

¡Juira negro!

"Ever tried. Ever failed. No matter.
Try Again. Fail again. Fail better."
Samuel Beckett *Worstward Ho* (1983)

El tema

En este trabajo voy a analizar la respuesta judicial dada a un reclamo de la comunidad afro en la Ciudad de Buenos Aires, en virtud de ser víctimas de persecución policial. Se trata de migrantes, en su mayoría africanos, que se encuentran en esta Ciudad en virtud de contar con una residencia precaria o un pedido de refugio y que sobreviven mediante la venta ambulante de bijouterie. Son sus características físicas - específicamente el color de su piel - las que hacen que las fuerzas de seguridad los "identifique" como extranjeros y así, los acose, los detenga o demore, los amenace, los asuste y les manifieste que no deben permanecer en nuestro país "porque los negros no son de aquí".

El problema es entonces el accionar del sistema penal que mediante sus prácticas racistas y de exclusión impide la supervivencia de este colectivo de migrantes.

Una organización no gubernamental, Colectivo para la Diversidad (en adelante llamada COPADI) patrocinó un reclamo de hábeas corpus colectivo y preventivo a fin de requerir el cese de la criminalización de la venta ambulante de los miembros de esta comunidad, amparada en el art. 83 del Código Contravencional de la Ciudad.

A través de este caso, analizaré la respuesta de los distintos magistrados al planteo y consideraré el arraigo ideológico de la decisión de cada uno de ellos magistrados. Asimismo, intentaré considerar si una problemática de este tipo es posible de ser abarcada por el sistema de justicia y, en su caso, por qué (no).

El problema: control de la inmigración por contravención (o presunta)

Más allá del caso judicial propiamente dicho, creo que es necesaria una (por razones de espacio, brevísima y simplificada) introducción a la problemática.

Desde la década del '90 Argentina comenzó a recibir mayor inmigración africana, mucha de la cual se asentó en la Ciudad de Buenos Aires. Actualmente no hay datos certeros, pero se estima que la población africana en esta urbe es de dos mil personas, de las cuales sólo un 5% tendría empleo fijo. El resto sobrevive mediante trabajos informales en construcción, limpieza o venta; muchos de éstos últimos con la venta ambulante de baratijas en las zonas de Constitución, Liniers o Retiro. De éste último grupo, existe una gran representación de ciudadanos senegaleses: muchos de ellos se encuentran aquí en calidad de peticionantes de refugio o ya han obtenido el carácter de refugiados.

La actividad de venta ambulante en la Ciudad de Buenos Aires se encuentra incorporada en el art. 83 del Código Contravencional de la Ciudad sobre uso del espacio público:

Artículo 83 - Usar indebidamente el espacio público. Quien realiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, es sancionado/a con multa de doscientos (\$ 200) a seiscientos (\$ 600) pesos.

Quien organiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, en volúmenes y modalidades similares a las del comercio establecido, es sancionado/a con multa de 5.000 a 30.000 pesos.

No constituye contravención la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria.

Esta norma es la utilizada por la policía que constantemente levanta actas de infracción a los vendedores ambulantes, a pesar de la existencia de un tipo permisivo en el último párrafo.¹

Pero no se trata de una discusión de dogmática penal: los agentes policiales seleccionan a las personas que identifican como "afro" que en la mayoría de los casos no entienden cabalmente ni hablan correctamente el idioma: les piden que circulen, los obligan a mostrar sus identificaciones y pertenencias, les exigen "regalos" y les quitan su mercadería, sin

¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Derecho Penal. Parte General", 2ª ed., Ediar, Bs. As., 2002, pág. 591.

constancia escrita u autorización judicial algunas. En muchos casos, en ejercicio de supuestas facultades precautorias, los "trasladan" a dependencias policiales para su identificación por entender que el certificado de residencia precaria no acredita identidad, llegando incluso a retirarles sus pasaportes y secuestrar sus pertenencias.

Sin embargo, en todos los casos en que son labradas actas contravencionales por violación al art. 83 CC e iniciado proceso, sólo el 1,5% de los casos llega a audiencia judicial, es decir que no prospera judicialmente la contravención. Esta estadística, extrañamente, no morigera el ansia de labrar actas de la policía federal². Conforme estadísticas de 2007 (las últimas disponibles previo al inicio del caso judicial que analizaré, que data de enero de 2009) el 48,5% de las actas labradas tenían como presunto infractor a una persona migrante. Es decir que se observaba claramente un impacto desproporcionado sobre este colectivo de personas. De aquellos contra los que fueron labradas dichas actas, diecinueve son personas de nacionalidad senegalesa, sobre un total aproximado de doscientas personas de dicha nacionalidad en el país. Otro dato interesante es que las únicas causas de conflicto con la ley de las personas de dicha nacionalidad africana fueron iniciadas por supuesta infracción al art. 83 del Código Contravencional y de Faltas. Ello, sobre un colectivo que (según datos de encuestas realizadas por miembros de la comunidad afro) se estima que vive en un 98% de la venta de subsistencia, que en su totalidad trataron y tratan de conseguir otro tipo de trabajo pero que no han podido acceder a ello, que no reciben ayuda social de ningún tipo, y que **el 100 % ha sido parada por la policía en la calle, el 83% por ciento con frecuencia semanal mientras realiza las mencionadas actividades de subsistencia.**

