



OTOÑO 2018

# DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA  
DERECHOS  
EN ACCIÓN



OTOÑO 2018

# DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA  
DERECHOS  
EN ACCIÓN



# **STAFF EDITORIAL**

## **EDITOR EJECUTIVO**

Pablo Octavio Cabral

## **EDITOR GENERAL**

Guillermo Raúl Moreno

## **EDITORES ASOCIADOS**

José Ignacio López y María del Carmen Alemán

## **DERECHO PRIVADO**

Rosario Echevesti

## **COORDINADORA**

Marcela De Luca

## **CORRECTOR GENERAL**

José Maitini

## **DIRECCIÓN DE ARTE**

Nazarena Mazzarini

## **DIRECCIÓN LITERARIA**

María Cecilia Rita Villegas

## **DISEÑO Y MAQUETACIÓN**

Estudio melHibe

## CONSEJO EDITORIAL

- Víctor Ernesto Abramovich • Universidad de Buenos Aires
- Luis Hipólito Alén • Universidad de Buenos Aires
- Ricardo César Andreu • Universidad Nacional de La Plata
- Gustavo Arballo • Universidad Nacional de La Pampa
- Natalia Lorena Barriviera • Universidad Nacional de La Plata
- Homero Bibiloni • Universidad Nacional de La Plata
- Milay Burgos Matamoros • Universidad de La Habana, Cuba
- Mario F. Cámpora • Universidad de Buenos Aires
- Ángel Carballal • Universidad Nacional de La Plata
- Franco Catalani • Universidad Nacional de La Pampa
- Nicolás Cendoya • Universidad de la República, Uruguay
- Guillermo Justo Chávez • Universidad Nacional de La Plata
- Rodrigo Codino • Universidad Nacional de Avellaneda
- Mario Coriolano • Universidad Nacional de La Plata
- Solange Delanoy • Universidad Nacional de Rosario
- Dino Di Nella • Universidad Nacional de Río Negro
- Graciela de Ortuzar • Universidad Nacional de La Plata
- Jesús Antonio de la Torre Rangel • Universidad Autónoma de Aguas Calientes, México
- Enrique del Percio • Universidad de Buenos Aires
- Diego Dolabjian • Universidad de Buenos Aires
- Carlos Echevesti • Universidad Nacional de La Plata
- Raúl Gustavo Ferreyra • Universidad de Buenos Aires
- Leandro E. Ferreyra • Universidad de Buenos Aires
- Lila García • Universidad Nacional de Mar del Plata
- Juan Martín González Moras • Universidad Nacional de La Plata
- Omar Heffes • Universidad de Buenos Aires

Víctor Eduardo Hortel • Universidad Nacional de La Plata  
Juan Bautista Justo • Universidad Nacional del Comahue  
Mariano Lovelli • Universidad Nacional de La Plata  
Carolina Machado Cyrillo Da Silva • Universidade Federal do Rio de Janeiro  
Fernando Maitini • Universidad Nacional de La Plata  
Andry Matilla Correa • Universidad de La Habana, Cuba  
Alejandro Medici • Universidad Nacional de La Plata  
Enrique Javier Morales • Universidad Nacional de Formosa  
Marcelo Pepe • Universidad Nacional de La Plata  
Alicia Pierini • Universidad de Buenos Aires  
Julián Portela • Universidad Nacional de La Plata  
Carlos Raimundi • Universidad Nacional de La Plata  
Esteban Rodríguez Alzueta • Universidad Nacional de Quilmes  
Romina Ronda • Universidad Nacional de Cuyo  
Johanna M. Romero • Universidad de Cuenca, Ecuador  
Alejandro Rosillo Martínez • Universidad Autónoma de Sal Luis Potosí, México  
Alicia Ruiz • Universidad de Buenos Aires  
Marcelo Saín • Universidad Nacional de Quilmes  
David Sánchez Rubio • Universidad de Sevilla, España  
Rodolfo Sosa • Universidad Nacional de La Plata  
Juan Stinco • Universidad de Buenos Aires  
Natasha Suñé • Universidad Nacional de La Plata  
Ramón Torres Molina • Universidad Nacional de La Plata  
Valeria Volponi • Universidad Nacional de La Plata  
Antonio Carlos Wolkmer • Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil  
Eugenio Raúl Zaffaroni • Universidad de Buenos Aires

<b>OPINIÓN</b> .....	333
¿Estado Gendarme o Estado Fraterno? .....	335
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
<b>TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO</b> .....	349
Mobbing y Discriminación como Patologías Laborales	351
<i>Ramiro Pallares Di Nunzio</i>	
La concesión de la prisión domiciliaria a las madres de niños y/o niñas menores de cinco años o personas con discapacidad, a la luz de la metodología para el análisis de género del fenómeno legal .....	373
<i>María Cecilia Rita Villegas</i>	
<b>SECCION ESPECIAL:</b>	
<b>JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN ARGENTINA Y BRASIL</b> .....	385
El Poder Judicial como arma política. Sobre la intervención del partido justicialista en la República Argentina .....	387
<i>Guillermo Raúl Moreno</i>	
Política y Corrupción .....	401
<i>Carlos Raimundi y Ethel Galarza</i>	
Legalidades aparentes .....	410
<i>Pablo Angel Gutiérrez Colantuono</i>	
Estado de excepción. La forma jurídica del neoliberalismo .....	438
<i>Rafael Valim</i>	

# Legalidades aparentes

*Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono*<sup>1</sup>

## 1. La lucha contra la corrupción<sup>2</sup>

La lucha contra la corrupción es, en estos tiempos latinoamericanos, un tema de principalísima agenda ciudadana, política y judicial. Es parte de la consciencia colectiva en tanto obligación ética de prevenir, investigar, castigar y erradicar la prácticas y comportamientos corruptos.

Todo funcionario público tiene determinadas obligaciones a su cargo nacidas fundamentalmente de que ellos son servidores públicos, los primeros obligados a cumplir las leyes y a desarrollar sus actividades conforme son entendidas en un momento determinado. La intencionalidad en transgredir la ley –recordamos en sentido amplio de la constitución y sus leyes– con el fin de generarse beneficios para sí o para terceros de las más diversas maneras y medios es aquello que en esencia reprocha el sistema penal y el sancionatorio administrativo.

Es claro que la corrupción es bifronte (pública-privada) y que pesan sobre los estados diversas obligaciones tanto de orden interno como internacional de generar herramientas idóneas que efectivicen tal lucha tanto en el terreno público como privado. Ello a través del dictado de leyes respectivas,

---

<sup>1</sup> Director carrera de postgrado *Especialización en Derecho Administrativo*, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Especialista en Derecho Administrativo y Administraciones Públicas –UBA–. Profesor en maestrías en diversas universidades de Argentina, Latinoamérica y de España. Mayor información en [www.gutierrezcolantuono.com.ar](http://www.gutierrezcolantuono.com.ar) Correo electrónico: [drpablogutierrez@gmail.com](mailto:drpablogutierrez@gmail.com)

<sup>2</sup> Para ampliar sobre el tema se sugiere consultar Mairal, Héctor A. "Las raíces legales de la corrupción: o de como el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla; Buenos Aires, RAP, 2007., Gordillo Agustín, Un corte transversal al derecho administrativo. La convención interamericana contra la corrupción en <https://www.gordillo.com/articulos/art9.pdf>.

la incorporación de dispositivos administrativos y el deber de investigar en los diversos procesos judiciales.

