su nacionalidad, tiene derecho a ayuda, información, protección e igualdad de derechos y condiciones de trabajo reconocidos a los nacionales del país en el que estuviere ejerciendo sus actividades, de conformidad con las reglamentaciones profesionales de cada país.- 2.- Los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera y a llevar a cabo las acciones necesarias a fin de mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores”.

Hay dos partes en este art. 4° de la D.S.L.M., y que abordan de manera muy distinta al trabajador migrante en comparación con el fronterizo.

Si bien la Declaración omite definir ambas categorías, corresponde precisar que la nota distintiva entre el trabajador fronterizo y el migrante clásico, pasa por el hecho de residir en un Estado y trabajar en otro. Así, mientras el migrante abandona por completo su país de origen, con o sin familia, para residir y trabajar en un país distinto, el trabajador fronterizo tiene una doble vinculación nacional, en función de sus lugares de residencia y de trabajo.

Sobre el punto, los autores han discutido el alcance que corresponde atribuirle a los derechos consagrados por el artículo cuarto antes transcrito, en relación con esa especial categoría de trabajadores. De esta manera, mientras algunos sostienen la idea de que los derechos considerados en primer término para los trabajadores migrantes podría recibir la categoría de derechos plenamente operativos en contraste a los del segundo apartado -derecho de los trabajadores fronterizos- siendo éstos últimos de carácter eminentemente programáticos (conf. MANSUETI, 2009), otro sector de la doctrina en el cual nos enrolamos, piensa que los derechos sociales en ninguna medida pueden recibir la categorización como derechos de contenido de programáticos, en tanto su reconocimiento siempre debe resultar acorde con los principios laborales que de manera permanente le sirven de sustento, como los de progresividad, protectorio e indemnidad, y ninguna regla interna o regional puede hacer caer esa cualidad elemental que cualifica al trabajo como fenómeno humano y centro de especial protección constitucional.

A su vez, es dable señalar que en el marco de la Declaración Sociolaboral, se han creado una serie de organismos tendientes a colaborar con los objetivos del mentado instrumento internacional. En tal sentido podemos señalar la existencia de la Comisión SocioLaboral del MERCOSUR (CSL), que se irgue como un órgano con tripe representación -Estado, trabajadores y empleadores-, entre cuyas funciones se encuentra la elaboración de informes o memorias sobre el nivel de desarrollo de cada uno de los derechos consagrados en el instrumento principal, y de su cumplimiento en cada uno de los países miembros.

Asimismo, contamos en la región con el Foro Consultivo Económico y Social (FCES), como órgano de representación de los sectores económicos de los Estados Parte. En este, a diferencia del anterior organismo, su funcionamiento excluye a los sectores gubernamentales, encontrándose constituida por las representaciones empresariales y sindicales, a las que se agregan también organizaciones no gubernamentales, centros de investigación, y otras organizaciones sociales.

No obstante la existencia de las instancias anteriores, parte de la doctrina, a cuya idea adherimos en parte, entiende que a pesar de la multiplicidad de organismos dentro del MERCOSUR encargados de trabajar sobre la temática referente a la movilidad de trabajadores, no se han garantizado avances sustantivos en los años que llevan aplicándose (VICHICH, 2005).

VI.- La importancia de reivindicar una sociedad de iguales. Vida y política democráticas.

Invocando una expresión de Pierre Rosanvallon, estamos en presencia de una nueva cuestión social (2011:8), aunque desde una mirada un tanto diferente a la identificada por el autor en su obra. En efecto, mientras el mismo utilizó dicha idea para hacer referencia a la inadaptación de los viejos métodos de gestión de lo social por parte del modelo de Estado Benefactor europeo de inicios de siglo XX, nosotros tomamos esa mención para identificar la gran desigualdad que muchas veces perjudica a la población migrante, por lo cual nos involucramos en este apartado en un rápido estudio del tópico referente a la igualdad, desde una mirada sociológica y política.

Contra la idea de imponer una tasa de utilización de trabajadores extranjeros, Rosanvallon plantea en una de sus últimas obras, la necesidad de replantearnos muchos de los postulados políticos y sociales con que hoy se maneja la humanidad toda, afirmando la importancia de crear un contexto en que se imponga la igualdad social, frente a la desigualdad del mismo carácter (2012). Afirma que la idea de la igualdad refiere no solamente a un postulado de tipo político, sino también económico, y que las desigualdades no solo afectan a los más desfavorecidos, sino que contrariamente a ello, producen un efecto deletéreo para todos.