Lo que las estadísticas no pueden reflejar y sólo insinúan es el acoso policial sufrido: es decir, aquéllos casos en los que ni siquiera se labró acta pero existió la amenaza o "disuasión" por parte de personal policial, lo que les impidió desarrollar su tarea de mera subsistencia. Y algo que no debemos dejar de notar es que en los casos en los que sí se labró acta, la policía demoró a las personas y secuestró sus pertenencias, por lo que se vieron privados de su actividad de supervivencia. Todo ello, sin traductor y, ergo, sin conocimiento alguno por parte del acusado de los derechos que los amparan y, claro, sin asistencia letrada de ningún tipo.

² Cifras del Ministerio Público Fiscal de la CABA

Este es un breve pantallazo de la situación al momento de interposición de la acción de hábeas corpus preventivo por parte de COPADI. Es de notar que a lo largo del proceso se fueron sucediendo hechos que agravaron la situación de los accionantes. Entre ellos, un episodio policial en el cual un ciudadano senegalés resultó herido de arma de fuego³.

El caso judicial

El caso a partir del cual voy a proponer cierto debate se origina en un reclamo de hábeas corpus de tres personas - Ibrahima Mbaye, Sakho Bara, Ibrahima Mbaye y Sergine Lam - por su propio derecho y en favor de sus compañeros africanos y afrodescendientes que trabajan en venta ambulante en el barrio de Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Ello, en virtud de alegar ser víctimas de persecución permanente por parte de la Policía Federal, cuyos agentes los amenazan constantemente con detenerlos y despojarlos de sus pertenencias, llevan a cabo dichas acciones y en muchos casos les han secuestrado su documentación. Específicamente mencionan que diariamente miembros de la mencionada fuerza de seguridad les manifiestan que se tienen que retirar de la zona dado que no quieren "negros" trabajando allí.

Dicho accionar, entienden los denunciantes, se enmarca y es testimonio de los altos niveles de racismo existentes entre los integrantes de las fuerzas de seguridad, que utilizan criterios xenófobos de criminalidad y sospecha respecto de la comunidad senegalesa/afro; es decir que, a través de su ejercicio del poder punitivo seleccionan recurrentemente a los miembros de ese colectivo y criminalizan su condición, constituyéndolos en infractores de la ley. Por ello, en enero del año 2009 interpusieron una acción judicial.

El fallo de primera instancia.

En primera instancia se llamó a audiencia y luego de recabar información de dependencias policiales y en el marco de una segunda audiencia, se rechazó la acción. El juez sostuvo que *"la policía no sólo está en condiciones legítimas de realizar la prevención ante la ocurrencia de un hecho contravencional o penal, sino que además pueden utilizar la coacción directa - en los casos explicitados - conforme lo autoriza la ley"* y sostuvo que no se habían aportado pruebas de restricción o

³ <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-121917-2009-03-22.html>

amenaza ilegítima o arbitraria alguna. Ello no obstante, giró las actuaciones para la investigación de una posible infracción a la ley de actos discriminatorios.

Actuaciones posteriores

Posteriormente y en virtud de la apelación interpuesta por los accionantes, intervino la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y confirmó la resolución de primera instancia, sin aceptar la producción de prueba ofrecida por los amparistas. Luego de un recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad hizo lugar al agravio en cuanto a la negativa de producir prueba y ordenó a dicha instancia de apelación la producción de la prueba previo al dictado de un nuevo fallo.

Sin embargo es de destacar que los jueces Conde y Casás sostuvieron que la cuestión respecto de si la venta ambulante se enmarcaba en la permisión del último párrafo del art. 83 del Código debía ser *"determinada judicialmente para cada caso en particular y no dejada en cabeza de los funcionarios policiales que se encuentran ante una posible contravención"* legitimando así el accionar policial.

Finalmente, la Sala III de la Cámara de Apelaciones recibió el caso y realizó la audiencia en la cual se escuchó a los testigos y se aceptaron informes varios.

El fallo de Cámara

Dicha sala de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas dictó con fecha 20 de agosto de 2009 su fallo. Las primeras consideraciones realizadas por sus integrantes se refieren, oportunamente, a la viabilidad de la vía escogida por los miembros del colectivo afro para la protección de los derechos invocados, es decir, a la procedencia del hábeas corpus colectivo.

Una vez dirimida esta cuestión, los magistrados se abocaron al análisis de la petición de fondo, que caracterizaron como un pedido de verse libre de *"la amenaza cierta de sufrir*

seguimientos u hostigamientos arbitrarios por parte de la Policía Federal y el Ministerio Público, sustentados en cuestiones raciales"⁴.

Sin embargo, la primera aclaración que realiza el tribunal - acorde con los lineamientos del juez de primera instancia - es que *"la tutela a la libertad no puede comprender la imposibilidad de realizar procedimientos contravencionales acordes a las normas vigentes, con las limitaciones propias que ellos importan, a los que se hallan sometidas todas aquellas personas que se encuentran, en principio, cometiéndolas, y más allá de lo que posteriormente se determine judicialmente"*.