Por su naturaleza, por sus mecanismos de concreción, por los niveles de afectación a la población toda y por involucrar al propio aparato estatal es que se trabaja sobre la posibilidad de calificar como delito de lesa humanidad a los actos, hechos y omisiones corruptas. De avanzar con tal calificación serían imprescriptibles y no aptos de ser amnistiados y perdonados por norma alguna. En sede administrativa el perdón administrativo no sería procedente, al igual que no lo sería para condenados por tales delitos la utilización del indulto presidencial<sup>3</sup>, ni amnistías por ley alguna.

Ello, en parte, marca la naturaleza de la corrupción: detrae recursos afectados a la realización de los trascendentes valores de la humanidad toda desde el propio aparato estatal en concurrencia con el sector privado.

Por más que parezca una verdad de *Perogrullo* cabe insistir en que tematizar la corrupción es proponernos eliminar sus prácticas y efectos desde la institucionalidad y no contra esta. Es claro que no es posible anteponer la discusión de la lucha contra la corrupción para con ello debilitar o anular las garantías básicas constitucionales tales como la presunción de inocencia de las personas, el derecho a un juicio justo ante autoridad independiente e imparcial, entre otras. Salvo que se persiga una condena pública para eliminar posibles contendientes electorales u otros fines no buscados por el ordenamiento jurídico, desnudándose así que la lucha contra la corrupción nada

<sup>3</sup> La Corte IDH ha dicho respecto del indulto en Perú al Ex Presidente Fujimori “ 56. Por consiguiente, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, en que mediante un proceso penal se fijó una pena proporcional a los bienes jurídicos afectados, el posterior perdón de la misma por una decisión del Presidente de la República conlleva una mayor afectación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y sus familiares en lo que respecta a la ejecución de la pena dispuesta en la sentencia penal”, Corte IDH Corte IDH, *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú*. – Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia - . 30.05. 2018.



importa realmente a quién la alega. El combate a la corrupción se transforma en una estrategia política electoralista.

Es cierto que asistimos en los últimos tiempos a una mayor amplificación de los procesos por parte de los medios de comunicación, que en parte ayudan a transparentar la propia gestión del gobierno<sup>4</sup>, pero también importa una “época” de la trivialización, a nuestro criterio, de la presunción de inocencia –de entre otras reglas bases del consenso político institucional y social que representan los derechos humanos– la cual es mediáticamente manipulada con finalidad de construir determinados discursos. Este último aspecto que puede generar posturas diversas en el público en general, desde el derecho público nos genera algunas preocupaciones ya que puede generar deterioros en la calidad democrática. Máxime si la lucha contra la corrupción termina siendo ella misma una herramienta de “eliminación” de determinado sector político partidario e ideológico en un momento dado. Afectando así las dimensiones de los derechos políticos tanto en lo individual como en lo colectivo. No sólo estamos frente a condenas sociales antes que judiciales; se trata en determinados supuestos también de la puesta en marcha de dispositivos formalmente constitucionales que, por el abuso en su utilización, abren las puertas a zonas de excepción o de

---

<sup>4</sup> Es reconocida por la jurisprudencia de la Corte IDH la función social y democrática de la libertad de prensa, siendo por ello una “libertad preferida” del sistema constitucional. Es oportuno recordar que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, protegidas bajo el artículo 13 de la Convención, que comprende tanto el derecho de buscar, recibir y difundir ideas, opiniones e informaciones de toda índole, como el de recibir y conocer las informaciones, ideas y opiniones difundidas por los demás. Tal dimensión individual comprende el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundirlas, por lo cual, en este sentido, la expresión y la difusión son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. La dimensión social implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros, el derecho a participar en el debate público y a intercambiar ideas...” “Es, consecuentemente, indiscutible, como se ha señalado en la jurisprudencia de la Corte, que sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia...” – Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, sentencia 8.02.2018 (Fondo, Reparaciones y Costas)

aparente legalidad del sistema desde el propio orden jurídico. Nos movemos a las “zonas de no derecho”, de legalidad aparente o de Estado de Excepción como bien lo explican en Brasil los profesores *Serrano*<sup>5</sup> y *Valim*<sup>6</sup>, entre otros. Pero, con la particularidad, que es esta vez utilizado ello con fines políticos no logrados en las contiendas electorales.

Estas primeras descripciones nos permiten preguntarnos si pueden ser manipuladas las diversas acciones contra la corrupción con fines diversos a aquellos que se enuncian perseguir. Pero también a indagar sobre zonas de debilidad democrática que pueden o no traducirse en la configuración de zonas de no derecho, de aparente legalidad o de un Estado de Excepción.

Para ello es importante detectar síntomas que pueden advertirnos sobre la posible ocurrencia de tal fenómeno, así como la fiebre en tanto síntoma nos alerta sobre la presencia de alguna enfermedad.

## 2. Corrupción y legalidad aparente

La preocupación en punto a la manipulación de la lucha contra la corrupción con fines diversos a los permitidos y buscado por las diversas normas, no pareciera ser sólo nuestra<sup>7</sup>. La

<sup>5</sup> Serrano, Pedro Estevam Alves Pinto, “Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção”, São Paulo: Alameda, 2016. Consultar también Souza, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015.

<sup>6</sup> Valim, Rafael, en su trabajo titulado “Estado de exceção: A forma jurídica do neoliberalismo”, Ed. Contracorrente, São Paulo, 2017.

<sup>7</sup> Cabe recordar lo afirmado por la Corte IDH al tiempo de sentenciar el *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador* - sentencia 28.08. 2013: “...Por tanto, detrás de la aparente legalidad y justificación de estas decisiones, existía la voluntad de una mayoría parlamentaria de ejercer un mayor control sobre el Tribunal Constitucional y facilitar el cese de los magistrados de la Corte Suprema. La Corte ha comprobado que las resoluciones del Congreso no fueron adoptadas en virtud de la exclusiva valoración de unos datos fácticos concretos y con el fin de dar debido cumplimiento a la legislación vigente, sino que las mismas perseguían un fin completamente distinto y relacionado con una desviación de poder dirigida a obtener el control de la función judicial a través de diferentes procedimientos, en este caso, el cese y los juicios políticos. Ello, implicó una desestabilización tanto

Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Resolución Nro. 1/2018 – marzo, 2018 - “Corrupción y Derechos Humanos” expresamente ha sostenido:

“Conscientes que, en la lucha contra la corrupción, es indispensable que los Estados garanticen los derechos humanos de los posibles imputados, de tal manera de garantizar que dichos procesos aseguren el objetivo de combatir la corrupción, *y evitar su utilización con otros fines*” –subrayado propio–.