Como se ve, lo anterior plantea necesariamente la reconfiguración de los planes y proyectos de la agenda política, que tendrán (o podrán tener) en la academia, un punto de inicio.

De hecho, el objeto de este trabajo apunta a ello. La actual situación mundial marcada por una mundialización de las relaciones económicas, va acompañada del libre movimiento de las inversiones, bienes y capital, aunque en ocasiones dicho dinamismo no encuentre legal respaldo en el movimiento de personas, y aún más con un telón de políticas laborales limitativas que se está imponiendo en buena parte de los países occidentales.

Como lo ha remarcado Mariano Aguirre: “en todos los niveles se fomenta la competitividad global, con normas flexibles en términos de regulación laboral. Pero el concepto de ciudadanía no está globalizado” (2005:48).

Como ha señalado buena doctrina, en el actual fenómeno migratorio se pone en juego un conjunto heterogéneo de factores que involucran desde decisiones individuales y familiares, procesos sociales, económicos y políticos que conciernen tanto a los países de origen como a los de destino, mostrando a la vez, que la magnitud de tales flujos nos reconduce a un fenómeno que no pertenece a la periferia, sino al núcleo mismo de la política (NEJAMKIS, 2016:18).

De tal manera, los fenómenos migratorios involucran necesariamente las propias raíces de nuestro sistema democrático, y es desde allí que se debe trabajar a fin de lograr democratizar progresivamente las relaciones sociales, desestigmatizando a las personas por su origen étnico o geográfico, en un andar que –a la marcha del actual ritmo universal de los derechos humanos y las mejores interpretaciones que de ellos han efectuado numerosos tribunales nacionales como internacionales-, nos permita deslegitimar conductas xenófobas y discriminatorias. Ese es el mejor camino para lograr el verdadero imperio de la justicia social.

VII.- Conclusiones.

A través del presente trabajo, hemos intentado analizar el hecho social migratorio seleccionando ciertos conceptos importantes que necesariamente se involucran dentro de ese tópico.

Desde una óptica más sociológica y política, citamos las opiniones de autores que enriquecen numerosas investigaciones que desde un paradigma más jurídico-positivo se han realizado, sin olvidar referencia a textos legales de importancia, como algunos tratados internacionales o la propia Declaración Socio Laboral del Mercosur.

Como se sabe, más que nada hoy día, la migración levanta discursos que se contraponen con el avanzado estado de los derechos humanos a nivel internacional, lo cual nos habilita a referenciar la existencia de justificativos discriminatorios (aunque muchas veces de manera solapada) nacientes en el seno de la propia sociedad civil, que es justamente la que legitima muchas de aquellas prácticas xenófobas.

En nuestro país, mosaico cultural por excelencia, el ingreso de personas con fines laborales ha significado un elemental condimento para la constitución de la nación, y no podemos libremente virar ese paradigma aperturista simplemente por el cambio de origen de los extranjeros que ingresan al país. Al menos no desde el plano constitucional, como norma fundante de todo nuestro ordenamiento jurídico, pues ya se vio de manera somera, como tanto nuestra

constitución nacional como la de la Provincia de Buenos Aires se cualifican con la protección amplia de todos los habitantes.

Ha dicho Juan Somavía -Director de la Organización Internacional del Trabajo al conmemorarse el primer año de la designación del día internacional del migrante por parte de la ONU, el 18 de diciembre de 2001- que *"los migrantes representan un capital para cada país al que llevan su trabajo. Démosle la dignidad que se merecen como seres humanos y el respeto que se merecen como trabajadores"*.

Sin duda alguna, desde el derecho y la ciencia política, podemos avanzar en un tramo que suponga, de manera indispensable, la eliminación de cualquier forma distorsiva de la propia democracia, recordando y aplicando de manera continua, el noble principio de la justicia social.

VIII.- Bibliografía.