Es decir que la Cámara comienza su análisis del caso advirtiendo que los peticionantes no podrán utilizar la acción para evadir la ley: el tribunal consideró importante advertir que una acción de estas características no puede ser utilizada para evadir el accionar policial en tanto práctica integrante del sistema penal. Este comienzo es cuanto menos significativo, pues parece operar sobre los jueces aquello que se pretende atacar con la acción: la existencia de un estereotipo respecto de la actividad que desarrollan los migrantes afro. Renglón seguido, la Cámara continúa en esta línea al establecer que ninguna persona tiene derecho a frustrar la actividad oficial, ni senegalesa, ni argentina, ni de ninguna nacionalidad, al decir que debe someterse la persona a este trato (detención, secuestro precautorio de mercaderías) pues recién después mediante el proceso sabremos si lo que hizo es punible o no. Es entonces el propio tribunal que legitima el criterio se sospecha y omite considerar cómo es legítimo que una persona que realiza una conducta no punible_ sea estigmatizada, "marcada", constituida en una identidad delincencial⁵ por la actividad que el tribunal considera de legítima averiguación. Poco importará ya el resultado del proceso: si es tratado como delincuente, es delincuente.⁶

La Cámara entonces, en breves párrafos y sin mencionarlo, amparándose bajo ropajes dogmáticos, se hace eco de una política criminal idéntica a la que anuncia la práctica policial denunciada por los accionantes: nuestra idea de seguridad asume que los extranjeros deben someterse a este control y no acepta que puedan esos extranjeros de un color diferente ser víctimas. Aún cuando entre las pruebas aportadas por los accionantes se encuentra el decreto

⁴ Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Causa Nro. 2206-00-CC/2009 "Mbaye, Ibrahima s/ infracción art. 23.098 Ley 23.098 (Habeas corpus).

⁵ Anitua, Gabriel Ignacio "Historia de los pensamientos criminológicos", Ed. Del Puerto, Bs. As, 2005, pág 360.

⁶ Anitua, op. cit. pág 363.

que aprueba el Plan Nacional contra la Discriminación que denuncia estas circunstancias⁷. Nos muestra cándidamente cómo el Poder Judicial entiende su tarea en términos formalistas⁸, y sostiene que los accionantes han presentado "entremezcladas" dos dimensiones que son necesariamente distintas: por un lado, el proceso de hábeas corpus que pretende neutralizar una amenaza, y por el otro, el proceso en el cual se juzgan delitos, faltas o contravenciones. ¿Por qué? Porque los reclamantes alegan la existencia de una práctica sistemática y racista que amenaza su libertad y al mismo tiempo hacen referencia a hechos específicos de maltrato o discriminación. Son estas dos cuestiones que el tribunal entiende que son distintas y distinguibles. Y que la segunda nada tiene que ver con este proceso.

Es por ello que el tribunal se centra en la cuestión del hábeas corpus colectivo y determina que *"no se ha acreditado la existencia de una amenaza cierta a la libertad de los accionantes, presupuesto necesario para la procedencia de la vía intentada"*. Ello así, en tanto *"la cantidad de actas labradas a personas de la comunidad senegalesa no resulta representativa en comparación con la cantidad de actas labradas por esa misma infracción a gente no perteneciente a ese grupo"* lo que en consecuencia entienden *"impide otorgar carácter selectivo en base a cuestiones raciales a los procedimientos iniciados"*.

También cita a una testigo - Margarita Meira - no perteneciente a la comunidad que solicita amparo y quien expresara en su testimonio que lleva muchos años vendiendo en la calle y por eso sabe que los procedimientos policiales siempre se dirigen contra los pobres. De hecho, el fallo específicamente menciona que en sólo uno de los procedimientos la persona fue llevada a la Oficina del Ministerio Público y que parte de las dificultadas se encuentran relacionadas con la falta de manejo del idioma de los miembros del colectivo afro. Sin embargo, *"resulta imprescindible distinguir claramente entre las funciones propias que legalmente debe ejercer la policía de seguridad de aquellas problemáticas socio-culturales que han quedado expuestas a lo largo de la audiencia"*. Así, los jueces escinden la situación social del grupo y su condición migrante de la petición de hábeas corpus incoada, desentendiéndose de esta cuestión "social" que nada tiene que ver, nos dicen, con el derecho penal. Ello, a pesar de que la petición hace referencia a la identidad étnica y a la condición de migrante del grupo. Ello a pesar de que el propio tipo permisivo del art. 83 hace referencia a la condición social de la persona.

⁷ Decreto 1066/05.

⁸ De Sousa Santos, Boaventura "La transición postmoderna, derecho y política", DOXA 6 1989.