Se anuda esta posible “mala utilización” de la lucha contra la corrupción con algunos sucesos en los últimos tiempos en Latinoamérica que han derivado en remociones de presidentes bajo una “aparente legalidad”.

Así la Comisión Interamericana<sup>8</sup>:

- Ha catalogado de golpe de Estado lo sucedido en Honduras en el año 2009, habiendo condenado la ruptura del orden constitucional en Honduras
- Ha considerado inaceptable lo expedito del juicio político contra el presidente constitucional y democráticamente electo afirmando que, en la destitución del Ex Presidente Fernando Lugo en Paraguay, la vigencia del estado de derecho en Paraguay había sido afectada.
- Ha expresado su preocupación respecto del juicio político seguido contra la Ex Presidenta del Brasil, Dilma Rouseff em el año 2016

En base a ello también expresó:

“...La Comisión considera que esas situaciones alertan sobre posibles supuestos de desnaturalización de la

---

del poder judicial como del país en general (supra párr. 109) y desencadenó que, con la profundización de la crisis política con los efectos negativos que ello implica en la protección de los derechos de los ciudadanos. Por ello, la Corte resalta que estos elementos permiten afirmar que es inaceptable un cese masivo y arbitrario de jueces por el impacto negativo que ello tiene en la independencia judicial en su faceta institucional”.

<sup>8</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Solicitud de Opinión Consultiva a la Corte IDH sobre Democracia y Derechos Humanos en Contexto de Juicios Políticos, octubre 2017.

figura del juicio político y el consecuente riesgo de que sea utilizada de manera arbitraria de tal forma que encubra un golpe parlamentario.”

Para finalmente colocar en tensión la división de poderes:

“El principio de separación de poderes... puede verse afectado por el posible uso arbitrario del juicio político por parte del Poder Legislativo en perjuicio del Poder Ejecutivo mediante una judicialización inadecuada de lo que es esencialmente político. A su vez, dicho principio puede verse afectado por el posible uso arbitrario del control judicial de dichas actuaciones cuando existe una politización del Poder Judicial. Posibles situaciones de corrupción en alguno de los poderes del Estado complejizan aún más estas situaciones. En ambos escenarios, se ponen en juego las instituciones democráticas y se corren importantes riesgos para la vigencia plena de los derechos humanos.”

El ejemplo más claro de la mala utilización de esta herramienta en nuestros sistemas es sin dudas lo acontecido en Brasil con la destitución de la Expresidenta *Dilma Rouseff*. Se la destituyó ilegítimamente, como ya es conocido. De nuestra parte en su entonces tuvimos la oportunidad de explicar : a) Nos encontrábamos ante un juicio injusto. Esta es la calificación propia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, Corte IDH– para aquellos juicios que no respetan determinadas reglas internas e internacionales, b) La acusación vinculada a decisiones de gobierno en materia presupuestaria imputadas a la Expresidenta no constituían técnicamente hechos posibles de ser revisados por el *impeachment*, c) El juicio de responsabilidad política que se le había iniciado escondía un juzgamiento a sus propias políticas públicas y al proyecto político llevado a cabo por el ex presidente *Lula* bajo la excusa de “una aparente legalidad” de un mecanismo político como lo es el *impeachment*, d) Sucedió así un quiebre del contrato electoral logrado entre ciudadanía y gobierno, un proyecto político aparecía “enjuiciado” por los caminos equivocados, manipulando la legalidad.

La gravedad era de tal dimensión que se comenzó a calificar lo sucedido dentro de las nuevas formas de “golpes blandos”.

Todo ello abrió en el Brasil las puertas al Estado de Excepción, según diversos analistas. Esto es la utilización con apariencia de legalidad de herramientas del sistema, pero cuyo uso ilegítimo permite excepcionar al propio sistema democrático y constitucional de derecho desde este.

Estas “zonas del no derecho” o de Estado de Excepción según así lo categorizan voces autorizadas poseen una clara finalidad política. El “acto de destitución” de *Dilma Rosueff* era parte de una estrategia mayor consistente en quitar del poder, por fuera del mecanismo electoral, al sector que legítimamente había accedido al mismo: el Partido de los Trabajadores –PT–. Para ello se debía lograr, en la contienda electoral de este año en Brasil, que su líder natural y favorito en todas las encuestas estuviese inhabilitado de poder participar. Y es en este punto donde determinadas decisiones del poder judicial aportan la otra parte de la estrategia, encarcelando ilegítimamente a *Lula Da Silva*<sup>9</sup>. Todo ello con la ampliación necesaria y posible de determinados medios de comunicación en la construcción y condena mediática a la figura del “enemigo político”. Se lo debilita y extingue dejándolo vulnerable bajo distintas estrategias. Incluyendo gestos hostiles e ilegales contra quienes llevan adelante la defensa técnica de sus derechos. Hablamos así de la configuración de un caso de *LAWFARE* o *guerra judicial* en tanto mal uso y abuso del derecho con fines políticos.

El *LAWFARE* tiene una metodológica específica con fines determinados, no toda interpretación errónea, abusiva del derecho o investigación judicial “encaja” dentro de tal dispositivo. La construcción, reconocimiento y debilitamiento del “enemigo político” lo es para quitarlo de la arena política electoral, impidiéndole postularse como referente de un espacio partidario. Pero ello no acaba allí, se afecta a toda la ciudadanía que simpatiza con tal proyecto electoral a través de la afectación de su propio derecho

<sup>9</sup> “Condena a Lula: ¿Estado de derecho o ‘lawfare’? Análisis efectuado por Andy Robinson, Lima en <http://www.lavanguardia.com/internacional/20180405/442206466841/condena-lula-estado-derecho.html>.

político colectivo. Impacta negativamente en los derechos políticos individuales de la carrera política de quién es objeto del *LAWFARE* y de los derechos políticos de la ciudadanía al impedírsele elegir o no a determinado candidato en la oferta electoral.

El mecanismo del *LAWFARE* no distingue en su empleo de ideologías, no importa si se trata de izquierdas, derechas o centro, es el enemigo de determinados intereses en determinado momento y espacio el que es llamado a ser atacado, debilitado y eliminado bajo la metodología del *LAWFARE* del espacio electoral.

Combatir la corrupción seriamente y no selectivamente –ni como pantalla para proscribir sectores partidarios antipáticos para el *establishment*– sólo es posible dentro de las propias reglas que impone el sistema constitucional. Y no con otros fines. Investigar, sancionar, condenar sin el respeto al debido proceso, sin pruebas, sin hechos acreditados, sin respetar la presunción de inocencia, abusando del instituto de la presión preventiva, son algunas de las estrategias utilizadas en la posible configuración de un caso de *LAWFARE* previa ampliación de un supuesto caso de corrupción por parte de los factores de comunicación comprometidos con determinados intereses.

En realidad, nos encontramos en estos supuestos frente a procesos políticos que exhiben un claro divorcio entre aquello que algunos llaman “lucha contra la corrupción” a través de un proceso supuestamente “revestido de legalidad” y la exigibilidad, por el otro lado, del respeto irrestricto al debido proceso, esto es de la legalidad real.