- AGUIRRE, Mariano (2005). "Globalización, migraciones y exclusión". En Fernández, Mariángeles, *Migraciones claves del intercambio entre Argentina y España*, Siglo XXI editores, Buenos Aires;
- ALBERDI, Juan Bautista (1949). "*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*". Estrada, Buenos Aires;
- BARRETTO GHIONE, Hugo (2000). "Libre circulación de trabajadores en el Mercosur: un imaginario de la dimensión humana de la integración", Serie documentos sindicales del Mercosur. Montevideo: Electronic ed.: Bonn: FES Library. Disponible en web: <http://library.fes.de/fulltext/bueros/uruguay/00858.htm>.
- CAPÓN FILAS, Rodolfo (2005). "El empleo decente y la Declaración Socio Laboral del MERCOSUR", HOLOGRAMÁTICA - Facultad de Ciencias Sociales - UNLZ - Año II, Número 3.
- CENICACELAYA, María de las Nieves (2016). "*¿Bienvenidos?. La extranjería en perspectiva constitucional*". Ediciones Cooperativas, Buenos Aires;
- CERIANI CERNADAS, Pablo (2012) "Apuntes críticos sobre derechos humanos, migraciones y libre circulación en el MECOSUR", en "*Revista Derechos Humanos*", Infojus. Buenos Aires: Edit. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- CORNAGLIA, Ricardo J. (2001), "*Reforma laboral. Análisis Crítico. Aportes para una teoría general del Derecho del Trabajo en la crisis*". La Ley, Buenos Aires.
- GATTI, Ángel Eduardo (2015). "*Derecho del Trabajo. Manual de las relaciones individuales*". Buenos Aires: Ed. B de F.
- LÓPEZ, Justo; CENTENO, Norberto y FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos (1977). "*Ley de Contrato de Trabajo Comentada*". Tomo 1. Buenos Aires: Ed. Contabilidad Moderna.
- MANSUETI, Hugo Roberto (2009). "Los trabajadores migrantes y el derecho del MERCOSUR", en Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Dr. Guillermo Cabanellas, página oficial www.ajdtssgc.org.
- MORALES, Diego (2012). "Derechos humanos de los migrantes en Argentina: apuntes sobre nuevas perspectivas jurisprudenciales", en *Revista de Derecho Público*, año I numero 2. Infojus. Buenos Aires: Edit. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- NEJAMKIS, Lucila (2016). "*Políticas migratorias en Argentina, 1976-2010. De la doctrina de Seguridad Nacional, a la consolidación del derecho humano a la migración*". Prometeo, Buenos Aires;
- ROMO, Rafael y, LÓPEZ, Paloma (2005). "La inmigración y los sindicatos. Derechos sociales y laborales de los inmigrantes". En Fernández, Mariángeles, *Migraciones claves del intercambio entre Argentina y España*. Siglo XXI editores, Buenos Aires.
- RONSANVALLÓN, Pierre (2011). "La nueva cuestión social". Manantial, Buenos Aires.
- _____(2012). "La sociedad de iguales". Manantial, Buenos Aires.
- VICHICH, Nora (2005). "*El Mercosur y la migración internacional*". Expert group meeting o international migration and development in Latin America and the Caribbean. Departament of Economic and Social Affairs. United Nations Secretariat.

Apéndice multimedia

Entrevista a Augusto Martinelli

Martinelli es abogado por la UNLP y trabaja en el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Hemos decidido entrevistarlo porque en el año 2016 fue el abogado patrocinante en la causa "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad c/ Ministerio de Minería y Energía". (CEPIS), mediante la cual se dio marcha atrás al aumento de la tarifa del gas en todo el territorio nacional para usuarios domiciliarios. Dicha causa es, por diversos motivos, quizás la más resonante de los últimos años sobre litigio colectivo y litigio de interés público.

La causa surge a partir de las resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación que habilitan el aumento del valor del gas en boca de pozo para todo el territorio argentino. Ante dicha resolución la Asociación Civil CEPIS, con el patrocinio del Ab. Martinelli, inicia un amparo con el objeto de que se cumplan las formalidades que prevé la Constitución Nacional previas al aumento, principalmente la que establece la necesidad de celebración de una audiencia pública. La causa es inscripta en el registro Nacional de procesos colectivos, y se le otorga a la actora la representación de todo el colectivo afectado.

Luego de un resultado adverso en primera instancia, la Cámara Federal de La Plata por unanimidad, otorga el amparo a favor de la actora. Dicha decisión es confirmada, también por unanimidad, por la CSJN en agosto de 2016.

El video de la entrevista puede verse aquí.

COMUNICACIÓN
Y EDICIONES PROPIAS
EXTENSIÓN



Facultad de Ciencias
**JURÍDICAS
Y SOCIALES**
Universidad Nacional de La Plata