El decisorio se destaca por su formalismo y dogmatismo extremos: no analiza la práctica - específicamente aquello denunciado - la escinden de la actuación del sistema penal en su conjunto y la aparta a un lado como quien separa la paja del trigo, para dedicarse al análisis de normas. Aquellas conductas que sean altisonantes las considerará "anómalas" y no parte de un sistema y una política criminales que ya fue esbozada por dos de los jueces del Tribunal Superior al entender que las personas deben someterse a este sistema, pero no puede hacerse cargos de conductas propias de "agentes descarriados". Todos los datos acercados que dan cuenta de la sistematicidad del accionar policial son apartados, toda identidad que el grupo reivindique será etiquetada como "cuestiones sociales" que, aunque penosas, no se relacionan con el derecho penal.

Su conclusión es que la Policía Federal Argentina *"tiene el deber de prevenir aquellas conductas que presuntamente infrinjan el Código Contravencional de naturaleza penal"* que rige en la ciudad y que, en todo caso, dado que el universo en conflicto con la norma *"excede notoriamente el colectivo que busca amparo"* se desvirtúa cualquier indicio de que el colectivo afro sea sistemática ni selectivamente perseguido por motivos raciales. Pero así atribuye a los accionantes otro motivo, dado que sostiene que *"bajo el ropaje de requerir la tutela de un derecho del colectivo, que se dice vulnerado por motivos racistas, en realidad se cuestiona la legislación vigente en materia contravencional y de faltas en relación a la venta ambulante y su aplicación por parte de los operadores del sistema penal local"*. Es decir que la Cámara legitima con todas sus fuerzas el poder disciplinador⁹ de las fuerzas de seguridad contra el migrante afro.

El fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁰

Finalmente, el Tribunal Superior de la Ciudad intervino en la cuestión de fondo y con fecha 11/08/2010 emitió un fallo mediante el cual hizo lugar a la queja y revocó el fallo de la Cámara. Un resultado ideal, ¿no? Veremos.

El fallo fue dividido, con dos jueces votando por este resultado y dos jueces en contra, y el juez ad-hoc Carlos Balbín inclinando la balanza a favor del resultado final. Si transcribo el

⁹ La idea de poder disciplinador se la debemos a M. Foucault (ver, por ejemplo, Foucault, M, "Seguridad, territorio, población", Fondo de cultura Económica, Bs. As., 2006.)

¹⁰ Bara, Sakho s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Mbaye, Ibrahima s/**inf.** art. de la ley 23.098 (habeas corpus).

resolutorio ("*hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad [...] ordenar al GCBA, al Ministerio Público Fiscal, a la Policía Federal y a la Policía Metropolitana que extreme los medios necesarios para que exista una comunicación eficiente de sus derechos desde el primer contacto con el presunto contraventor; II. ordenar a la Policía Federal y a la Policía Metropolitana que realice todos los esfuerzos para garantizar la intervención en forma inmediata del Ministerio Público Fiscal*") tengo la sensación de que los lectores quedarán decepcionados: ninguna fuerte denuncia ni reforma. Podríamos resumir la decisión diciendo simplemente que el TSJ ordena a dichas entidades cumplir con la ley, ¿verdad?

Veamos los argumentos:

El juez Lozano entiende que no puede sostenerse que haya animosidad por parte de la policía hacia el colectivo afro, pero sí que la norma (art. 83 del Código Contravencional) repercute en forma diferencial respecto de ellos: "*estas probanzas sí resultan suficientes [...] para tener por configurada una situación de especial afectación de la norma en cuestión sobre el grupo representado por los actores*". Es decir que no se hace eco de la existencia de una práctica racista, pero sí del argumento de "impacto diferencial"; sin embargo, no parece relacionarlo con el sistema penal. Para analizar esta cuestión, entonces, entra en consideraciones dogmáticas respecto al tipo incorporado al Código Contravencional. Creo importante destacar que el artículo dice específicamente "**no será contravención**" y más allá de los inquietantes vericuetos del derecho penal el mandato legislativo está más que claro: baratijas o mera subsistencia no es una conducta sancionada. Pero el magistrado entiende necesario realizar un ejercicio hermenéutico respecto de la intención legislativa al incorporar dicho párrafo. Este ejercicio ocupa gran parte del voto del Dr. Lozano, quien entiende que es desentrañando teóricamente esta cuestión que arribaremos a la solución justa para el caso.

Así, llega a la conclusión de que la venta para subsistencia (conducta que es la que el colectivo manifestó en todo momento realizar, sostuvo que no debía ser perseguida conforme a la norma y en ejercicio de la que la Policía Federal incurría en violaciones de derechos constitucionales) no es punible, y que en atención a ello tanto la policía como el resto de los órganos estatales "*deberán abstenerse de tomar las medidas precautorias contempladas en el 18 y ss. de la LPC (ley n° 12), tanto sobre las cosas como las personas en cuestión. Cuando no tengan certeza, pero existan señales claras de que una conducta captada por el art. 83 podría ser de aquellas no punibles con arreglo a su último párrafo, deberán observar, en el ejercicio de las competencias que les acuerda la ley, el máximo esfuerzo*

para evitar medidas compulsivas que luego se muestren inconducentes por decisión del Ministerio Público Fiscal de no ejercer la acción respectiva. A ese fin, deberán hacer los máximos esfuerzos para poner la situación en conocimiento de los agentes de dicho Ministerio tan pronto como sea posible y no proceder a cualquier medida de las de los arts. 18 y ss. de la LPC sin su previa indicación o, si constataren la imposibilidad de hacerlo, evaluando por sí, tan completamente como fuere posible, si la conducta puede ser encuadrada en el último párrafo del art. 83".