### **3. La criminalización de la política pública y la politización de la justicia<sup>10</sup>**

La tensión entre jueces y gobierno es conocida bajo las expresiones de la politización de la justicia y la judicialización de la política.

---

<sup>10</sup> Hemos publicado sobre el tema en formato artículo de opinión aquí [http://vaconfirmamendoza.com.ar/index.php?articulos\\_seccion\\_719/id\\_2756/la-criminalizacion-de-la-politica-publica/imprimir/imprimir](http://vaconfirmamendoza.com.ar/index.php?articulos_seccion_719/id_2756/la-criminalizacion-de-la-politica-publica/imprimir/imprimir)

El control que los jueces acaso puedan efectuar de las políticas públicas sucede, entre otros, por vía indirecta en el plano de la actuación penal de los funcionarios y , ya en vía directa, en el control de la política pública desde su validez constitucional.

Cierto también es que la clase política, dirigentes y autoridades elijen más de las veces el camino de la judicialización de diversos asuntos en vez de buscar caminos de diálogos y debates. Se busca la confrontación inútil al extremo de la argumentación falsa, y cuando ello no es suficiente motor o fuerza de visibilidad electoralista se ocurre por ante los tribunales con denuncias penales las más veces, y en menor cantidad, a acciones que intentan controlar el apego de la decisión adoptada a los parámetros de constitucionalidad exigidos.

La judicialización de la política tiene por responsables a la clase dirigente, mientras que la politización de la justicia es protagonizada por los propios jueces. Ambas debilitan a nuestro criterio el fluido tráfico de construcciones políticas provenientes de sus ámbitos naturales: consenso y disensos de ideas y programas propuestos desde los partidos políticos en tanto estos son reconocidos como actores principalísimos de nuestras democracias constitucionales.

Las políticas públicas, como es sabido, están contenidas en aquellas decisiones generales, es decir en decretos y resoluciones de los gobiernos que concretan algunos aspectos de las funciones generales que tienen a su cargo, esto es la administración general del país. También en leyes de los parlamentos. Estas decisiones son tomadas en base a aquello que está permitido por la constitución y las leyes. Pero también desde los propios criterios que poseen los gobernantes acerca de la conveniencia institucional en adoptar una decisión u otra en un momento determinado. La conveniencia o inconveniencia puede dar lugar a mayores o menores niveles de legitimidad, y desencadenar futuros corrimientos de escenarios electorales. Más ello nos parece que sea una excusa validad que permita a) abrir un proceso de juicio político, b) disponer un proceso

criminal con el objetivo de vaciar de contenido de legalidad al criterio de oportunidad, c) desplegar el control judicial en abstracto de la oportunidad de la decisión adoptada.

Cabe recordar que muchas de las decisiones adoptadas son precedidas por intervenciones de órganos y organismos de control que aseguran que las mismas son posibles de ser adoptadas, incluso existen controles constitucionales de autorización previa a la toma de decisión.

Ahora bien, si bien es cierto que el marco constitucional brinda amplitud de criterios a los gobiernos en la elección de los medios que se seleccionarán para darle contenido a sus políticas públicas, también lo es que esa misma constitución les imponen algunas reglas para adoptar sus decisiones. De entre ellas la decisión política debe respetar el estándar de razonabilidad. Esto es que sea adecuada a los fines que dice satisfacer con la adopción de esa medida y no otra, en ese momento y no en otro tiempo, bajo debida fundamentación previa participación del sector involucrado o destinatario de esa política pública. Este aspecto de la razonabilidad de la política pública es una de las llaves que abren la puerta al control de la política pública concretada en la dimensión de los derechos de las personas bajo el estudio de la debida proporcionalidad de medios afines. Bajo estos parámetros y no otros, bajo el control en el caso concreto que permite esa ponderación, y no en abstracto.

En estos últimos tiempos se han registrado en distintos países la influencia en el ámbito político institucional de las determinadas decisiones de los poderes judiciales, tal como lo hemos referido en *EL Caso Lula*<sup>11</sup>, y que antes hemos apuntado. La mala interpretación o abuso en el uso de la ley con fines políticos no es sólo una cuestión del derecho penal. La orden judicial que impidió a *Lula* asumir en el cargo de ministro en el gobierno de la Expresidenta *Dilma Rouseff*, representa una clara

<sup>11</sup> *El caso Lula: la lucha por la afirmación de los derechos fundamentales en Brasil*, Coordinada por Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins y Rafael Valim; Contracorrente, São Paulo, 2017.



intromisión judicial en el campo político con fines concretos de debilitamiento de una figura presidencial.

Los tribunales supremos en general eligen el caso bajo el cual fijarán postura. Pero también eligen el momento en que decidirán hacerlo. Este “uso de la oportunidad en que se toma la decisión” es una herramienta que en algunos supuestos genera consecuencias en el plano político de la vida democrática de un país. Ambas elecciones respecto del caso y el tiempo pueden esconder, en ocasiones, una clara intervención en el plano político. Existe un arbitrio judicial que tiene proyecciones en la realidad política si se trata de un asunto de trascendencia institucional.

Llegados a este punto nos interesa agregar que los poderes judiciales diseñan e instrumentan políticas públicas también. La instrumentación vía competencias de orden administrativas-reglamentarias de un régimen específico para las acciones de clase cuando estas no están expresamente reguladas por las leyes, puede ser citado como uno de entre tantos ejemplos. Sin dudas optar por un modelo u otro de acciones de clase habla de por sí solo de una política pública en materia de acceso a la justicia y de efectos extra-partes de las sentencias con fines de prevenir a) la alta litigiosidad, b) la multiplicación de sentencias diversas con posibles afectaciones a la seguridad jurídica. Pero también es posible hablar de una posible alta concentración de determinados sectores de la justicia.

Otro tanto podremos decir si se opta por un modelo concentrado o no de control de constitucionalidad. Nos explicamos. Pareciera generarse pluralidad de opiniones en un sistema de control de constitucionalidad difuso, mientras que en aquel otro de tipo concentrado la alta concentración de poder pareciera generar una tendencia hacia una menor pluralidad de voces dentro de ese poder judicial. En definitiva, un mayor alejamiento aún de un posible mecanismo de democratización de los poderes judiciales en la construcción de política pública judicial.

Ello se hace más evidente aún si a ello le agregamos el análisis el control de convencionalidad y su simetría con el control

de constitucionalidad interno<sup>12</sup>. La invocación de la inconveniencia pareciera depositarse en los mismos que despliegan la competencia para declarar inconstitucional una norma con efectos más allá de caso. Ello produce una concentración sumamente intensa en un solo sitio del poder judicial que puede acaso generar en algunos supuestos determinada inclinación al “discurso judicial único”.

El poder judicial, el que menor legitimidad de origen posee según es sabido de todos los poderes, ofrece justamente en el plano de los derechos humanos determinadas resistencias. Muestras de ellos son a veces las tensiones existentes entre los máximos tribunales internos e internacionales en temas de derechos humanos<sup>13</sup>. Generándose tensiones que bien pueden evitarse. El error parte en estos supuestos de generar discusiones en términos de poderes y la supremacía de estos en el orden interno internacional o internacional interno. El origen y la razón de ser de las convenciones internacionales es otro y no aquel: la protección transnacional de los derechos humanos en forma complementaria y coadyuvante del orden interno. Sólo y tan sólo si aquellos infraccionan el sistema nace la protección transnacional como garantía de dos órdenes: a) de la víctima afectada por el hecho estatal generador de responsabilidad

<sup>12</sup> “La Corte recuerda que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención Americana, entre ellos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. En esta tarea deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana. Asimismo, este Tribunal ha indicado que, en lo que respecta a la implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, “el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso” - Corte IDH, *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú.* – Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia - . 30.05. 2018.

<sup>13</sup> Basta citar en este sentido los casos de la Corte IDH, *Caso Gelman c. Uruguay*, Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia - 20/03/2013 -; Corte IDH, , *Caso Fontevecchia y D’Amico c. Argentina*, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia -18/10/2017-

internacional y b) del propio orden internacional de los derechos humanos para que este se preserve, se consolide y se amplíe con las correcciones de las conductas y omisiones estatales que desconocen las obligaciones internacionales asumidas soberanamente. La garantía trasnacional, en tanto subsidiaria y complementaria del orden interno, le agrega, como nos gusta decir, calidad ciudadana a las personas en los modernos estados constitucionales y convencionales<sup>14</sup>.

En el fondo aparece la tensión de uno de los poderes del Estado que se encuentra en las puertas de una profunda transformación que más tarde o más temprano llegará. La justicia ha dejado de ser una preocupación y ocupación exclusiva del poder judicial, tal como ha sido concebida desde hace ya tiempo. No obstante ello se insiste en que sea este quien, en la representación social, aparezca monopolizando el valor justicia. Es el atesoramiento de cuotas de poder que no se quieren perder. Actualmente afianzar la justicia es una función que asumen los diversos poderes del estado, las organizaciones intermedias, los movimientos sociales, la ciudadanía. Debemos desjudicializar el valor justicia en el sentido de quitarle la mirada asociada exclusiva y excluyentemente a lo orgánico de un poder del estado si es que queremos buscar mecanismos de concreción de una sociedad equitativa. Así como se ha entendido que, penalizando determinadas conductas, en nada se transforman determinados patrones culturales en materia de seguridad.

Y ello es posible, como ha sido posible pensar el modelo de las ciudades sin poderes judiciales en su ámbito, con excepción hecha de algunas grandes metrópolis, o distritos federales que luego son mutados en su estatus político. No es menor pensar el valor de realización de justicia en clave de ciudades, ya que

---

<sup>14</sup> Para ampliar, puede consultarse Pablo A. Gutiérrez Colantuono, "La Dimensión Dinámica y Abierta de los Derechos Humanos, la Constitución Nacional y las Administraciones Públicas", LL 18/01/2018, 1 – y LL 19/01/2018, 1; Cita Online: AR/DOC/2973/2017; "Dialogarán la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación?", DPI Cuántico - Derecho para Innovar 06/11/2017.

asistimos por estos tiempos aquello que hemos denominado la *era de las ciudades*. Sobre el punto nos hemos expresado en sentido de sostener que la ciudad es un espacio colectivo culturalmente rico y diversificado que pertenece a todos sus habitantes y donde todas las personas tienen derecho a la ciudad sin discriminaciones. En tal espacio se promueven las condiciones de hábitat que hacen a la dignidad de las personas y la sostenibilidad social, económica y ambiental en una perspectiva colectiva de la ciudadanía. La ciudad la percibimos como expresión de los derechos fundamentales. Bien podría resumirse la idea del derecho a la ciudad como el espacio de la plena realización de los derechos fundamentales. En otras palabras, los derechos humanos en clave de ciudad. Estos, como es sabido, se expresan en sus dimensiones civiles, políticas, económicas, culturales y sociales; algunos con mayor contenido prestacional y presupuestarios que otros, pero ciertamente todos interrelacionados y sin grado de prelación alguna. La expresión de la humanidad, el desarrollo individual y social en los ámbitos de la ciudad miran principalmente el tema de la accesibilidad a determinados bienes y condiciones que hacen posible ese desarrollo. El tema del acceso es un tema central, ya que ello conecta con el uso y disfrute del espacio “ciudad” bajo condiciones de equidad. Equidad e igualdad debieran ser temas de principalísima agenda en nuestros países y región latinoamericana. En algún punto central, se trata del estudio de la ciudad a escala humana entendida a esta como la realización individual, colectiva y social de la persona bajo las condiciones que aseguren su buen vivir. Es en este contexto que la justicia se mira desde la ciudad de manera no orgánica para vivírsela multifocalmente.

Por último agregaremos que la justicia global desarrollada en órganos y organismos internacionales alejados de la idea orgánica de la justicia interna es otra realidad actual e irreversible, que habla de una justicia distinta en sus formatos internos estatales y con proyecciones también diversas.

#### **4. Las inequidades y la lucha contra los privilegios, síntomas de la legalidad aparente**

La igualdad y la lucha contra los privilegios es un tema que nos ocupa, desde la perspectiva de cómo ello se traduce en una de las razones posibles de ser invocadas en aquello que hemos llamado síntomas de debilidad democrática que, a veces, se traduce en una democracia formal dentro de un Estado de no Derecho, o estado de Excepción.

Al respecto la CEPAL recientemente ha explicado<sup>15</sup>:

“En buena medida, la crisis de legitimidad de los sistemas políticos y de los Gobiernos de la región responde a una percepción crítica respecto de privilegios enraizados en sectores de la sociedad, así como en las relaciones entre el poder y el dinero. El fortalecimiento de la democracia pone en tensión la cultura del privilegio. Pero, al mismo tiempo, plantea un interrogante respecto de la consistencia entre el avance simbólico y el avance material de la democracia hacia una cultura de igualdad de derechos. El avance simbólico hace referencia a una institucionalidad democrática y una apertura de espacios deliberativos que inscriben en el imaginario colectivo la idea de una comunidad de iguales en derechos ciudadanos. El avance material se refiere a instrumentos efectivos que traducen esa conciencia en acciones para promover la igualdad y sancionar los privilegios. En este campo de conflicto entre la cultura de igualdad de derechos y la cultura del privilegio, es necesario fortalecer los tres pilares sobre los que se construye la igualdad. En primer lugar, las instituciones y las políticas en favor de igualdad deben tener como complemento el avance en materia de instituciones y políticas de reconocimiento de la diferencia. De este modo, se desnaturaliza la jerarquía que pone desigualdad y diferencia como dos caras de la moneda. En su visión de la igualdad como valor fundamental del