En cuanto al agravio planteado por violación al derecho de defensa y la ausencia de intérprete, aquí el magistrado se siente más cómodo, enmarcado como está este reclamo en la matriz liberal que acompaña los fallos judiciales. Así, ordena una conducta específica por parte de la Administración que detallaremos a continuación.

Pero respecto del lenguaje es el voto de Alicia Ruiz el más interesante. Ya al analizar el agravio de defensa en juicio hace notar el cariz dogmático del fallo de Cámara. Señala cómo el argumento utilizado por el tribunal de apelación de que es "fácil" comprender el procedimiento policial *"es una manifestación de prejuicios coloniales, según los cuales las lenguas de los estados colonialistas (y por extensión el idioma nacional de un Estado) son parte de la cultura universal — presuponiendo así la obligación de saberlas por parte de aquellos que son colonizados o en su defecto que conforman una minoría lingüística— mientras que las lenguas propias de las culturas que fueron sometidas al orden colonial o que se desconocen por variadas circunstancias son reducidas a un particularismo exótico, sin reconocimiento institucional. Esta concepción incide directamente en el reconocimiento y la protección de los derechos de ciertos individuos o grupos."* y critica el hecho de que la Cámara, aún reconociendo la existencia de dificultades en cabeza de los migrantes por su distancia no sólo lingüística sino también cultural, no se haga cargo de que dicha situación configura una vulnerabilidad respecto de la cual los tribunales deben intervenir. En efecto, el tribunal de apelación se mostró empático respecto a la dificultad que atraviesan los migrantes, pero entendió que estas dificultades no deben implicar una diferencia en la conducta policial, que se ampara en una norma "ciega al color"¹¹, ya habiendo el fiscal caracterizado la petición de "acción afirmativa"¹².

¹¹ Gotanda, Neil, "A critique of "Our Constitution is color blind" en Delgado, R. y Stefancic, J. "Critical Race Theory: the cutting edge", 2nd edition, Temple University Press, Philadelphia, 2000.

¹² Dictamen fiscal

Pero en cuanto al agravio de la conducta de los agentes policiales y del sistema punitivo respecto de los migrantes/refugiados, la jueza cuestiona la postura de la Cámara de Apelaciones respecto de las probanzas acercadas al caso. Específicamente, por haber colocado en cabeza del colectivo migrante en forma absoluta la carga de la prueba. Es la doctora Ruiz la única juez que hace referencia en ambos fallos a la actividad probatoria de la demandada; en ningún momento el fallo de Cámara hace referencia a aquellas pruebas acercadas por el Estado, pero como bien dice la magistrada del Tribunal Superior, toma como válido el número de refugiados senegaleses acercado por un testigo e informante del tribunal pero ignora el resto de la información aportada, y sin rigor alguno desecha la magnitud del acoso policial, sosteniendo que *"las afirmaciones tendientes a relativizar la denuncia a partir de la calificación de los casos como "pocos" es una forma de invisibilizar las prácticas cotidianas que a nivel micropolítico sostienen la naturalización de las prácticas racistas"*.

En efecto, la relación que los jueces establecen entre el discurso formalista y las cantidades de personas dañadas son totalmente ajenas a los relatos de los vejámenes que intentan ser legitimados en el proceso. Los jueces intentan constantemente separar las cuestiones "sociales" de aquello de lo que debe ocuparse el derecho: categorías, tipos penales, excusas absolutorias. La Dra. Ruiz se hace cargo de la necesidad de ser oído del colectivo que reclama: pero no respecto de un traductor en los procedimientos policiales, sino de visibilización de su problemática. La magistrada se resiste a la estrategia de desechar lo distintivo de este colectivo a través de la estrategia de monocausalidad: al contrario, se hace cargo del fenómeno de interseccionalidad que atraviesa la comunidad afro que los accionantes vienen a representar: el hecho de que las personas puedan pertenecer a más de un grupo desaventajado al mismo tiempo, o poseer más de una característica por la cual son objeto de discriminación. Esta experiencia no es reflejada cuando la ley encasilla monocausalmente el motivo por el cual se encuentran en desventaja. En este caso, la Dra. Ruiz específicamente lo señala: *"en el caso se trata de un colectivo pasible de sufrir en forma simultánea discriminación u opresión por múltiples variables, a saber: el color de su piel, su origen nacional y étnico, su condición de migrantes - en muchos casos en carácter de refugiados -, su idioma y la situación de pobreza, entre otros"*.