<sup>15</sup> “La ineficiencia de la desigualdad”, 2018 Trigésimo séptimo período de sesiones de la CEPAL - La Habana, 7-11 de mayo 2018 -

desarrollo, la CEPAL planteó esta bisagra que articula la igualdad material y la igualdad simbólica –derechos sociales y derechos culturales– (CEPAL, 2010 y 2014). Las políticas del reconocimiento tienen, a su vez, un fundamento igualitario y democrático. El privilegio, cuando se asocia al género, la cultura, la condición étnico-racial o el lugar de origen, es cada vez más impugnado y resistido desde la lógica del reconocimiento. La mayor visibilidad pública y política de grupos tradicionalmente invisibilizados, junto a sus demandas y derechos, afirma la cultura de la igualdad. En segundo lugar, las democracias deben combatir las prácticas características de la cultura del privilegio en las que un actor se constituye, a la vez, en juez y parte. Para ello es necesario contar con un sistema de justicia independiente y con acceso igualitario, a fin de que las prácticas de abuso se sancionen oportunamente y se den señales claras ante los delitos propios del ejercicio del privilegio –la evasión fiscal, la apropiación ilícita de rentas o el trato abusivo en la relación laboral–. Complementariamente, la justicia debe empoderar a quienes requieren de la institucionalidad judicial para hacer respetar sus derechos políticos, sociales, laborales y culturales. Las políticas de no discriminación deben plasmarse en instituciones consagradas por el Estado y ser capaces de revertir la cultura del privilegio en campos y acciones concretos. El tercer elemento es introducir cambios institucionales que reviertan la cultura del privilegio mediante pactos sociales para la igualdad, como propuso la CEPAL a los países miembros en el documento de posición presentado en el trigésimo quinto período de sesiones (CEPAL, 2014). La construcción de pactos, que se plasmen en leyes y políticas de Estado, en materias que han sido secularmente sometidas a la cultura del privilegio puede ejercer su efecto en el imaginario colectivo y revertir marcas culturales largamente afincadas. Los pactos son a la vez fin y medio: en cuanto frutos de un proceso deliberativo en favor de la igualdad y de aprendizaje democrático son fines en sí mismos y en cuanto instrumentos de

política pública son medios para proveer de continuidad y progresividad a las políticas en favor de la igualdad. Tanto en el proceso de construcción de pactos como en su consagración institucional, se produce un aprendizaje colectivo en que la cultura de la igualdad de derechos se abre paso en el imaginario colectivo y, consecuentemente, el espacio de la cultura del privilegio se restringe. Se desarrollan así los hitos fundacionales con los que la democracia crea instituciones que favorecen la igualdad.”

La desigualdad en términos reales y concretos existente al menos en nuestros países latinoamericanos ha llevado, quizás indirectamente, a la Corte IDH a construir un concepto fuerte de igualdad tanto en términos jurídicos como institucionales.

Tiene dicho la Corte IDH<sup>16</sup>:

“El principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en varios instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el denominado *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.”.

Bajo tal idea, la Corte IDH ha receptado a la garantía de la igualdad como integrante del derecho imperativo de los derechos humanos, integrándola así al concepto del *ius cogens*. Todo lo cual no resulta menor al menos en el plano de las consecuencias que ello genera en los ámbitos institucionales y, especialmente, en las denominadas acciones positivas estatales.

Por nuestra parte a formularnos algunas preguntas básicas: **¿Podemos** continuar “escondiendo” detrás de la de seguridad jurídica, los alarmantes índices de pobreza e inequidad? **¿Podemos seguir sosteniendo que la seguridad jurídica es garantía**

<sup>16</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24.08.2010.

**de las inversiones y que éstas a su vez derraman sus efectos** sobre la distribución equitativa de la riqueza? ¿Es la seguridad jurídica un principio jurídico que debe reinterpretarse desde los principios de los sistemas regionales e internacionales de los derechos humanos?

Pero por otra parte debemos enfatizar una vez más la necesidad del involucramiento y la participación en la gestión de los asuntos públicos de la ciudadanía, la cual implica no tan sólo el acceso a la información pública y el debate de determinados tópicos de las políticas públicas por diversos mecanismos participativos –las audiencias públicas, son uno de ellos–. Importa también la efectiva permeabilidad de la decisión pública y del diseño de la política pública. Ya no es posible sostener el diseño de medidas que impacten en el desarrollo equitativo de la población sin que esta participe activamente en el diseño e implementación de las mismas. Las decisiones destinadas a grupos vulnerables, protegidos especialmente por los sistemas internos e internacionales de los derechos humanos deben ser pensadas planificadas y ejecutadas con dichos grupos y no aisladamente desde despachos burocráticos sin anclaje territorial y social. No se combate a la pobreza sin la participación de todos los sectores, especialmente de aquellas personas destinatarias de las decisiones de gobierno.

En palabras de la Corte IDH la participación pública “...representa uno de los pilares fundamentales de los derechos instrumentales o de procedimiento, dado que es por medio de la participación que las personas ejercen el control democrático de las gestiones estatales y así pueden cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas. En ese sentido, la participación permite a las personas formar parte del proceso de toma de decisiones y que sus opiniones sean escuchadas. En particular, la participación pública facilita que las comunidades exijan responsabilidades de las autoridades para la adopción de decisiones y, a la vez, mejora la eficiencia y credibilidad de los procesos gubernamentales. Como ya se ha mencionado en ocasiones anteriores, la participación pública



requiere la aplicación de los principios de publicidad y transparencia y, sobre todo, debe ser respaldado por el acceso a la información que permite el control social mediante una participación efectiva y responsable<sup>17</sup>. Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 23.1.a) del Pacto de San José de Costa Rica –en adelante PSJCR– con múltiples alcances.

Creemos que el derecho a incidir y controlar por parte de la ciudadanía también posee una contracara en materia de deberes: Es un deber humano del ciudadano contribuir efectivamente en lograr el bien común según se desprende del mismo texto del PSJCR, en que se formulan en diversos pasajes obligaciones y no tan sólo derechos a cargo de las personas según hemos indicado. Ello nos abre la dimensión colectiva y social de los derechos.

## **5. La dimensión comunitaria y humanitaria de los derechos como herramienta legitimante**

El PSJCR en un apartado especial de los deberes humanos expresa que las personas poseen deberes para con toda la humanidad. Y que estos deberes limitan a los derechos de las personas, y su conexión con el bienestar general –apartado 2 del artículo 32º–. Pero a la dimensión universal de esos derechos, también el propio PSJCR los enuncia limitados por los deberes que cada uno posee respecto de su comunidad. Este apartado nos parece sumamente trascendente, ya que brinda un anclaje de la efectividad de los derechos al desarrollo de las personas en los ámbitos de su propia comunidad.

Los derechos asumen así el desafío de su propia dimensión comunitaria y de humanidad, y no tan sólo en la dimensión liberal de los mismos. Aparecen los deberes humanos, los cuales se proyectan desde los derechos hacia la familia, la comunidad y la humanidad. Esta expresión de la comunidad y la humanidad prevista en el artículo 32º ap. 1 del PSJCR se ha de anudar

<sup>17</sup> Corte IDH , OC-23/17 cit.

a la definición que tiene el propio PSJCR respecto del interés general o bien común. La Corte IDH ya no en su función contenciosa si no en la consultiva sostuvo: “Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de “orden público” y “bien común”, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 66 y 67)”; citada en la opinión consultiva OC-6/86, 9.05.1986.

Es en este contexto normativo e interpretativo que reconocemos el deber de involucramiento de la ciudadanía en la concreción del bienestar general. Es un emergente del deber para con la comunidad que tienen las personas, el cual se integra por los derechos enunciados en el PSJCR pero que a

su vez se encuentran limitados por los deberes de las mismas personas para con su comunidad y especialmente por las previsiones del artículo 32° inc. 2 al decir: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

El acceso a la información pública, la participación de los asuntos públicos, el derecho al desarrollo vinculado a los derechos económicos, sociales y culturales –26– ampliado por el Protocolo de San Salvador, derecho a un trato igualitario y sin discriminación –25–, se asumen como partes integrantes de un derecho colectivo al desarrollo anclado en los deberes que toda persona tiene para con su comunidad.

El vehículo es la solidaridad, y esta comporta un valor estructurante de las ramas del derecho público, muy especialmente el derecho administrativo en que la tensión ciudadanía administraciones públicas se distienden a partir de este principio.

Ello debiera sin más indicarnos que nos encontramos frente a un derecho administrativo de los derechos y garantías ciudadanos antes que del poder y sus competencias. Donde el punto de intersección entre derechos-garantías ciudadanas y competencias públicas ha de ser la ampliación de aquellos tanto en sus dimensiones individuales, colectivas como sociales. La visión de los derechos articulados con los deberes humanos es aquella que nos permite analizar la dimensión social y conectarlos con la finalidad de las administraciones públicas. Nos lleva a entender que existe una reconfiguración de la relación ciudadanía administraciones públicas. Aparece así la cogestión del mismo interés por ciudadanía y estas, el cual no es otro más que la dimensión social de la realización institucional del bienestar común en tanto ampliación de derechos de la comunidad toda. En definitiva, más ciudadanía antes que más poder, o más poder para mayor ciudadanía.

## 6. ¿Cómo democratizamos nuestras democracias?

La pregunta se orienta a detectar herramientas que nos brinden mayores y continuos niveles de legitimidad –participación e impacto ciudadano efectivos– a los gobiernos legalmente instalados por el voto democrático. El voto ciudadano legitima un proceso constitucionalmente llevado a cabo para instalar un gobierno. En origen es legítimo y legal –constitucional–.

Durante el mandato gubernamental la legalidad del poder puede disociarse de la legitimidad alejándose del anclaje social ciudadano del mismo. De allí que sea interesante siempre reflexionar sobre mecanismos de participación individual y colectiva tales como consultas populares, presupuestos participativos, foros ciudadanos, de entre otros tantos posibles.

Sin dejar de valorar a estos, en esta ocasión nos preguntamos cómo legitimar aún más y continuamente un gobierno de forma tal de achicar esas posibles distancias entre el elegido y los electores, gobierno y ciudadanía.

Es que la deslegitimación del poder es un tema que nos habla de la fragilidad de las democracias, legitimarla nos permite fortalecerlas y resignificarlas permanentemente.

Para ello es necesario imaginar herramientas que permitan a los gobiernos ser permeables del sentir ciudadano, y no quedar aislados de quién es el verdadero titular del poder: la ciudadanía. La pregunta puede acaso tener múltiples respuestas y aun así ser todas ellas insuficientes. Nosotros hemos pensado algunas, que aquí presentamos:

1. Las ONGs: Irrupción en los espacios de gobierno de las organizaciones sociales, de forma tal de amplificar su recorrido social y territorial pero ahora desde el propio estado. La mirada fresca, sensible, de escucha, de sensibilización por lo general de las ONGs brinda una flexibilidad y plasticidad distinta a los gobiernos cuyos funcionarios políticos habrán de aprender que el estado es un “estado”. Un estado anímico, del sentir, del pensar, del escuchar, del articular

de entre otras acciones para luego, sí claro, gestionar. Ello conlleva algunas precisiones necesarias: a. Las ONGs deben primero aceptar el desafío, están acostumbradas muchas de ellas a “luchar contra” el gobierno, y en el esquema que proponemos ellas pasan a integrar un gobierno, ahora es desde el gobierno y no en contra de este. b. Los gobiernos deben desde el espacio estatal ampliar, multiplicar y apalancar el recorrido social preexistente para impactar las estructuras estatales y desde allí expandirse con mayor fuerza aún hacia la sociedad toda. Con ello es posible “contagiar” la matriz de sensibilización y lucha por los derechos y deberes propios de cada ONG a otras áreas de la humanidad y otros sectores sociales. c. Los gobiernos deben revisarse continuamente para auto restringirse en la “tentación” de apropiarse o vaciar las ONGs en vez de amplificar sus trayectos sociales.

2. El ecosistema cultural: la escucha a las y los artistas, la mirada hacia y desde su presencia sensible y testimonial de quienes son hacedores de la cultura nos alertan sobre aquello que no debe suceder, de los límites del accionar de todo gobierno y del propio contenido de las políticas públicas todo ello en sensibilidad y heterogeneidad social. Los hacedores de la cultura son una suerte de “luz roja” que alerta a los gobiernos de qué fronteras no traspasar.

3. Banco de pensadores: personas que desde sus ciencias puedan brindar interdisciplinariamente miradas a temas locales y del presente desde una perspectiva universal y temporal distinta. Los pensadores son en parte las y los intelectuales, pero también son aquellas personas activistas sociales que, con su escucha, su recorrido y sus sapiencias recogidas desde la experiencia pueden conjuntamente diagnosticar los grandes trazos por dónde camina y caminará nuestra humanidad. La fusión de ideas, valores y experiencias se convierte en insumo para las posibles políticas públicas.

En fin, estas tres herramientas junto a cientos de otras que pueda acaso imaginarse pueden impactar en una gestión de

gobierno abierta y sensible de forma tal de refrescarla, renovarla constantemente y con ello legitimarla en términos del sentir ciudadano desde las miradas heterogéneas. De esta forma el voto emitido legalmente en forma esporádica adquiere mayores niveles de legitimidad en el curso de un gobierno, y este a su vez hunde sus raíces en el entramado social en vez de alejarse, aislarse y hasta en ocasiones intentar combatirlo. Es tiempo de cambiar la matriz de la gestión de los gobiernos, sus maneras muchas veces de no sentir que el estado es eso un estado, un estado de ciudadanía. El desafío es seguir pensando mecanismos ciudadanos individuales y colectivos de participación e incidencia que sean legitimantes de los gobiernos legalmente constituidos

## **7. Algunas consideraciones finales más no últimas**

No es posible luchar contra la corrupción desde la ilegalidad muchas veces presentadas bajo el ropaje de una “legalidad aparente” tanto por los medios de comunicación como del propio poder del estado que la adopta. Ello traerá tiempos tormentosos. La corrupción se la combate desde la constitucionalidad la cual explicita los límites propios de nuestras democracias constitucionales: los derechos humanos como núcleo inderogable e indisponible tanto por ocasionales mayorías ciudadanas como de gobiernos.