De alguna manera sigue la idea de "intersectionality" acuñada por Kimberlé Crenshaw¹³, para hacer referencia a personas que se encuentran en una situación de desigualdad que tiene su razón de ser en hallarse en la intersección de situaciones que las vulnerabilizan. Crenshaw buscaba distinguir la experiencia de la mujer negra, que se ve cruzada en su experiencia por el racismo y por el sexismo. Ruiz está buscando complejizar la situación de un migrante senegalés. Que es pobre. Y negro. Y migrante. El derecho es un discurso moderno en dificultades: ¿cómo aprehender esta experiencia de discriminación cuando sólo cuenta con categorías estancas, que parecen carecer del potencial de reflejarla?

Hay diversas maneras en que se intenta abarcar este fenómeno. La Comisión Europea, por ejemplo, realizó un informe "Atacando la discriminación múltiple" en el que distingue tres situaciones en las cuales una persona puede sufrir discriminación "por más" de un motivo.

-Discriminación múltiple: se discrimina por diversos motivos que actúan en forma aislada;

-Discriminación compuesta: una situación en la cual una persona sufre de discriminación por más de un motivo al mismo tiempo y estas causas se suman/combinan;

-Discriminación interseccional: muchos motivos actúan e interactúan de manera tal que no pueden separarse.¹⁴

Para nuestro caso, Alicia Ruiz explora y dice que *"a la situación de pobreza y vulnerabilidad compartida por la mayoría de los habitantes de la zona sur de de la Ciudad, se suman en el caso los múltiples factores de vulnerabilidad señalados supra. Esto obliga a los agentes estatales —y en especial a los jueces— a aplicar con la máxima rigurosidad y cuidado los múltiples estándares internacionales en materia antidiscriminación"*. Pero no parece que sea la máxima rigurosidad el elemento que permitirá al tribunal enfrentar el fenómeno, especialmente en lo que hace al remedio. Como se sinceró la Cámara, *"todos los pobres la pasan mal"*. Y quizás, como sostenga el juez Lozano, debamos sólo "equiparar" al colectivo senegalés a los demás, y conseguir un traductor.

¹³ Crenshaw, Kimberlé, "Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics" in Weisberg, D. K. (ed.) "Feminist Legal Theory: Foundations, Temple University Press, Philadelphia – cited in "Tackling Multiple Discrimination", European Commission, 2007. La traducción me pertenece.

¹⁴ European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, "Tackling Multiple Discrimination", Report, 2007. La traducción me pertenece.

La magistrada lo intenta. Y en la solución del caso, entiende que *"la institución policial, los organismos administrativos de prevención y de modo muy particular los magistrados y funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal deben asumir la responsabilidad de erradicar toda práctica que suponga la afectación de derechos y garantías de grupos cuya vulnerabilidad extrema es la consecuencia de la confluencia de múltiples formas de discriminación"* por lo que establece en base a estándares internacionales que reseña *"ordenar la conformación en el plazo de 30 días de una Comisión integrada por miembros del Ministerio de Seguridad, Justicia y Derechos Humanos, del Ministerio Público Fiscal, de la Policía Federal y de la Policía Metropolitana. a fin de redactar un Protocolo de Actuación adecuado a las directivas reseñadas"*. Es lo más lejos que puede ir.

El fallo del Dr. Balbín intenta apoyar la posición de la Dra. Ruiz; merítua la prueba ofrecida por los testigos y tiene por acreditada una *"aplicación discrecional y, particularmente, discriminatoria de la ley vigente"* en tanto la persecución por presuntas infracciones al art. 83 cae principalmente sobre grupos vulnerables y, entre ellos, el colectivo accionante. Cita profusamente instrumentos internacionales para avalar su posición en el sistema internacional de los derechos humanos, específicamente destacando la condición de refugiados de los actores. Es decir, privilegia esta característica, que a su vez apoya con un gran desarrollo teórico y de informes en los organismos especializados. Concluye que no existen políticas públicas de apoyo a los refugiados y migrantes y que ello los deja vulnerables frente al accionar discrecional del Estado. Su solución es ordenar el diseño de tales políticas y acompañar las iniciativas de la Dra. Ruiz y el Dr. Lozano en tanto tienden a "igualar" al colectivo respecto de los demás habitantes de la Ciudad.

Hay dos votos que son contrarios a la procedencia de la queja (de los Dres Casás y Conde) y que gravitan principalmente en entender que los actores pretenden evadir el accionar judicial mediante la acción de hábeas corpus.

La promesa de los derechos, ¿cumplida?

La promesa moderna, la promesa de los derechos, es la realización de la igualdad, la conquista de la libertad. Hemos incorporado a nuestra Constitución, incluso, tratados de derechos humanos de todo tipo y color: nada quedará por fuera, ninguna injusticia escapará.

Pero esta promesa trae consigo la necesidad de una autoridad que ostente el monopolio de la interpretación de las categorías que tan esforzadamente hemos creado¹⁵. En la explicación moderna de nuestro mundo no existe lugar para aquello que está en los quiebres de las dualidades inscriptas en piedra, no hay espacio para narrativas o sufrimientos únicos, novedosos. La falta de flexibilidad de las categorías modernas de identificación producen una organización del mundo rígida y excluyente que no reconoce identidades distintas. Esta dificultad del discurso moderno se ve claramente en este caso, aún en las decisiones de aquellos magistrados que son empáticos al reclamo del colectivo: se ven atrapados en las categorías que expulsan inmediatamente aquello que hace "ruido" y no alcanzan a abarcar el problema en su dicotomía "aceptable/legal – inaceptable/ilegal".