La democracia constitucional importa aceptar que existen acuerdos básicos sobre los cuales es posible construir mayores niveles de ciudadanía e institucionalidad. El núcleo duro de ese acuerdo son los derechos y garantías humanos que son ante todo un límite al poder, a los poderes. Los derechos fundamentales son límites al “poder”. Nacieron con la clara finalidad de impedir que una mayoría coyuntural pueda, con base en una “legitimidad de origen”, violar los derechos humanos. Son, en síntesis, indisponibles, transformándose en un límite al propio sistema democrático. En rigor, representan más que un límite, ya que son el propio fundamento del sistema democrático

y constitucional. La protección transnacional refuerza esta perspectiva al presentarse como instancia internacional de protección de los derechos fundamentales, dada la real posibilidad de que los Estados incumplan los compromisos internacionales asumidos en los tratados regionales y universales de derechos humanos.

El mercado, y sus reglas están atravesados por ese núcleo duro y no a la inversa. No hay mercado posible sin que este asuma que su destino es promover las condiciones que permitan el derecho efectivo al desarrollo de las personas, de allí que es connatural al sistema constitucional la regulación estatal del mercado. Podemos discutir las intensidades de esa regulación, más no que el mercado se encuentra atravesado por las reglas constitucionales y de los derechos humanos.

La lógica del poder busca siempre zonas de confort y no control. La dimensión de las democracias constitucionales y de los derechos humanos nos propone justamente un espacio indisponible por parte de los poderes internos de los Estados. Es una "porción" de la vida ciudadana e institucional que no les pertenecen, en tanto es dominio de la humanidad toda. De allí la fuerte reacción del poder y de los poderes especialmente contra los tribunales internacionales de la justicia de los derechos humanos. Esta comporta en esencia una justicia que rompe la lógica del poder de escaparle al control, ya que al ser transnacional se encuentra fuera del alcance de dicha lógica

Las políticas públicas tienen al menos dos dimensiones: una, la estrictamente política, la otra del orden de la razonabilidad. La política implica la libre apreciación y valoración por parte de la autoridad máxima de qué tipo de política pública construir, en qué momento adoptarla y cuál es el valor superior que intenta satisfacer con la misma. La segunda, razonabilidad, ya requiere insumos técnicos e intervención de organismos y órganos internos y externos de control con la mayor especificidad técnica posible y autonomía de criterio. Aquí existe una responsabilidad funcional de quién aconseja un camino y no otro,

asumir unas consecuencias y no otras, etc. La máxima autoridad de gobierno adopta decisiones previa síntesis que efectúa de ambas dimensiones, la cual debe estar suficientemente justificada y comunicada. Aquí la responsabilidad esencialmente es institucional y electoral. Ciertamente es que cada cual es responsable por las decisiones que adopta, pero dichas responsabilidades son distintas según la distribución de funciones y la naturaleza de la decisión que se adopta. Los caminos para hacer efectivas las responsabilidades son diversos y de los más variados alcances, no hace falta imaginar nuevos mecanismos, estos ya existen por doquier. Ciertamente es que “alguien” debe hacerse cargo ante la ciudadanía si una política pública ha sido desacertada, ha traído mayores niveles de inequidad; pero de allí a criminalizar las políticas públicas como mecanismo de deslegitimación social de la dirigencia política nos parece iniciar un recorrido peligroso para nuestras democracias.

La afectación individual y colectiva de los derechos políticos se traduce en menor calidad democrática. Las intervenciones judiciales y “materialmente judiciales” tanto de poderes legislativos como judiciales, entre otros, en la remoción de un proyecto político legitimado electoralmente genera ciertas consecuencias que, en determinados supuestos, puede provocar a) la afectación de los derechos políticos de un líder y b) la afectación de los derechos políticos colectivos de la ciudadanía o una parte de ella. Legitimidad en tanto límite que representa el derecho a elegir de la ciudadanía dentro de la mayor oferta electoral. Se produce una afectación del derecho colectivo político desde las maniobras que hemos señalado de construcción, debilitamiento y eliminación del “enemigo político”, o bien de los “golpes de Estado blandos” o encubiertos. La afectación del derecho colectivo político de quienes votaron a quién es “destituido por mecanismos aparentemente legales, pero sustancialmente ilegales” o por mecanismos propios del *LAWFARE*, comporta un límite y un censor a tales proceder. En este punto debemos ser claros: en el sistema moderno del Estado Constitucional y Convencional de Derecho, los jueces



son los garantes fundamentales y últimos de, por lo menos, dos garantías esenciales: el debido proceso legal y el principio de la presunción de inocencia. Está terminantemente prohibido no respetarlas. Si el juez las vulnera, pierde independencia e imparcialidad, condiciones imprescindibles para el ejercicio de la función jurisdiccional. Las “alegaciones” de “luchas morales” con la finalidad de justificar la debilidad de las mencionadas garantías fundamentales resultan, invariablemente, en el fracaso del Estado de Derecho.

Exceptuar las reglas generales del debido proceso legal en una persecución criminal por considerar el caso “grave”, “especial”, “complejo” o cualquier otro calificativo, es manifiestamente inconstitucional y violatorio de los tratados de derechos humanos. Al no respetarse el debido proceso legal fracasamos todos como sociedad. No es, reiteramos, un tema que solo interesa a la persona cuya esfera jurídica es seriamente afectada. Se trata de la pérdida de nuestra propia humanidad.

Concretamente referimos a la lucha de los derechos fundamentales como garantía social de todos y no de una persona nada más. Para mostrar la trascendencia que tiene el debido proceso en las democracias, y de cómo se puede manipular determinados sistemas con la finalidad de lograr seleccionar a una persona para que pueda o no ser candidata en una elección determinada. *El caso Lula* es paradigmático de lo que se ha llamado estado de excepción, es decir una apariencia de legalidad que ‘excepciona’ a la legalidad, justamente a las reglas del estado de derecho. No es el único en nuestra Latinoamérica por estos tiempos.

Por último, debemos tratar de desentrenar la vinculación existente entre la legalidad prevista en el art. 9 del PSJCR, con las dimensiones individuales y colectivas de los derechos políticos establecidos en el artículo 23 de dicho Pacto. Para luego saber a ciencia cierta que estamos o no frente a determinadas manipulaciones de una legalidad aparente. Pero el tema es más estructural, nos lleva necesariamente a replantearnos aspectos

culturales, por ejemplo, de la enseñanza del derecho en nuestras universidades.

A la espera de descubrir las respuestas a tal entramado, nos es posible indicar a la movilización social como herramienta posible para visibilizar y lograr que efectivamente se corrijan los abusos del poder; también como una metodología legitimante o no de las decisiones de gobierno. El pueblo tiene en su poder la herramienta para deslegitimar una decisión que en “apariencia” es legalmente adoptada. Y con ello lograr revertir las medidas adoptadas. También son esos movimientos sociales los cuales generan políticas públicas concretas, tal como venimos observando hace ya tiempo en la Argentina. Algo está por llegar... de la mano del efecto transformador del cual son portadores las nuevas generaciones.