Pero no hay dos experiencias idénticas y la ley y sus categorías silencian la individualidad. Al decir de Leslie McCall: "*La realidad social es considerada irreducible, demasiado compleja, como para que categorías fijas cualquier otra cosa que ficciones simplificadoras que al momento de diferenciar producen desigualdad*".¹⁶ Esto significa que las categorías del derecho nunca pueden capturar las experiencias de las personas y, por eso, fallan, no importa cuánto nos esmeremos en sofisticarlas y tornarlas inclusivas. Es por eso que los fallos nos dejan un sabor amargo.

Tanto así, que a pesar de haber una jueza intentado por todos los medios que el derecho puso a su disposición visibilizar el problema de estos migrantes - incluso recurriendo a una idea más sofisticada, como la tensión de la interseccionalidad - no logra que el derecho refleje el problema que no puede nombrar. Como dice Alessandro Dal Lago "*los extranjeros jurídica y socialmente ilegítimos son las categorías más susceptibles de ser tratados como no-personas, esto es, son aquellos seres humanos que intuitivamente son personas como nosotros pero a los que le son revocadas de hecho o de derecho implícita o explícitamente, en las transacciones ordinarias o en el lenguaje público la calificación de personas y sus atribuciones relativas*".¹⁷

La invisibilidad que para los operadores del sistema penal tienen "estos negros" el derecho parece no poder juzgarla: porque es el problema de los que la comunidad no reconoce como personas y, ergo, son lo innombrable.

¹⁵ De Sousa Santos, op. cit.

¹⁶ McCall, Leslie, "The complexity of intersectionality" in *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 2005, vol. 30, no. 3, p. 1771/1800, la traducción me pertenece.

¹⁷ Dal Lago, Alessandro *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*. Milano: Feltrinelli, 1999, pág. 208.

La voz de los excluidos

Los accionantes en este caso son el paradigma de la exclusión. Migrantes, refugiados, negros, pobres que no conocen el idioma ni sus derechos. La pasan mal, y nadie los escucha. No tienen voz.

El proceso judicial no puede lograr que los policías los traten bien, que los miren con cariño y no los maltraten. Pero sí hay algo que el proceso puede darles, y es la posibilidad de estrenar su voz. Un tribunal puede contar una historia de una forma mucho más personal que una política pública. Leer este fallo es leer las dificultades que el sistema penal presenta a los migrantes, que aún ejerciendo una actividad lícita entran en conflicto con el sistema penal. Es leer la historia de personas que vienen de otro continente, que no conocen el idioma y que intentan sobrevivir. Es contar cómo la policía se siente impune frente a ellos; es mostrar que a pesar de que todos los vendedores ambulantes son pobres, ellos la pasan peor. Es saber que se encuentran a merced de las fuerzas policiales que les pide "regalos", los echa de sus lugares de trabajo, les saca sus cosas; es escuchar cómo se burlan de ellos y amenazan a quienes quieren ayudarlos.

Sakho Bara, Ibrahima Mbaye y Sergine Lam fueron a lujosos despachos judiciales y usaron su idioma, contaron de su país, mostraron qué les pasa y encumbrados funcionarios judiciales los escucharon en silencio. Pudieron ver cómo se llamaba a policías y fiscales a dar explicaciones, a mostrar sus caras frente a sus rostros "diferentes". Su experiencia y su voz fueron legitimadas.

Algunos jueces del Superior Tribunal intentaron reclamar una política pública (aunque ya hay algunas teóricamente en marcha) y entiendo con ellos que es una solución más sofisticada que una fallo, con mayores posibilidades de éxito. Pero una política pública tratará indefectiblemente a Sakho Bara, Ibrahima Mbaye y Sergine Lam como un número y así debe ser. Finalmente establecerá las nuevas categorías de este nuevo derecho que los incluya. Pero no tendrá cabida para la práctica microrevolucionaria¹⁸ de estos tres senegaleses, de acudir a los tribunales y hablar su lengua, forzando el "derecho de defensa" a que se escuche su voz.

¹⁸ De Sousa Santos, op. cit.

Lo que se pierde con los derechos

Como vemos en el fallo del Tribunal Superior, algunos de los jueces que fallaron "a favor" del colectivo afro quedaron atrapados en el discurso de los derechos. Pero la pregunta es: ¿pierde algo el propio colectivo afro al plantear su reclamo en esa matriz? O en palabras de Wendy Brown ¿de qué manera la naturaleza del Estado político transforma la identidad social que uno tiene cuando uno se vuelve hacia el Estado para encontrar una solución política a su subordinación, exclusión o sufrimiento?

Los derechos no son un recipiente cualquiera, y al tornar el reclamo en un "reclamo de derechos" también se pierden cosas. Por lo pronto, los derechos producen discursivamente al sujeto político y no son utilizados por ellos¹⁹. Como bien sostiene esta autora, se lo debemos a Foucault: "*nombrar puede ser simultáneamente una forma empoderante de reconocimiento y un lugar para la regulación*". No podemos "dominar" las palabras, ni servirnos de ellas²⁰ y los derechos pueden sujetarnos a formas intensas de regulación, aún cuando los enarbolamos para empoderarnos frente a ese otro que es el Estado que nos somete²¹.

En nuestro caso el interrogante es si Sakho Bara, Ibrahima Mbaye y Sergine Lam han sido disciplinados. O, entender, por qué han elegido los derechos y no la política.

Una podría imaginar escenarios en los que los aquí demandantes hacen reclamos en Plaza Constitución o marchas en la puerta del INADI, que intentan posicionar sus organismos ya existentes - como el ARPIDI de Nengumbi Celestin Sukama - y que en un país con sabido conocimiento de la corrupción y violencia policial podrían encaramarse sobre ese reclamo, visibilizar su color que la policía oculta y mostrar el rostro de la exclusión. Y que sería así como escaparían a ese poder disciplinador que los expulsa, por negros, por migrantes, por ser "lo otro"; y no intentando "desenmascarar" al poder disciplinador que es el sistema penal que utiliza las normas para su tarea justamente en un despacho judicial. El derecho, podemos pensar, los atrapará y los colocará en la categoría de "víctimas", les otorgará el derecho de defensa y los largará a un mundo del cual no pueden quejarse, dado que el derecho

¹⁹ Brown, Wendy, "Lo que se pierde con los derechos" en "La crítica de los derechos", Siglo del Hombre Editores, 2003, pág. 120.

²⁰ Al respecto, ver Foucault M., "Las palabras y las cosas", Siglo XXI Editores, Bs. As., 1999.

²¹ Brown, W., op. cit.

los ha "reconocido". Ya no serán los otros que intentan "entrar" en el derecho, y quedarán con el resto de los pobres, vendiendo bijouterie en Constitución, y mostrarán su residencia precaria como carta de triunfo frente al mundo.

Ya son viejas las críticas al litigio de "reforma social" o litigio de "interés público estructural". Fundamentalmente, estas críticas se han centrado, entre otras, en: (i) las dificultades epistémicas de los tribunales, es decir, la imposibilidad de conocer datos empíricos globales, de escuchar las voces de todos los involucrados, acceder a información detallada y su incapacidad para diseñar remedios que tengan en cuenta todas las variables afectadas), (ii) el impacto desmovilizador de las cortes, ya sea porque los activistas concentran sus - siempre escasos - recursos en un litigio y no queda capacidad para la actividad política, por las altas posibilidades de ser vencidos en las primeras instancias y el impacto negativo de este resultado, o por confundir victorias judiciales que son simbólicas - por dificultades en ejecución, por ejemplo - con victorias sustantivas y el impacto negativo al verificar la falta de cambio sustancial en la realidad²². Estas críticas - que considero válidas e interesantes - ya son materia de discusión en litigios de este tipo, pero en este caso pretendo destacar algo si se quiere más sutil que no está vinculado con las cuestiones reseñadas por Rosenberg, sino con el tipo de discurso que es el discurso de los derechos.

Con esto no intento desmerecer la estrategia judicial, ni la victoria de los peticionantes en Tribunales; tan sólo denunciar la incapacidad intrínseca del discurso para emancipar. Si un tribunal superior de la máxima instancia de la Ciudad, con jueces empáticos y con deseos de producir una jurisprudencia favorable, que se verifica en su discurso duro contra los jueces de las otras instancias, sólo han podido producir este fallo, es poca la fe que queda. A ello sumemos el riesgo de despolitización y desmovilización política que el procesamiento de conflictos como éste mediante el Poder Judicial puede acarrear, y el panorama tiene posibilidad de desalentarnos. Como dice Boaventura de Sousa Santos, "*cuanto más amplia es la esfera política, mayor es la libertad. El fin de la política siempre significará el fin de la libertad.*"²³

²² Rosenberg, Gerald, "The hollow hope", The University of Chicago Press, Chicago, 1991, Cap. 12.

²³ De Sousa Santos, op. cit.

Y es esa, creo, la vía para frenar la expulsión, es decir, el no reconocimiento de "ellos" como miembros de nuestra comunidad. La lucha política para integrarse, que es más amiga de lo impensable.

Coda

Es interesante conocer los comentarios de los activistas que han llevado el caso. ¿Conquistados o conquistadores?

Cito el párrafo final de comunicado de COPADI respecto del fallo del Tribunal Superior:

"Desde COPADI estamos muy contentos con el fallo, y creemos que puede ser un freno al abuso, la corrupción y la violencia policial en la ciudad contra los grupos más vulnerables. Es a su vez, un intento de freno al racismo imperante en las instituciones policiales y judiciales. Y es un serio llamado de atención a los fiscales y jueces que deben tomarse en serio la protección de los derechos de los grupos más vulnerables."²⁴

Así sea.

²⁴ Disponible en <http://seminariogargarella.blogspot.com/2010/08/copadi-senegaleses-en-la-argentina.html>